

El Derecho Humano al Agua y Saneamiento frente a los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM)

Juan Bautista Justo



Este documento fue preparado por el consultor Juan Bautista Justo bajo la coordinación de Andrei Jouravlev, Oficial de Asuntos Económicos de la División de Recursos Naturales e Infraestructura de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), con la colaboración de Caridad Canales, funcionaria de la misma división, en el marco del proyecto "Recursos Naturales" (FRA/11/002), ejecutado por la CEPAL en conjunto con el Ministerio de Asuntos Exteriores de Francia.

El autor agradece los aportes y comentarios de Andrei Jouravlev, Juan Pablo Bohoslavsky, Liber Martin, Alejo Molinari, Diego Fernández, Emilio Lentini, Caridad Canales, Elisa Colóm, Florencia Saulino, Michael Hantke-Domas, Marcos Carvajalino Fernández, Jose Luis Bonifaz, Elena Burns, Mayra Carrillo, Maria Silvia Emanuelli, José Carrillo Rivera, Maureen Ballester, Leonardo Mercedes, Nancy Yañez, Gerardo Noria, William Wilches, Andrea Cerami, Alejandro Rossi, Daniel Jacobo Marín, Henri Smets, y Miguel Solanes.

Las opiniones expresadas en este documento, que no ha sido sometido a revisión editorial, son de exclusiva responsabilidad del autor y pueden no coincidir con las de la organización.

Índice

Resumen.....	5
I. Introducción.....	7
II. Derechos y obligaciones relacionados con el DHAS.....	9
A. El DHA en el derecho internacional.....	9
1. Antecedentes del reconocimiento del DHA.....	9
2. El contenido del DHA.....	17
B. Los desafíos conceptuales del saneamiento como derecho humano.....	28
1. Saneamiento y dignidad humana.....	28
2. Estructura del DHS: rasgos propios.....	29
C. El DHAS en el sistema interamericano de derechos humanos.....	32
D. El DHAS en los ordenamientos nacionales.....	33
1. Los caracteres del servicio público y su conjugación con el DHAS.....	33
2. El reconocimiento del DHAS en los marcos legales de los países de la región... ..	35
E. El DHAS y los Principios Rectores sobre Derechos Humanos y Empresas.....	38
1. El deber de protección en cabeza del Estado y la fiscalización de la actividad de la empresa.....	39
2. El deber de respeto de los derechos humanos por parte de las empresas.....	40
III. Instrumentos para materializar los derechos y obligaciones involucrados en el DHAS.....	41
A. PIDESC: remedios efectivos y participación genuina.....	41
1. Progresividad y participación genuina.....	42
2. Remedios nacionales para el acceso a niveles esenciales de disfrute del derecho.....	46
B. La CADH y el sistema interamericano de protección del DHAS.....	47
C. La corrupción como amenaza para el DHAS.....	49
D. Los niveles de responsabilidad del prestador.....	49
1. El deber de respeto de las empresas en general.....	49
2. El <i>plus</i> de obligaciones del prestador de servicios públicos.....	51
3. Responsabilidades derivadas de la gestión directa de un derecho humano.....	53
4. El nivel máximo de responsabilidad.....	55
IV. El DHAS y los ODM: desafíos y visión hacia el futuro.....	57
A. Los ODM: rasgos principales.....	57

B.	La sinergia entre el DHAS y los ODM	58
1.	Dimensión sustancial.....	58
2.	Dimensión procedimental	61
V.	Recomendaciones.....	63
A.	¿Cuál es la aspiración post 2015 en materia de agua potable y saneamiento?	63
B.	¿De qué forma es posible alcanzar la nueva meta?	64
C.	El DHAS y el cambio de paradigma del sector	65
	Bibliografía	67
	Anexos	73
	Anexo 1 El impacto de la CNUCC en el sector de agua potable y saneamiento: prestadores estatales y privados	74
	Índice de recuadros	
Recuadro 1	El enfoque del desarrollo basado en los derechos humanos.....	11
Recuadro 2	La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua y el Decenio Internacional del Agua Potable y del Saneamiento Ambiental.....	12
Recuadro 3	El caso de Cochabamba, Bolivia	15
Recuadro 4	Sudáfrica: jurisprudencia en la protección contra desconexiones	21
Recuadro 5	Accesibilidad económica y subsidios.....	25
Recuadro 6	El caso de la “Villa 31 bis”, Argentina	30
Recuadro 7	Los remedios nacionales y el caso “Mendoza”, Argentina	37
Recuadro 8	Colombia: políticas públicas para la satisfacción del DHAS	43
Recuadro 9	Los beneficios de la participación: el caso de Porto Alegre	47
Recuadro 10	La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción	50
Recuadro 11	La debida diligencia en materia del DHAS	52

Resumen

El presente estudio analiza las perspectivas actuales del derecho humano al agua y al saneamiento (DHAS) en América Latina y el Caribe, intentando determinar cuáles son las implicaciones de los estándares de protección de ese derecho para el sector de agua potable y saneamiento y para el cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM), cuya meta 7.c propone reducir a la mitad, para el año 2015, el porcentaje de personas que en 1990 no tenían acceso sostenible al agua potable y a servicios básicos de saneamiento.

A partir de ese análisis, se desarrollan algunos lineamientos sustanciales y procedimentales que deberían incidir en el diseño de las nuevas metas post 2015 y se destaca el papel del DHAS en esa tarea. En cuanto a los primeros, se propone que los objetivos post 2015 contemplen metas consistentes con las dos obligaciones del DHAS: i) la inmediata puesta en marcha de mecanismos que permitan alcanzar en breve plazo el acceso universal a niveles mínimos de acceso al agua potable y saneamiento (meta intermedia); y, ii) la adopción de medidas concretas y deliberadas para lograr gradualmente —en el mediano plazo— el acceso universal a los servicios que cumplan con todos los componentes del DHAS (meta final).

En cuanto a los medios para alcanzar el nuevo objetivo, se propugna la inclusión de los siguientes factores en el análisis de las metas: i) mecanismos de participación genuina y remedios eficaces fijados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC); ii) papel de las autoridades nacionales como ejecutoras directas del DHAS en el ámbito doméstico, complementado con el rol de los organismos internacionales de protección de los derechos humanos; iii) reglas de transparencia y organización fijadas en la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC); y, iv) buenas prácticas esperables del sector público y privado de acuerdo a los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos “Proteger, Respetar y Remediar” (PRs).

I. Introducción

En la actualidad existe un entramado normativo e institucional sumamente vigoroso que condiciona tanto las nuevas políticas públicas en materia del derecho humano al agua y al saneamiento¹ (DHAS) como las prácticas de los agentes privados y estatales vinculados con el sector de abastecimiento de agua potable y saneamiento.

El orden jurídico internacional del DHAS se encuentra conformado por una serie de instrumentos, algunos de ellos de carácter vinculante para los Estados (“*ley dura*”) y otros no vinculantes, aunque dotados de una importante fuerza persuasiva por configurar las expectativas sociales relevantes sobre el comportamiento de sujetos tanto públicos como privados (“*ley suave*”)² (Abbott y Snidal, 2010). El impacto de estas reglas en la definición de los contornos del DHAS y, por consiguiente, en los condicionantes del sector presenta dos perspectivas de análisis, en las que dichos instrumentos cumplen roles diferentes.

El qué: desde lo **sustancial**, el contenido del DHAS —esto es, qué pueden exigir sus titulares al Estado y demás actores, como las empresas prestadoras— se encuentra regulado por un marco jurídico internacional integrado por los siguientes instrumentos:

- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), complementado a nivel regional por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y el Protocolo de San Salvador (PSS), todos con rango de ley dura para los Estados que los han ratificado.
- Los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos “Proteger, Respetar y Remediar” (PRs), que establecen cuáles son las obligaciones del sector público y privado frente a los derechos humanos, como instrumento de ley suave.

¹ Si bien este trabajo trata al acceso al agua potable y saneamiento como un derecho humano único comprensivo de las dos perspectivas (agua y saneamiento), es necesario apuntar la asimetría que existe en el desarrollo jurídico de esas dos variables. Es por ello que se expondrá inicialmente el marco normativo internacional del derecho humano al agua (DHA) y luego se formularán precisiones respecto del derecho humano al saneamiento (DHS).

² Dentro del derecho internacional los típicos instrumentos de ley dura son los tratados, convenciones y protocolos, que obligan a los Estados que han adherido a ellos, mientras que suelen ser ley suave las declaraciones, planes de acción y directrices, porque no implican formalmente una obligación internacional de acatamiento. Sin embargo, su peso político, de reputación e institucional es un factor gravitante que incentiva a los Estados a respetarlos.

El cómo: desde lo **procedimental** —esto es, cómo alcanzar la plenitud del DHAS y cumplir con ello las obligaciones internacionales en juego— las políticas públicas en la materia se encuentran orientadas y condicionadas por otra combinación de normas:

- El PIDESC, que exige remedios efectivos para reclamar el cumplimiento de las obligaciones básicas de parte del Estado y fija una directiva de participación genuina de los afectados en el camino hacia el logro progresivo de la plenitud del derecho (ley dura).
- La CADH, que —en conjunción con el PSS— pone a cargo de las autoridades nacionales la aplicación directa de los tratados de derechos humanos en el plano interno, bajo la supervisión y apoyo de los organismos internacionales (ley dura).
- La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC), que fija las reglas fundamentales para evitar que las prácticas ilegales socaven la capacidad de los Estados para cumplir con los mandatos en materia del DHAS (ley dura).
- Los PRs, que enuncian las buenas prácticas esperables de los actores gubernamentales y privados (ley suave).

Esos hitos internacionales se complementan con los principios regulatorios desarrollados en cada país, en especial los relacionados con el servicio público, todo lo cual da lugar a un cuadro jurídico evolucionado que permite fijar y alcanzar la finalidad última de todo el sistema: goce efectivo y universal del DHAS.

Este trabajo procura describir y desarrollar cada uno de los componentes jurídicos del DHAS y sus implicaciones, para luego contrastarlas con la iniciativa de los ODM. Ello permitirá formular algunas propuestas para la definición de nuevas metas de desarrollo sectorial post 2015.

II. Derechos y obligaciones relacionados con el DHAS

A. El DHA en el derecho internacional

1. Antecedentes del reconocimiento del DHA

El derecho humano al agua (DHA) ha sido definido como “la innovación más notable en gestión del agua en la historia moderna, en la medida en que procura volver al individuo al centro de la administración del recurso” (McGraw, 2011). No es casual, entonces, que exista en la actualidad un importante consenso en que el acceso al agua potable constituye un derecho humano esencial amparado por el derecho internacional y así lo confirma la Resolución 64/292 de 2010, de la Asamblea General de las Naciones Unidas³. Sin embargo, ello no fue así hasta hace relativamente poco tiempo. ¿Cuáles fueron las razones del surgimiento del DHA en la arena internacional?

a) ¿Para qué sirve convertir a un determinado interés en derecho humano?

Los derechos humanos son, antes que nada, un intento de respuesta frente a las grandes tragedias humanas, a las fallas en la organización social que se vuelven intolerables. A medida que aumentan sus niveles de bienestar global, las comunidades van estableciendo ciertos pisos mínimos de convivencia —pautas básicas de lo que cabe exigir del prójimo y viceversa— y en la época actual esos pisos mínimos están constituidos por los derechos humanos. Al reconocerlos, se asume que cada persona, sin importar raza, sexo, nacionalidad o condición social, puede demandar el acceso a

³ La resolución contó con los votos positivos de 122 Estados, pero existieron 41 abstenciones de parte de miembros que entendían no tener una obligación legal frente a su población en esta materia. El representante de los Estados Unidos, por ejemplo, sostuvo que “no existe” DHAS en el plano internacional (Bulto, 2011). En términos generales, el eje de la polémica en torno al reconocimiento del DHAS pasa por la ausencia de una consagración explícita del derecho en el PIDESC, aspecto que sus detractores estiman como un impedimento para la proclamación de obligaciones internacionales en cabeza de los Estados. En la vereda opuesta, los defensores del DHAS entienden que él se encuentra implícitamente reconocido en el artículo 11 del PIDESC cuando enumera —de modo no exhaustivo— los derechos exigibles para un nivel de vida adecuado y que su carácter esencial para el ejercicio de los demás derechos humanos confirma la necesidad de su tutela. Sobre la oposición al reconocimiento del DHAS, véase Tully (2005), Stith (2010) y Pardy (2011).

determinadas condiciones materiales e inmateriales de vida y la protección de ciertos intereses. En función de ello se genera el compromiso de no tolerar las prácticas que los vulneren. Esos intereses no se identifican caprichosamente, sino que reúnen dos condiciones: i) se consideran esenciales para el desarrollo de cada persona; y, ii) la historia demuestra que están bajo amenaza (Clifford, 2009), porque el proceso político no logra asegurar su adecuada protección (Donnelly, 2007).

Como podrá notarse, los derechos humanos constituyen técnicas decididamente prácticas de organización social. La tarea de consensuar y materializar esos pisos mínimos de interacción entre las personas, comunidades y grupos parte de una elección racional y cumple un rol estratégico fundamental: asegurar condiciones básicas para que la convivencia pacífica y la resolución eficiente —sin costos desmedidos— de los conflictos sea posible.

Dado el papel esencial que les cabe, y en tanto sólo pueden cumplir su función si su aplicación está asegurada siempre y para todos, se reconoce a este tipo de derechos una serie de rasgos que los diferencian de otros que podamos tener: i) son **universales**, dada la cuantificación de sus titulares, pues toda persona, por el sólo hecho de serlo, los tiene; ii) son **inderogables**, con lo cual no es posible disponer su supresión, aún por decisión de las mayorías (ello implica que están fuera del debate democrático); iii) son **inalienables** —no pueden ser renunciados o cedidos— e **imprescriptibles** —no pierden vigencia por el paso del tiempo— (ello implica que están fuera del mercado); y, iv) son **indivisibles e interdependientes**, pues las diferentes categorías de derechos humanos (civiles y políticos, económicos, sociales y culturales) tienen la misma jerarquía y se complementan entre sí.

Esa perspectiva nos brinda ya algunas orientaciones sobre las razones de la consagración del DHA. Está claro que el agua es esencial para el desarrollo de cada persona y lo que ha demostrado el escenario global de finales del siglo XX, época de reconocimiento del derecho, es que el acceso a ella no se encuentra garantizado para millones de personas. Una importante evolución política y social —en especial luego de la Segunda Guerra Mundial— ha llevado a la comunidad internacional a considerar esa circunstancia como intolerable y a forjar diferentes iniciativas de desarrollo para revertirla. Entre ellas, la mirada desde los derechos fundamentales ha adquirido una fuerte preeminencia, dando lugar a lo que se conoce como el enfoque del desarrollo basado en los derechos humanos (EBDH) (véase el recuadro 1).

b) ¿Por qué fue necesario consagrar específicamente un DHA?

En los albores de la historia humana, la mayoría de los individuos debían procurarse el agua por sus propios medios. La evolución de los sistemas de gestión común del abastecimiento llevó gradualmente al surgimiento de una burocracia de actores estatales y no estatales encargados del suministro de agua potable, todo lo cual implicó un paso relevante en materia de desarrollo humano, en la medida en que permitió a las personas exigir el acceso a sujetos responsables (Hassan y otros, 2011; McGraw, 2011).

El reconocimiento del DHA se inscribe en el proceso evolutivo de esa burocracia institucional de prestación (Weber, 1964), de cuyos déficits pretende dar cuenta. En las últimas décadas del siglo XX y comienzos del XXI, la consagración de este derecho expresa la necesidad de ubicar al usuario en el centro del sistema y revertir un proceso de desplazamiento de sus intereses a manos de los prestadores, públicos o privados.

El DHA como reacción a la visión mercantilista del agua: el deber de no discriminación

El primer dato relevante para intentar responder el interrogante relativo a las razones de la consagración del DHA es temporal. Son dos los momentos históricos en que este derecho hace su aparición. En un primer período —en especial desde la década de los setenta— el DHA fue reconocido esporádicamente en declaraciones e instrumentos de ley suave, entre los que se destacan la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua (Mar del Plata, 1977) y el Decenio Internacional

RECUADRO 1 EL ENFOQUE DEL DESARROLLO BASADO EN LOS DERECHOS HUMANOS

Hasta fines de la década de los ochenta, desarrollo y derechos humanos eran considerados como dos ámbitos separados, con estrategias y objetivos divergentes. Ello obedecía, entre otras razones, a la confrontación entre derechos civiles y sociales que marcó la guerra fría. A partir de la caída del muro de Berlín la terminología de los derechos humanos obtuvo mayor receptividad en el discurso internacional, pero también las desigualdades crecientes que el proceso de globalización trajo aparejadas motivaron cuestionamientos sobre la visión tradicional del desarrollo, que entendía al crecimiento económico como la solución completa a sus desafíos. La necesidad de analizar las disparidades que se encuentran en el corazón de los problemas de desarrollo y corregir las distribuciones injustas de poder llevaron a la construcción de un nuevo abordaje, conocido como enfoque basado en los derechos humanos (EBDH).

El EBDH busca integrar a los derechos consagrados en los tratados de derechos humanos en las estrategias de crecimiento. Para ello no sólo centra su mirada en los resultados del desarrollo, sino que presta especial atención a los procesos por los cuales aquel se logra, procurando que sean participativos, no discriminatorios y que sus destinatarios dejen de ser meros receptores pasivos de decisiones tomadas en su nombre para convertirse en ciudadanos activos. Se entiende que la aplicación del EBDH conduce a mejores y más sostenibles resultados de desarrollo humano y ayuda a resolver y prevenir conflictos.

El valor agregado del EBDH pasa por los siguientes factores:

- **Empoderamiento.** Al encuadrar el desarrollo bajo los estándares de los tratados de derechos humanos, lo que antes era concebido como “necesidades” ahora es entendido como derechos exigibles y la caridad se transforma en cumplimiento de obligaciones internacionales. Este cambio de mirada es fundamental para promover un rol activo de los sectores afectados.
- **Rendición de cuentas.** Este aspecto marca un rasgo distintivo del EBDH. Todos los estamentos involucrados en las estrategias de desarrollo (locales, nacionales, regionales e internacionales) deben dar cuenta del modo en que cumplen sus deberes en materia de derechos humanos.
- **Participación.** El EBDH asigna un valor fundamental a la participación activa, significativa y libre de la sociedad civil, comunidades, minorías, pueblos indígenas, mujeres y demás sectores cuyas voces han sido tradicionalmente excluidas de los debates sobre desarrollo. En oposición al enfoque usual, en el que los requerimientos de los grupos vulnerables eran identificados sin su intervención, el EBDH postula que sean esos sectores quienes participen en la determinación de sus propios objetivos de desarrollo y se involucren en forma directa en diseñar e implementar los proyectos necesarios para su consecución. Las organizaciones nacionales e internacionales pasan de ser los “ejecutores” de los programas de desarrollo a ser sus “facilitadores”. Eso conlleva un sentido de pertenencia de parte de los destinatarios que propicia una mayor sustentabilidad de los proyectos.

Reconocer el acceso al agua y saneamiento como un derecho humano los convierte en una titularidad legal y no en caridad. Los derechos humanos no son optativos ni pueden ser adoptados o abandonados según el interés particular de cada gobierno. Son obligaciones exigibles y por lo tanto presuponen sujetos con capacidad de reclamar frente a otros con deber de responder. Esto significa una mayor rendición de cuentas y un límite a los poderes privados y a los propios Estados.

Fuente: OHCHR (2006), DFID (2000), Filmer-Wilson (2005), y Peña (2011).

del Agua Potable y del Saneamiento Ambiental, 1981-1990 (véase el recuadro 2). Pese a fijar una serie de metas cuantificables y claras, estas iniciativas no alcanzaron completamente sus finalidades (Lee y Jouravlev, 1990), aunque cumplieron un rol fundamental en la evolución del reconocimiento del DHA y la mejora en las condiciones de vida de millones de personas.

El escenario vinculado con la receptividad del DHA cambió drásticamente en el año 2002 con la Observación General 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (CESCR), cuando se asignó a este derecho rango de ley dura al considerarlo derecho

implícito en un tratado internacional vinculante, como el PIDESC, y dar lugar con ello a una suerte de *boom* del DHA.

RECUADRO 2

LA CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL AGUA Y EL DECENIO INTERNACIONAL DEL AGUA POTABLE Y DEL SANEAMIENTO AMBIENTAL

Durante la década de los setenta las Naciones Unidas organizaron de modo sistemático conferencias internacionales relacionadas con el desarrollo y el medio ambiente, el agua incluida. El objetivo era promover discusiones y buscar soluciones en estos temas, concientizando a los gobiernos y a la ciudadanía acerca de la importancia económica y social de su interrelación.

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua reconoció por primera vez que todos los pueblos, cualquiera sea su nivel de desarrollo o condiciones económicas y sociales, tienen derecho al acceso al agua potable en cantidad y calidad acordes con sus necesidades básicas. Para lograr la eficacia de esa declaración, se aprobó el “Plan de Acción de Mar del Plata”, centrado en promover: i) la percepción cada vez más clara del problema; ii) el compromiso de los gobiernos de proporcionar a todos agua de buena calidad en cantidad adecuada y servicios básicos de saneamiento para 1990, dando la prioridad a los pobres y a los menos favorecidos y a las zonas donde escasea el agua; y, iii) la asignación a este sector de una parte mayor de los recursos disponibles para el desarrollo general económico y social.

El 10 de noviembre de 1980, la Asamblea General de las Naciones Unidas proclamó el periodo 1981-1990 como el Decenio Internacional del Agua Potable y del Saneamiento Ambiental. Los países miembros asumieron el compromiso de lograr una mejora sustancial en las normas y los niveles de suministro de agua potable y saneamiento ambiental a través del desarrollo de las políticas necesarias y del fortalecimiento de marcos institucionales, de programas de educación y de participación social. A los organismos del sistema de las Naciones Unidas y a otras organizaciones se les exhortó a que aumentaran su cooperación técnica y financiera con la finalidad de que se pudieran alcanzar los objetivos propuestos.

Para América Latina y el Caribe, los objetivos del decenio consistían en asegurar agua potable al 91% de la población urbana y al 56% de la población rural. En materia de saneamiento, se apuntaba proveer servicios para el 69% de la población urbana y el 31% de la rural. Aun cuando el objetivo general de este decenio no se cumplió, millones de personas se vieron beneficiadas con el acceso a los servicios a partir de la decisión de los países y las agencias bilaterales y multilaterales de desarrollo de priorizar la financiación de proyectos relacionados con el abastecimiento de agua potable y saneamiento.

Sin embargo, la persistencia de la situación obligó al nacimiento de nuevas iniciativas. A nivel regional, una de las primeras se encuentra en la Carta de Punta del Este de 1961, en la que los gobiernos se comprometieron a lograr una mejora sustancial en la expansión de los servicios de agua potable y saneamiento y asegurar que para 1971 los servicios llegaran a no menos del 70% de la población urbana y del 50% de la rural. En 1972, los Ministros de Salud de las Américas examinaron los progresos realizados y aprobaron el Plan Decenal de Salud para las Américas. Sus metas eran lograr cobertura de agua potable del 80% en las zonas urbanas o, como mínimo, para la mitad de habitantes que no disponía de estos servicios. En zonas rurales el objetivo era alcanzar cobertura del 50% o, como mínimo, reducir la proporción de la población que carecía de dicho suministro en un 30%. En cuanto al saneamiento, las metas para las zonas urbanas eran alcanzar la cobertura del 70% o, como mínimo, reducir en un 30% la proporción de la población que carecía de los mismos, mientras que para el sector rural el objetivo era lograr la cobertura del 50% o, como mínimo, reducir en un 30% el número de los habitantes que no disponían de servicios adecuados.

Fuente: Del Castillo (2009), Biswas y Tortajada (2011), y Salman y McInerney-Lankford (2004).

En el ínterin entre las iniciativas de los años setenta y ochenta y la Observación General 15 en 2002, se produjo el fenómeno de liberalización global de los mercados, que, en algunos casos, implicó la privatización de los servicios de agua potable y saneamiento y —en otros— la aplicación de políticas de contención del gasto público que influyeron sobre la capacidad de los prestadores

estatales. Así, mientras que en la décadas de los setenta y ochenta el sector había recibido atención desde las instituciones nacionales y mundiales (Budde y McGranahan, 2003), los años noventa anunciarían un creciente interés en la participación del sector privado y reducción del gasto público.

La globalización no trajo aparejado inicialmente un abordaje del sector de agua potable y saneamiento desde la perspectiva de los derechos humanos. Por el contrario, las iniciativas en ese ámbito se caracterizaron por focalizar la atención en los aspectos comerciales de la prestación, por entender que el mercado podría promover el desarrollo a partir de incrementar la estabilidad, eficiencia, productividad y competitividad del sector (Morgan, 2008). En esas concepciones, la privatización era vista como el mecanismo ideal para generar las inversiones que los países en vías de desarrollo necesitaban (Palmi, 2010), en especial a la luz del fracaso de muchos prestadores estatales en asegurar una adecuada provisión de servicios. A fines de los años ochenta, los problemas de falta de recursos, ineficiencia y corrupción habían dado lugar a una fuerte crítica de los diseños del desarrollo centrados en el Estado (Brocklehurst, 2002).

El discurso favorable a la participación privada en la prestación de los servicios de agua potable y saneamiento encontró una de sus referencias más potentes en la lectura algo sesgada que ciertos sectores hicieron de la Declaración de Dublín sobre el Agua y el Desarrollo Sostenible, adoptada en la Conferencia Internacional sobre el Agua y el Medio Ambiente (Dublín, 1992) (Fauconnier, 1999). Si bien se concibe allí al agua como bien económico, simultáneamente se resalta que el acceso a ella a un precio asequible constituye un derecho fundamental⁴.

Pese a que esa precisión marcaba un límite decisivo a la concepción mercantilista del agua, en la medida en que —aún como bien económico (McDonald y Ruiters, 2005)— su acceso debía asegurarse a aquellos que no podían sufragar su costo, la referencia al DHAS fue omitida en el relato predominante de la Declaración de Dublín, que prefirió erigirla como una expresa convalidación de las iniciativas neoliberales en el sector. Muchos de los países y varias instituciones financieras internacionales optaron por focalizar su atención en el aspecto del valor económico (Larson, 2010) y promovieron procesos privatizadores en el mundo en vías de desarrollo, incluso como condición de acceso a sus préstamos, a partir de entender que ese mecanismo permitiría extender el acceso a los servicios a precios razonables.

Como resultado de ello, en el período 1990-1997 los niveles de participación privada en los servicios de agua potable y saneamiento aumentaron sensiblemente en relación al período 1974-1990 (Silva, Tynan y Yilmaz, 1998) y la mayoría de los países de América Latina emprendieron reformas estructurales al sector⁵.

La eclosión del discurso privatizador en los años noventa implicó acentuar un entendimiento de la actividad focalizado en metas de sustentabilidad y eficiencia financiera (Bohoslavsky, 2011). Se consideró que las mayores tarifas y la recuperación total de costos permitirían desalentar el uso

⁴ El principio 4 de esa declaración establece que “El agua tiene un valor económico en todos sus diversos usos en competencia a los que se destina y deberá reconocérsele como un bien económico”. Sin embargo, precisa a continuación que “En virtud de este principio, es esencial reconocer ante todo el derecho fundamental de todo ser humano a tener acceso a un agua pura y al saneamiento por un precio asequible. La ignorancia, en el pasado, del valor económico del agua ha conducido al derroche y a la utilización de este recurso con efectos perjudiciales para el medio ambiente. La gestión del agua, en su condición de bien económico, es un medio importante de conseguir un aprovechamiento eficaz y equitativo y de favorecer la conservación y protección de los recursos hídricos”.

⁵ En América Latina y el Caribe, Chile se encuentra entre los primeros países en intentar modernizar su sector de agua potable y saneamiento, con aprobación de nueva legislación ya desde 1988. Para 1991, tanto la Argentina como México empezaron a realizar una serie de experimentos con la participación privada. En una segunda ola, el Perú, Colombia y Bolivia aprobaron nuevas legislaciones a mediados de los años noventa y durante la segunda mitad de esa década la reforma empezó a enraizarse en el Brasil y varios países de América Central (Jouravlev, 2001). Sobre las premisas de descentralización, regulación, autofinanciamiento y participación privada, las reformas tendieron a dismantlar la organización de la industria del agua bajo sistemas nacionales controlados por el gobierno central, que había prevalecido hasta ese momento en muchos países de la región (Andrés y otros, 2010).

ineficiente del agua (Williams, 2006) y que ello redundaría en un incremento de la cobertura y de calidad del servicio. Sin embargo, la falta de equilibrio entre esos objetivos y otras finalidades relevantes, como la equidad y eficiencia productiva, generaba el riesgo de obstaculizar el acceso a los servicios de parte de aquellos grupos sin recursos para afrontar esos costos, en especial debido a la ausencia de efectivos sistemas de subsidios orientados a esos sectores. Ante esa amenaza, y en la medida en que la falta de capacidad de pago no puede ser un impedimento a su goce efectivo, el DHA nace en la arena internacional para poner un límite a la aplicación irrestricta del principio de recuperación total de costos⁶ (Bluemel, 2005).

En efecto, fue el descontento generado por un abordaje de la prestación de los servicios de agua potable y saneamiento centrado en la idea de un mercado con débiles regulaciones el que catalizó el cambio hacia una perspectiva orientada hacia la sociedad civil que culminó con el reconocimiento del DHA, hoy ampliado al DHAS (Al Jayyousi, 2007). El mandato de no discriminación inherente a este tipo de derechos —y su correlato en la regla de acceso universal a los servicios— permite marcar límites a una visión que desatiende la accesibilidad a manos de la eficiencia financiera.

Al final de cuentas, el DHA no surgió —como ocurrió con otros derechos humanos— para poner freno a los avances del Estado sobre el individuo, sino para fijar pisos regulatorios mínimos al mercado y fortalecer la capacidad del Estado de velar por su observancia⁷. Para ello fijó —bajo la noción de deber de protección de los derechos humanos— obligaciones de regulación en cabeza de las autoridades públicas, forzándolas a recuperar el rol del cual habían abdicado en muchos casos⁸. El hecho de que el DHA emergiera luego de la etapa de liberalización global, lejos de ser casual, confirma que la sujeción del sector a reglas de mercado sin una adecuada regulación se convirtió en una amenaza para el bienestar de una porción creciente de la comunidad.

El DHA como reacción a la perspectiva autoritaria de la prestación estatal

Así como el DHA alcanzó su reconocimiento más fuerte en el contexto de la reacción a la mercantilización de los servicios de agua potable y saneamiento, su consagración también ha jugado un rol decisivo frente a los sistemas de prestación estatal, en la medida en que permite revertir el rol pasivo en el que esos modelos han ubicado al destinatario del servicio. Muchos de los esquemas tradicionales de prestación a cargo de entes dependientes del Estado se caracterizan por subsumir al vínculo entre el prestador y el usuario bajo la misma categoría que disciplina la relación entre las personas y la administración pública —la de “administrados”— y ello implica asignar al segundo un papel de destinatario de deberes frente a la autoridad más que de titularidad activa de derechos exigibles frente al prestador (Bohoslavsky, 2011). El DHA invierte esa lógica.

En ese sentido, es importante observar que, aún cuando en la etapa de predominio absoluto de la prestación estatal existía un consenso político, social y jurídico sobre la necesidad de propiciar el acceso al servicio⁹ y que la doctrina del servicio público obligaba a conceder el status de usuario y

⁶ Como veremos, el DHAS también impone un mandato de eficiencia, pero de carácter instrumental en pos de la efectividad y sustentabilidad del acceso al derecho.

⁷ Se han considerado como principales debilidades de los procesos privatizadores en la región a la existencia de marcos regulatorios débiles, la vulnerabilidad de los reguladores a la captura, la insatisfacción con los mecanismos de protección de los usuarios, las limitaciones de los enfoques economicistas-teóricos, las deficiencias en sistemas de acceso a la información, y las fallas técnicas en algunos sectores (Jouravlev, 2004; Solanes y Jouravlev, 2005).

⁸ Dando cuenta del íntimo nexo entre el nacimiento del DHAS y la reacción a la visión mercantilista del agua, la Corte Constitucional de Bolivia (Sentencia 0684 de 2010) ha afirmado que en ese país el reconocimiento del derecho al agua como recurso indispensable para la subsistencia del ser humano tiene su origen en el hito histórico de la “Guerra del Agua” (véase el recuadro 3).

⁹ Ese consenso fue lo que se diluyó con la preeminencia de la visión mercantilista del servicio que acompañó la experiencia privatizadora, pues justamente la lectura focalizada exclusivamente en la eficiencia financiera implicó comprometer la accesibilidad del servicio para aquellos sectores sociales cuya inclusión no satisfacía ese requerimiento comercial.

respetar parámetros de regularidad y generalidad, lo cierto es que en general no se reconocía en cabeza de las personas un derecho a exigir ese acceso por sí mismas y mediante remedios administrativos o judiciales efectivos (Pinto, Torchia y Martin, 2011). Por el contrario, se entendía a la inclusión en el sistema de abastecimiento como un mandato político o —en el mejor de los casos— como un objetivo programático, esto es, no invocable en forma directa por los afectados.

RECUADRO 3 EL CASO DE COCHABAMBA, BOLIVIA

La experiencia de la ciudad de Cochabamba se cita con frecuencia como un ejemplo de los desequilibrios que produce una visión que no toma en cuenta el DHAS al momento de instrumentar la participación privada en el sector de agua potable y saneamiento.

Desde 1967 a 1999 los servicios de agua potable y saneamiento en Cochabamba habían sido prestados por una empresa municipal, pero el sistema estaba afectado por malos resultados y bajas tasas de cobertura. En 1997, sólo el 57% de los residentes estaban conectados a la red y los servicios se encontraban disponibles sólo una o dos veces por semana en la mayor parte de la ciudad.

En 1998, el Banco Mundial ofreció un préstamo a Bolivia de 25 millones de dólares para mejorar su infraestructura de agua potable, pero exigió una reforma en el sistema de su prestación que contemplara la participación privada. Como resultado de esa demanda se puso en marcha un proceso de privatización que llevó a Aguas del Tunari a obtener una concesión del servicio por 40 años. El acuerdo daba a la compañía el control del servicio a través de la red, derechos de agua en la zona y un retorno garantizado sobre la inversión. A cambio, la compañía asumía el compromiso de proveer los servicios a los consumidores existentes, ampliar el sistema de abastecimiento bajo la dirección de la autoridad reguladora y propender al logro de pautas de accesibilidad, eficiencia y equidad.

Aguas del Tunari había estructurado la tarifa de agua potable en función del principio de recuperación total de costos, lo que llevó a un aumento tarifario del 35% —que llegó al 200% para algunos consumidores— de modo de viabilizar la inyección de fondos necesaria para mejorar la infraestructura y sufragar las deudas de la empresa. La aplicación de las mayores tasas, entre otros factores, llevó a lo que hoy se conoce como la “Guerra del Agua”, caracterizada por las protestas generalizadas, violentos incidentes y la aplicación de la ley marcial. En 2000, el gobierno se vio obligado a cancelar el contrato con Aguas del Tunari.

El caso de Cochabamba expone los riesgos de una insuficiente atención a los componentes del DHAS al momento de celebrar una concesión, en especial la asequibilidad y el deber de protección del usuario que pesa sobre el Estado frente al proceder de los prestadores y de las propias autoridades. La rentabilidad garantizada, la política de recuperación total de costos, la inclusión en el acuerdo de ejecución de un costoso proyecto adicional, y la carga de la deuda en moneda extranjera llevaron a aumentos de tarifas que hacían incosteable los servicios para grandes segmentos de la población y ese extremo resulta incompatible con el mandato de no discriminación propio de ese derecho.

Fuente: Palmi (2010), Salzman (2005), y Jouravlev (2004).

Una cosa es decir que el agua es una necesidad acuciante y que los gobiernos deben implementar programas para su consecución y otra muy distinta es postular que cada persona tiene un DHA. En el primer caso, el rol de la persona es meramente pasivo, receptora de acciones estatales adoptadas sin su participación y carente de título para exigir —por ejemplo, ante un juez—, el respeto del derecho. En la otra, se construyen sujetos activos, capaces de demandar y poner en marcha una acción descentralizada que obligue a las autoridades públicas a cubrir pisos mínimos y a fijar planes de acción encaminados al acceso pleno (Hardberger, 2005). La imposibilidad de contar con agua potable o saneamiento como resultado de la pobreza, la pertenencia a un grupo racial o social o la

residencia en un lugar determinado¹⁰ constituye una violación al DHAS, por lo que la discrecionalidad a cuyo abrigo actuaron muchos prestadores tiene hoy límites imperativos.

Por otra parte, la consagración del DHAS implica poner al suministro de agua potable y saneamiento en el centro de la agenda pública y de esa forma superar la opacidad y falta de rendición de cuentas con la que muchos servicios estatales han sido administrados (Bohoslavsky, 2011).

En definitiva, y como ha resaltado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (Opinión Consultiva 7/86), el sistema mismo de protección de los derechos humanos en que se inscribe el DHAS “está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo”. Ello reduce sensiblemente el margen de arbitrio en el que se apoyaron muchas políticas sectoriales que no sólo desatendieron los reclamos de los usuarios, sino que terminaron por socavar el mantenimiento y expansión de las redes, perpetuaron esquemas ineficientes de personal y contrataciones e incluso asimilaron prácticas que terminaron por desfinanciar a los servicios.

El impacto del DHA en la configuración del sector

La emergencia de una burocracia —pública y privada— de los servicios constituyó un paso necesario en el desarrollo de la humanidad, pero terminó por desplazar a los usuarios del centro del sistema que los sirve. El DHA nace en gran medida para recuperar —mediante el anclaje del sector en los regímenes de derechos humanos— y ampliar —mediante el mandato de no discriminación que les es inherente— ese lugar. El titular del DHA es el nuevo sujeto configurador de todo un sistema regulatorio de prestación y organización del servicio que nace como reacción (Nelson, 2009) a dos tendencias históricas:

- La primera —plasmada en los años noventa— que concentraba el abordaje de los servicios desde su condición de activo comercial. El DHA pretende desarticular las consecuencias negativas de esa visión, en especial en materia de sacrificio del acceso universal a manos de una visión sesgada de la eficiencia financiera.
- La segunda —tradicional— que concebía al agua potable como un servicio público prestado por el Estado frente al cual el usuario tenía simple rango de “administrado” (sujeto pasivo de potestades estatales) pero no de titular de un derecho operativo y exigible en forma directa. El DHA pretende desarticular las consecuencias negativas de esa concepción, en especial en materia de calidad del servicio y participación.

El DHA nace para poner coto a estas dos vertientes, cuyo denominador común —aún con diferentes sujetos prestadores— es el carácter marginal del destinatario del servicio en el diseño del sistema. Su consagración implica “poner en el centro” al usuario, tanto actual como potencial.

c) La evolución en el reconocimiento del DHAS

Hasta el año 2002, el reconocimiento explícito del DHAS era aislado en el marco de los instrumentos internacionales vinculantes (Bulto, 2011), aún cuando existían varios dispositivos de ley suave que hacían referencia a él. Esto cambia con la Observación General 15, que abriría paso a una tendencia global que alcanza su punto de inflexión en julio de 2010, con la Resolución 64/292 de la

¹⁰ La Corte Constitucional de Colombia (Sentencia T-418 de 2010) sostiene que las personas que habitan en el sector rural y cuentan con recursos económicos limitados tienen derecho a ser protegidas especialmente, asegurándoles que no sean “los últimos de la fila” en acceder al agua potable. Por ello, el Estado debe diseñar participativamente planes específicos para asegurar el acceso al servicio con regularidad y continuidad en los sectores rurales y, mientras aquel se implementa, debe adoptar medidas paliativas que aseguren algún mínimo acceso de supervivencia al agua potable.

Asamblea General de las Naciones Unidas, que declara al derecho al agua potable y el saneamiento como un derecho humano esencial¹¹. Los contornos actuales del DHA están dados por esa corriente.

2. El contenido del DHA

a) El marco conceptual de la Observación General 15

Uno de los principales desafíos que enfrenta la implementación del PIDESC se vincula con la necesidad de clarificar el alcance de sus disposiciones. Ese rol es cumplido por las Observaciones Generales del CESCR, que fijan en términos amplios —fuera de un caso concreto— los lineamientos fundamentales de cada uno de los derechos que ese tratado consagra (Salman y McInerney-Lankford, 2004). El propósito de las Observaciones Generales es asistir a los Estados para que apliquen por sí mismos el PIDESC, a partir de conocer claramente cuáles son las obligaciones que él engendra. Si bien no revisten carácter obligatorio, ellas expresan la interpretación que del pacto hace su órgano internacional de aplicación, lo cual les confiere un peso legal decisivo.

A lo largo de una veintena de Observaciones Generales, el CESCR ha elaborado una visión sistematizada de la estructura de cada uno de los derechos consagrados en ese pacto que también resulta aplicable al DHAS. Ese análisis comienza por la descripción de las bases normativas y contenido mínimo del derecho, el cual se indaga a través de los componentes de disponibilidad, calidad y accesibilidad —factor que se desagrega en accesibilidad física y económica, directiva de no discriminación y acceso a la información—, para luego delinear los rasgos centrales de las obligaciones asumidas por los Estados Parte respecto de aquél.

La clasificación de las obligaciones en esta materia atiende, por una parte, al contenido de la conducta debida por el Estado. Ello nos permite identificar a las obligaciones de respeto, protección y cumplimiento (aplicación), la cual se desagrega en los deberes de facilitar, promover y proveer.

De forma paralela, el segundo criterio de clasificación se refiere al grado de satisfacción del derecho que resulta exigible, lo cual lleva a deslindar las obligaciones básicas —que son aquellas de exigibilidad inmediata y que procuran asegurar un grado mínimo de disfrute de derechos elementales— de las obligaciones progresivas, que se cumplen demostrando la adopción de medidas eficaces tendientes al logro gradual del objetivo convencional. Para acreditar el cumplimiento de las obligaciones progresivas los Estados deben demostrar que han tomado de buena fe las medidas necesarias y factibles encaminadas a la plena realización del derecho en juego. Esto significa que esas obligaciones son de medios. Por el contrario, las obligaciones básicas son de resultado: el Estado no puede justificar en ninguna circunstancia su falta de acatamiento y por ende toda situación que implique ausencia de disfrute de ese núcleo esencial del derecho configura una violación al tratado.

b) Componentes del DHA

De acuerdo a la definición contenida en la Observación General 15, el DHA es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible, y asequible para el uso personal y doméstico, con lo cual —y sin desconocer el rol fundamental del agua en la producción de alimentos, la generación de medios de subsistencia y el disfrute de determinadas prácticas culturales— el CESCR

¹¹ La resolución tiene origen en una moción presentada por Bolivia y respaldada por 33 países más —entre los que se encontraban Antigua y Barbuda, Cuba, Ecuador, El Salvador, Haití, Nicaragua, Paraguay, República Dominicana, Santa Lucía, Uruguay y Venezuela— para que se reconociera el agua y el saneamiento como derechos humanos. Un antecedente inmediato de esta iniciativa fue la campaña liderada por Bolivia durante el V Foro Mundial del Agua (Estambul, 2009), donde se logró que 25 países firmaran una declaración alterna a la oficial, en la cual reconocían al agua y al saneamiento como derechos humanos fundamentales. Durante el IV Foro Mundial del Agua (México, 2006), únicamente se había logrado que 4 países firmaran la declaración alternativa, lo que evidencia el ascenso que tuvo el tema a partir de las campañas y las movilizaciones desarrolladas por múltiples organismos de la sociedad civil, organizaciones no gubernamentales y gobiernos.

entiende que el ámbito propio del DHA es el del uso del recurso para el consumo humano directo y no para otros destinos¹². Aún así, la Observación General 15 destaca la importancia de garantizar un acceso sostenible a los recursos hídricos con fines agrícolas cuando de él depende el ejercicio del derecho a una alimentación adecuada, tal como sucede con los agricultores marginados. En igual línea, el CESCR ha enfatizado que los Estados deben garantizar un acceso suficiente al agua para los pueblos indígenas¹³.

Si bien las condiciones requeridas para satisfacer el DHA son variables, los siguientes factores deben respetarse en todos los casos para asegurar la sustancia del derecho.

Disponibilidad

El suministro de agua para cada persona debe ser suficiente y continuo para uso doméstico y personal, tal como bebida, aseo personal o preparación de comida. Actualmente se considera a nivel internacional que el mínimo exigible para hacer frente a las necesidades básicas se encuentra entre 20 (PNUD, 2006) y 50 litros por persona por día (Howard y Bartram, 2003).

En esa línea, la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia ha considerado que se vulnera el requisito de disponibilidad cuando la administración no lleva a cabo las acciones necesarias para superar la falta de acceso al agua causada por un sismo que destruyó el pozo del cual se abastecía una población indígena (Sentencia T-143 de 2010) o bien cuando una empresa se niega a conectar una vivienda al servicio de agua aduciendo que no cuenta con redes de acueducto necesarias para realizar dicha conexión (Sentencia T-1104 de 2005). De igual manera, las interrupciones graves, prolongadas y constantes en la prestación del servicio (Sentencias T-091 de 2010 y T-539 de 1993) y la realización de obras que afectan las fuentes de agua sin asegurar una alternativa (Sentencia T-381 de 2009), constituyen también supuestos de violación a este componente del derecho.

Calidad

El agua debe ser segura y por lo tanto libre de microorganismos, sustancias químicas o riesgo de radiación que constituyan una amenaza para la salud. Además, el agua para uso doméstico debe ser de color, olor y sabor aceptables.

La falta de satisfacción de estos requerimientos constituye un problema recurrente para los usuarios de muchos sistemas de prestación en América Latina y el Caribe. Dando cuenta de ello, en 2004, el Juzgado de Primera Instancia Civil y Comercial de Octava Nominación de la Ciudad de Córdoba, Argentina (Caso “*Marchisio, José Bautista y otros*”) ordenó al gobierno de la ciudad que adoptara las medidas necesarias para garantizar el adecuado funcionamiento de la planta de tratamiento de líquidos cloacales, que se había visto saturada en su capacidad como resultado del crecimiento poblacional, ocasionando con ello el vertido directo de líquidos al río de la ciudad y la consiguiente contaminación de esa fuente de agua. En el intermedio, el juez ordenó a las autoridades que aseguraran a los afectados una provisión mínima de 200 litros diarios de agua potable, hasta tanto se realizaran las obras que posibilitaran el pleno acceso al servicio público de abastecimiento.

También en la Argentina, la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de San Nicolás (Caso “*Conde, Alberto José Luis*”) condenó en 2008 a una prestadora estatal —creada luego de reasumir un servicio provincial privatizado— a respetar la normativa nacional de calidad del agua.

¹² La Corte Constitucional de Colombia (Sentencia T-381 de 2009) precisa que el agua potable constituye un derecho fundamental que es parte del núcleo esencial del derecho a la vida en condiciones dignas cuando está destinada al consumo humano, pero no cuando se usa en otras actividades, tales como el turismo o la explotación agropecuaria.

¹³ La Corte IDH ha destacado en fallos relacionados con los derechos de las comunidades indígenas sobre sus territorios ancestrales el rol esencial del acceso al agua para la preservación de las prácticas culturales y la subsistencia de esos pueblos (Casos “*Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni*” de 2001, “*Comunidad indígena Yakye Axa*” de 2005, y “*Pueblo Saramaka*” de 2007). La misma línea expresa la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (Resolución 61/295 del 13 de septiembre de 2007).

La empresa adujo en su defensa que no tenía obligación de cumplir con esos parámetros, pues el plan de inversiones previsto en el contrato de concesión se encontraba suspendido luego de la ruptura de la ecuación económico-financiera del contrato en el contexto de la crisis de 2001 y la salida del prestador privado. Sin embargo, el tribunal desestimó ese abordaje y la condenó a realizar los trabajos necesarios a fin de adecuar la calidad y potabilidad del agua de uso domiciliario a los parámetros establecidos en el Código Alimentario¹⁴.

En Colombia, se ha considerado a la ausencia de tratamiento para el agua destinada al consumo humano y a la falta de mantenimiento y limpieza de los tanques de almacenamiento como un caso de violación a la obligación de calidad. Por ello, la Corte Constitucional (Sentencias T-410 de 2003 y T-418 de 2010) ordenó al prestador que —en un término máximo de 30 días— iniciara los trámites administrativos y financieros necesarios para garantizar el suministro efectivo del servicio de acueducto, con los niveles de calidad, regularidad, inmediatez y continuidad que exigen las normas legales vigentes, en un plazo no superior a 6 meses. En este mismo sentido (Sentencia T-092 de 1995), se estableció que existía una infracción a la obligación de calidad por la presencia de componentes nocivos en el agua que nutría a un acueducto municipal y similar incumplimiento se detectó ante la contaminación de la naciente de aguas que servían a un acueducto por la construcción de una porqueriza y varios cultivos. Ello motivó la orden de suspensión del funcionamiento de la porqueriza hasta tanto se ejecutaran las obras tendientes a impedir la llegada de materias fecales a dichas fuentes y se obtuvieran las licencias sanitarias y ambientales correspondientes (Sentencia T-523 de 1994).

Accesibilidad

Los servicios de agua potable deben ser accesibles a todos sin discriminación de ninguna índole. Este recaudo presenta cuatro dimensiones superpuestas.

i) Accesibilidad física

Los servicios deben encontrarse al alcance seguro de todos los sectores de la población. Una cantidad de agua suficiente, segura y aceptable debe ser accesible dentro —o en inmediata cercanía— de cada hogar, institución educativa y lugar de trabajo. Todos los servicios de suministro deben ser culturalmente apropiados y sensibles a los requerimientos de género, edad y privacidad. La seguridad física no debe ponerse en riesgo durante el acceso a los mismos.

Se ha considerado que, para cumplir este requisito, el tiempo necesario para buscar los 20 litros de agua —mínimo exigible de acuerdo al estándar de disponibilidad— no debería de exceder los 30 minutos, incluyendo períodos de espera, y que la distancia entre el hogar y la fuente de agua no debería superar 1 kilómetro —ida y vuelta— para considerar que existe acceso básico (Howard y Bartram, 2003; GTZ, 2009; COHRE y otros, 2007; JMP, 2012c).

ii) Accesibilidad económica

Los servicios deben ser asequibles para todos. Esto implica que los costos directos e indirectos y los cargos para asegurar el servicio —incluidos los gastos de conexión y entrega— no deben impedir que una persona tenga acceso al agua potable ni deben representar una amenaza a su

¹⁴ Para ello le ordenó la presentación de un proyecto con plazos concretos de realización, en cuya formulación debía darse intervención al organismo regulador y contemplarse instancias de participación ciudadana. La sentencia dispuso mantener durante todo el plazo de adecuación del servicio, la obligación del prestador de suministrar en forma gratuita agua potable en bidones u otro mecanismo a toda persona o entidad con domicilio en la ciudad afectada que así lo requiriera formalmente en la oficinas de la empresa, acreditando su condición de cliente consumidor del servicio y justificando que la misma estaba destinada a personas menores de 3 años o mayores de 70 años, además de enfermos internados en los distintos centros sanitarios de la ciudad o enfermos domiciliarios sin posibilidad material de ambular.

capacidad para el disfrute de otros derechos, tales como alimentación, vivienda, salud o educación¹⁵ (ACNUDH, 2007).

El requisito de asequibilidad no es incompatible con la necesidad de recuperar los costos de la prestación ni significa que los servicios deban prestarse de modo gratuito. Antes bien, exigir que el agua sea accesible para todos implica que las autoridades determinen qué personas se encuentran en condiciones de pagar y cuáles no, arbitrando las soluciones para estas últimas mediante el suministro gratuito de una cantidad mínima, subsidios o mecanismos similares.

La asequibilidad supone límites a la recuperación de costos para que su logro no se convierta en un obstáculo al acceso de los sectores más vulnerables, pero está lejos de significar un beneficio indiscriminado de gratuidad para todos los sectores sociales, solución que conspiraría gravemente contra la igualdad y sustentabilidad del sistema¹⁶. Una cosa es decir que los servicios deben ser gratuitos sin más y otra muy diferente es postular que nadie debería estar privado del acceso al agua por no poder pagarla. En este último caso adquieren relevancia pautas de equidad que marcan un distingo fundamental con la gratuidad, pues aquellos usuarios con capacidad de pago deberán hacerlo a fin de garantizar la sostenibilidad de la prestación.

Con esas puntualizaciones, la accesibilidad económica plantea un límite sustancial a la facultad de desconexión por falta de pago. Si bien esa alternativa no se encuentra prohibida a priori, sí presenta condicionantes relevantes en cuanto a sus alcances concretos: la interrupción del servicio por falta de pago no puede llegar al punto de negar a una persona el acceso a una cantidad mínima de agua potable, si esa persona demuestra que no está en condiciones de pagar por esos servicios básicos. Es posible —en consecuencia— reducir la cantidad de agua potable a la que debe tener acceso la persona, pero esa medida no debe impedir el acceso a niveles esenciales del servicio (REAyS, 2010a) y por lo tanto sólo resulta admisible la interrupción total del servicio cuando exista una fuente alternativa para obtener la cantidad mínima¹⁷ (ACNUDH, 2007). A fin de asegurar que ese límite se respete, una serie de requerimientos procedimentales son exigibles previo a la desconexión: i) suministro oportuno y cabal de información sobre las medidas propuestas; ii) notificación de la medida con antelación razonable; iii) derecho del afectado a ser oído; y, iv) remedios para cuestionar judicial o administrativamente la decisión.

El CDESCR tipifica a la interrupción o desconexión arbitraria o injustificada de los servicios o instalaciones de agua potable y a los aumentos desproporcionados o discriminatorios de las tarifas como violaciones al deber de respeto del DHAS, lo cual ocurriría de no contemplarse esas limitaciones formales y sustanciales.

Pese a la claridad de esas directivas internacionales, la protección contra desconexiones violatorias de la asequibilidad sigue siendo un desafío en muchos países. Sudáfrica es un ejemplo de los problemas que se presentan en relación a esa temática (véase el recuadro 4). La experiencia de este país muestra cómo la necesidad de una tutela efectiva del DHAS pone en cuestión los moldes que

¹⁵ En algunos estudios se considera que los costos de los servicios de agua potable y saneamiento no deberían exceder el 5% de los ingresos del hogar (GTZ, 2009). Sin embargo, otros estiman este umbral entre el 1% (Vergès, 2010a) y el 3% del presupuesto familiar (PNUD, 2006; Hutton, 2012).

¹⁶ En este sentido, la Corte Constitucional de Colombia (Sentencias T-546 de 2009 y T-150 de 2003) ha reafirmado que el DHAS no ampara la gratuidad indiscriminada de los servicios públicos y que cuando un usuario no paga por el servicio recibido, está obrando como si los demás usuarios tuvieran que correr con su carga individual y financiar transitoria o permanentemente su deuda. Ello atenta claramente contra el principio de solidaridad que, entre otros, exige que cada usuario asuma las cargas razonables que le son propias y dificulta que las empresas presten los servicios con criterios de eficiencia.

¹⁷ La Observación General 15 establece que “Todos los pagos por servicios de suministro de agua deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos”. Esa aserción ha sido interpretada como impedimento para la desconexión por falta de pago.

RECUADRO 4

SUDÁFRICA: JURISPRUDENCIA EN LA PROTECCIÓN CONTRA DESCONEXIONES

En 2001, se resolvió el caso “*Bon Vista Mansions*”, originado en el reclamo iniciado por un grupo de vecinos de un barrio de departamentos ante la decisión del prestador estatal de interrumpir el suministro por falta de pago. Los peticionantes solicitaron el restablecimiento del servicio invocando en su favor la norma constitucional que consagra el derecho al agua. El tribunal hizo lugar al pedido y ordenó la reconexión, al entender que los procedimientos seguidos para interrumpir el suministro no habían sido justos y equitativos, pues no había existido una intimación previa ni se había dado la oportunidad de defensa de los afectados. Este último aspecto fue especialmente subrayado, en la medida en que la legislación sudafricana veda la desconexión por falta de pago si la persona prueba que no se encuentra en condiciones de afrontar el costo del servicio.

En 2002, otro caso —“*Manquele*”— puso de resalto los retos que el ejercicio del DHAS presenta a escala nacional. La demandante era una mujer desempleada madre de siete hijos, cuyo suministro de agua había sido interrumpido por falta de pago. Ella demandó al prestador estatal por entender que la desconexión infringía la ley sectorial que consagra explícitamente el derecho a disponer de una cantidad mínima (que la ley no determina) de agua suficiente para la subsistencia e higiene de cada hogar. Ante la falta de cuantificación legal de ese mínimo, y en aras de cumplir con ese mandato, el prestador había fijado una provisión gratuita para consumo doméstico de 6 mil litros por mes, el cual había sido superado, sin saberlo, por la demandante. La corte rechazó el reclamo por entender que no existía una determinación legal sobre la cantidad de agua gratuita que debía proveerse y que ese aspecto debía ser establecido por la legislación y no por los jueces.

En esa senda, uno de los pronunciamientos más polémicos se halla en el caso “*Mazibuko*” de 2009, en el que la Corte Constitucional rechazó el abordaje del acceso al agua potable desde la perspectiva de los pisos mínimos de cobertura del PIDESC y se centró exclusivamente en el análisis del caso a la luz del ordenamiento constitucional. En este caso cinco residentes de una de las zonas urbanas más pobres de Johannesburgo demandaron al prestador municipal y al gobierno nacional. El motivo fue la implementación de un plan tendiente a reducir las pérdidas de agua y mejorar la tasa de cobro a través del abandono de la tarifa plana y la instalación de medidores prepagos que abastecerían a cada hogar con 25 litros por persona por día, límite por sobre el cual el servicio debía ser abonado por adelantado. Los reclamantes impugnaron la medida por violatoria del derecho al agua consagrado a nivel constitucional y por la ilegalidad y carácter discriminatorio de los medidores prepagos. En 2007, el tribunal de primera instancia consideró que el mínimo de 25 litros por persona por día era inconstitucional, debiendo ser elevado a 50, y que los medidores prepagos carecían de respaldo jurídico y habían sido implementados de un modo ilegal. El prestador apeló y en 2009 la Corte de Apelaciones concluyó que el mínimo —de acuerdo a informes de expertos— era de 42 litros. Agregó que —aún cuando los medidores prepagos eran ilegales, por carecer de sustento normativo y lesionar el debido proceso— debía otorgarse al municipio un plazo de 2 años para adecuar sus políticas a las exigencias constitucionales.

Los demandantes cuestionaron la decisión del tribunal de apelaciones ante la Corte Constitucional, intentando restablecer el criterio de primera instancia (de 50 litros y una ejecución inmediata de la sentencia). La Corte Constitucional se apartó de lo decidido por los dos tribunales inferiores y concluyó que la política de provisión sin costo de 25 litros resultaba razonable. Además, estimó que la utilización de medidores prepagos resultaba legal, acorde al debido proceso y no discriminatoria, en la medida en que habían sido instalados persiguiendo una finalidad legítima (reducir el derroche de agua) y eran adecuados para el logro de ese objetivo. La corte se apartó de los tribunales inferiores que habían cuantificado la cantidad mínima de agua con base al estándar del núcleo esencial de los derechos del PIDESC y aseveró que sólo correspondía a los jueces controlar la razonabilidad de la política pública encaminada al logro progresivo del derecho, pero no fijar el contenido de los DESC. Esto último era incumbencia de los poderes legislativo y ejecutivo, que se encuentran mejor situados para investigar las condiciones sociales a la luz de las disponibilidades presupuestarias.

Fuente: Elaboración propia.

han encorsetado tradicionalmente la acción de jueces y administradores, quienes se ven compelidos ahora a comportamientos más activos, bajo el riesgo de dar lugar a la responsabilidad internacional por incumplimiento de un derecho humano.

Como contrapartida, la jurisprudencia latinoamericana muestra un importante nivel de activismo en esta materia. La Corte Constitucional colombiana (Sentencias T-614 y T-717 de 2010 y T-740 de 2011) ha elaborado una construcción sólida sobre la posibilidad de corte del servicio a la luz del DHAS, que se asienta en las siguientes directivas:

- El pago de las tarifas legalmente establecidas es una condición indispensable para garantizar la prestación eficiente, continua e ininterrumpida de los servicios a los demás usuarios. Debe existir un medio para desincentivar la falta de pago, que puede ser el corte del servicio.
- Sin embargo, existen unos límites específicos que el prestador debe respetar al momento de suspender el suministro de algún servicio: primero, seguir ciertos parámetros procedimentales que garanticen el debido proceso de los usuarios; y segundo, abstenerse de suspender cuando se trata de establecimientos protegidos, como los centros penitenciarios, las instituciones educativas o los hospitales, o bien cuando las personas perjudicadas son sujetos de especial protección constitucional.
- Se entiende, de esa forma, que el corte del servicio a esos sujetos de especial protección constitucional constituye una decisión desproporcionada, en la medida en que, aún persiguiendo un fin constitucionalmente legítimo —como es la garantía de la prestación eficiente, continúa y sin interrupciones a todos los usuarios— y siendo un instrumento idóneo para alcanzar el objetivo perseguido, los beneficios obtenidos con su aplicación son menores que los sacrificios a que son expuestos los titulares del DHAS¹⁸.
- En función de ello, ante el incumplimiento en el pago de más de dos períodos consecutivos de facturación, el prestador debe informar la situación crediticia del usuario y el procedimiento a seguir para que éste pueda ponerse al día en sus obligaciones, concediendo —de ser necesario— plazos amplios y cuotas flexibles para el pago si su capacidad económica así lo exige. Si, una vez realizados, los mencionados acuerdos son incumplidos pero el usuario manifiesta y prueba que no cuenta con la capacidad económica para hacerse cargo del pago de dicho servicio básico, la empresa prestadora debe instalar —a su cuenta— un restrictor en el flujo del agua que garantice por lo menos 50 litros de agua por persona al día o proveer una fuente pública del agua que asegure el suministro de igual cantidad. Ese criterio ha sido considerado como la consagración jurisprudencial del derecho al mínimo vital de agua potable.
- La ausencia de alguna de las conductas referidas anteriormente atenta contra el DHAS, pero que siempre quedará al prestador iniciar las acciones judiciales pertinentes para el cobro de su acreencia.

¹⁸ El principio de proporcionalidad es crecientemente utilizado por los tribunales de América Latina para controlar la razonabilidad de los actos estatales. Su relevancia práctica consiste en dotar de un alcance más intenso al control de razonabilidad, en tanto la prueba de proporcionalidad determina que al momento de constatar la legitimidad de una medida de reglamentación de un derecho, el intérprete deba verificar la presencia de los siguientes elementos: i) finalidad legítima de la restricción; ii) adecuación entre esa finalidad y los medios utilizados; iii) necesidad del medio elegido para conseguir la finalidad perseguida; y, iv) proporcionalidad estricta entre el beneficio obtenido y el sacrificio impuesto. De ese modo, el control sobre las medidas de reglamentación del DHAS demandará verificar que se persigue una finalidad legítima con la regulación, que los medios utilizados para ello son idóneos y necesarios, por no existir otros menos lesivos, y que la medida presenta un equilibrio entre el costo impuesto al derecho y el beneficio que ese sacrificio reporta a otro derecho.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica (Sentencia 9629 de 2002) considera que la suspensión del servicio de agua potable es una violación *prima facie* del DHAS, por lo que la validez de la interrupción del suministro por incumplimiento en el pago está sujeta a dos requisitos: “informar previamente al usuario sobre la deuda que tiene en mora con la institución” e “instalar una fuente de agua pública en las cercanías del inmueble al que se le cortó el servicio”. De esa forma, en ese país no se exige —como en Colombia— el mantenimiento del mínimo vital en el hogar, sino que alcanza con asegurar una fuente pública que sustituya —al menos mínimamente— el servicio suspendido (Sentencia 11045 de 2001).

A nivel legislativo, en **Nicaragua**, la Ley de Aguas establece que la prestación del servicio a los consumidores en estado evidente de pobreza extrema no podrá ser interrumpida, salvo fuerza mayor, debiendo en todo caso proporcionárseles alternativas de abastecimiento temporal, sean en puntos fijos o ambulatorios. Tampoco podrán interrumpirse estos servicios a hospitales, centros de salud, escuelas, orfanatos, asilos para ancianos, centros penitenciarios, estaciones de bomberos y mercados populares.

iii) No discriminación

Los servicios de abastecimiento deben ser accesibles para todos, incluidos los sectores más vulnerables o marginados de la población, sin discriminación basada en factores prohibidos como raza, sexo, edad, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, discapacidad física o mental, estado de salud, orientación sexual, estado civil, o cualquier otra condición política, social o de otro tipo que tenga por efecto anular o menoscabar el igual disfrute del derecho al agua. Una asignación adecuada de los recursos resulta esencial para cumplir con este recaudo, evitando —por ejemplo— la realización de inversiones que favorezcan un suministro costoso de agua potable a una pequeña y privilegiada fracción de la población y desatiendan a grupos mayoritarios en situación de desamparo.

iv) Accesibilidad a la información

La accesibilidad incluye el derecho a buscar, recibir y difundir información concerniente a los servicios de agua potable y saneamiento (véase las páginas 41 y 49).

c) Deberes internacionales en materia del DHA

El aseguramiento de la sustancia del DHA en las condiciones anteriormente expuestas genera en cabeza del Estado tres tipos de obligaciones que demandan de él diferentes cursos de acción: respeto, protección y cumplimiento.

Obligación de respeto

La obligación de respeto exige que los Estados se abstengan de interferir directa o indirectamente con el disfrute del DHA. Eso incluye, entre otros, el deber de no incurrir en cualquier práctica o actividad que obstaculice o limite el acceso igualitario al agua adecuada, de no interferir arbitrariamente en los mecanismos consuetudinarios o tradicionales para el suministro de agua y de no disminuir o contaminar las fuentes de agua.

Obligación de protección

Esta obligación requiere que el Estado prevenga la interferencia de terceros en el disfrute del DHA. El concepto de terceros incluye a individuos, grupos, corporaciones y otras entidades, así como a los agentes que actúan bajo la autoridad pública. Proteger implica, así, diseñar y poner en práctica medidas regulatorias tendientes a evitar que esos terceros denieguen el acceso igualitario al agua

potable y contaminen o exploten en forma no equitativa los recursos hídricos¹⁹, con inclusión de las fuentes naturales, los pozos y otros sistemas de distribución de agua.

Puntualmente, cuando los servicios de agua potable son operados o controlados por terceros, los Estados deben evitar que éstos comprometan el acceso igualitario a suficiente agua de calidad. Para prevenir esos abusos debe establecerse un sistema regulatorio efectivo de conformidad con el PIDESC, que incluya monitoreo independiente, participación de los usuarios, e imposición de penalidades por incumplimiento²⁰.

La regulación de los servicios de agua potable y saneamiento constituye uno de los objetivos trascendentes para alcanzar los objetivos de equidad e inclusión social y es un componente sustantivo e insoslayable de la transformación del sector. El DHAS ofrece un marco jurídico internacional para fortalecer esa función regulatoria, en la medida en que la inscribe dentro del cumplimiento del deber de protección del derecho que incumbe al Estado. El hecho de poder amparar las medidas regulatorias en el cumplimiento de un mandato internacional brinda una cobertura decisiva al Estado frente a reclamos de inversores o prestadores privados que eventualmente puedan considerarse afectados en sus derechos como resultado de aquellas (Bohoslavsky y Justo, 2011).

Obligación de cumplimiento

Esta obligación puede ser desagregada en las obligaciones de facilitar, promover y proporcionar. La obligación de facilitar supone que el Estado adopte medidas positivas tendientes a asistir a los individuos y grupos en el disfrute del derecho. Promover implica que el Estado debe llevar adelante medidas educativas y de concientización sobre los modos de satisfacción del derecho. Por último, el Estado tiene la obligación de proporcionar el derecho cuando los individuos o grupos se encuentran imposibilitados, por razones ajenas a su control, de realizarlo por sí mismos con los medios a su disposición. En este campo, “cumplir” implica, al menos: i) **facilitar**, por medio de medidas positivas para la asistencia de individuos y comunidades, el goce del derecho al agua; ii) **promover**, por medio de una educación apropiada sobre el uso higiénico del agua, protección de las fuentes y métodos para su ahorro; y, iii) **proveer** el agua a aquellas personas o grupos impedidos, por razones ajenas a su control, de realizar el derecho por medios a su alcance.

La observancia de esta obligación exige del Estado el reconocimiento del DHA en el ordenamiento interno y la adopción de una estrategia y un plan de acción en materia de recursos hídricos, velando por que el agua sea asequible para todos. Para el logro de este último requisito, los Estados deben adoptar las medidas necesarias bajo el principio de equidad para que los servicios estén al alcance de todos. Entre ellas, el CDESCR menciona la utilización de tecnologías apropiadas y presencia de políticas adecuadas en materia de tarifas (véase el recuadro 5).

d) Niveles de exigibilidad del DHA

Desde la perspectiva del grado de exigibilidad del derecho en relación a pautas temporales se distingue entre obligaciones básicas y progresivas. Ambos tipos de obligaciones resultan exigibles en forma inmediata, pero en el primer caso deben asegurarse logros mínimos, mientras que en el segundo el PIDESC se cumple adoptando las medidas tendientes al logro progresivo de la plenitud del DHA.

¹⁹ La Corte Constitucional de Colombia (Sentencia T-379 de 1995) ordenó al prestador que dictara la reglamentación necesaria para regular el aprovechamiento de aguas, de modo de revertir la disminución del nivel del “ojo de agua” que proveía a una población como resultado del uso inadecuado por parte de uno de los propietarios ribereños. También instó (Sentencia T-413 de 1995) a regular el uso del recurso y a priorizar el consumo doméstico, en un supuesto donde su utilización con destino a una explotación piscícola y otros fines productivos había causado la falta de agua en los hogares del área.

²⁰ Un borrador de la Observación General 15 preveía directamente que los Estados se abstuvieran de privatizar los servicios de agua potable hasta tanto contaran con un sistema regulatorio acorde con el PIDESC.

RECUADRO 5 ACCESIBILIDAD ECONÓMICA Y SUBSIDIOS

Los países de América Latina y el Caribe afrontan retos importantes para asegurar la accesibilidad económica del servicio. Desde la perspectiva de las disparidades, se advierte que en nuestra región el décimo decil de la población (la más rica) difícilmente gasta el 0,5% y todavía menos del 0,1% de su ingreso en servicios de agua potable de primera calidad, mientras el primer decil (la población más pobre) consume un promedio del 5% de sus ingresos —que supera en algunos casos al 10%— por tener acceso al agua de muy baja calidad. Casi un 30% de la gente vive por debajo de la línea de pobreza (lo que incluye casi un 12% en condiciones de pobreza extrema o indigencia), por lo que debe ser atendida hasta que las condiciones socioeconómicas se reviertan. Consecuentemente, muchos países se ven en la necesidad de estructurar, financiar e implementar sistemas de subsidio dirigidos a los más pobres y que tengan por objetivo una provisión sustentable de los servicios. Las experiencias recogidas muestran que un modelo eficiente de subsidios debe tomar en cuenta, entre otros, los siguientes aspectos:

- **Focalización:** Las ayudas deben orientarse sólo a los sectores más necesitados de la sociedad, de modo de evitar las distorsiones que conlleva reconocerlos de modo indiscriminado (error por inclusión) o insuficiente (error por exclusión). Para su otorgamiento deben verificarse condiciones objetivas cuya permanencia en el tiempo sea objeto de monitoreo. Por ejemplo, Chile presenta un modelo exitoso de subsidios para familias por debajo de la línea de pobreza que se encuentra sujeto a acreditación de la situación socioeconómica y supone una reducción del precio de los primeros 15 metros cúbicos de consumo por mes.
- **Eficiencia:** Los subsidios deben alentar la conservación del agua a través de mayores tarifas para los usuarios que superan el consumo mínimo. Sin embargo, esta diferenciación debe darse con sumo cuidado y contemplar, por ejemplo, que con frecuencia los hogares pobres albergan a muchas más personas que los de mayores ingresos. Si no se considera este factor se termina imponiendo una carga desproporcionada a los sectores con menores ingresos y beneficiando a los hogares más pudientes. De igual forma, es común que los intermediarios informales que abastecen a los hogares no conectados compren el agua en grandes cantidades, por lo que un incremento de la tarifa por sobre los mínimos será trasladado a sus clientes cautivos.
- **Prioridad de la conexión a la red:** Los subsidios deben atender prioritariamente a la población urbano-marginal y rural que no está conectada a la red. Cuantos menos hogares pobres integren el sistema de redes menor progresividad presentará el subsidio. Por ello, la asistencia debe centrarse inicialmente en la posibilidad de lograr la conexión, aspecto que demanda en ocasiones una inversión prohibitiva para hogares pobres que carecen de acceso a crédito. Si no se prioriza la conexión, el subsidio al consumo sólo alcanzará a los sectores medios y altos, que son quienes tienen la capacidad de sufragar ese costo. En igual medida, la falta de conexión y la necesidad de recurrir a proveedores informales aumenta críticamente el valor del agua como resultado de la intermediación, cosa que no sucede a quienes reciben el agua directamente del proveedor formal.
- **Tenencia de la vivienda:** Condicionar el acceso al servicio o los subsidios a la existencia de un título legal en la tenencia también constituye un impedimento para millones de personas que viven en sitios no autorizados. A medida que el proceso de urbanización atrae más gente del campo a asentamientos informales en las ciudades, esta barrera a la expansión de los servicios aumenta.

Fuente: Soares y otros (2002), Varis (2007), PNUD (2006), Ferro y Lentini (2012), y ADERASA (2006).

Obligaciones básicas

i) No discriminación

El deber de garantizar —y no simplemente procurar— que el ejercicio de los derechos protegidos se desarrolle sin discriminación es una obligación que produce efectos inmediatos y conlleva la supresión también inmediata de toda práctica estatal contraria a la igualdad.

ii) *Pisos mínimos esenciales de derechos*

Independientemente del deber de adoptar medidas, según la Observación General 3, “corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos”, extremo en el cual se dirime en gran parte la razón de ser de esta convención internacional. En ese punto, ha de tenerse en cuenta que “para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición con el fin de satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas”. De modo que no alcanza para el Estado alegar que ha tomado medidas tendientes a ello sino que debe exponer resultados. Si invoca la imposibilidad material de hacerlo por falta de recursos le cabe acreditar que ha priorizado esa obligación al aplicar los que posee (Young, 2008).

Como ha explicado la Corte Constitucional de Colombia (Sentencia C-251 de 1997), “existe un contenido esencial de los derechos económicos y sociales, el cual se materializa en los derechos mínimos de subsistencia para todos, sea cual fuere el nivel de desarrollo económico. Por ende, se considera que existe una violación a las obligaciones internacionales si los Estados no aseguran ese mínimo vital, salvo que existan poderosas razones que justifiquen la situación”.

Dentro de esos niveles esenciales, en materia de agua se destacan (McGraw, 2011):

- Acceso a una cantidad mínima de agua para uso doméstico. El CESCR se refiere en la Observación General 15 a un estudio de la Organización Mundial de la Salud (OMS) que fija ese mínimo en 50 litros por habitante por día, mientras que en PNUD (2006) se habla de 20 litros.
- No discriminación en el acceso a los servicios.
- Garantizar el acceso físico a instalaciones o servicios que proporcionen un suministro suficiente y regular de agua salubre; que tengan un número suficiente de salidas de agua para evitar unos tiempos de espera prohibitivos y que se encuentren a una distancia razonable del hogar.
- Seguridad personal en el acceso al agua.
- Distribución equitativa de las instalaciones, evitando priorizar a los sectores de mayor poder adquisitivo y desatender a los pobres.
- Adopción de un plan de acción nacional destinado a toda la población, en base a un proceso transparente y participativo, que incluya métodos tales como indicadores y puntos de referencia que permitan su monitoreo y tome especialmente en cuenta a los sectores menos aventajados.
- Monitoreo del alcance de la realización o no del derecho al agua.
- Adopción de programas de agua a bajo costo para grupos vulnerables.
- Adopción de medidas para prevenir, tratar y controlar enfermedades asociadas al agua, en particular velando por el acceso a servicios de saneamiento adecuados.

El Estado no puede justificar el incumplimiento de estas obligaciones básicas, que son inderogables, según la Observación General 15, y por ende una medida nacional que las contravenga supone una infracción al PIDESC. Sin embargo, el CESCR enfatiza que incumbe especialmente a los Estados, así como a otros agentes que estén en situación de ayudar, el prestar asistencia y cooperación internacionales, en especial económica y técnica, para permitir a los países en vías de desarrollo cumplir sus obligaciones básicas y progresivas.

Las obligaciones básicas cumplen un rol gravitante para la eficacia de los programas que se emprendan a nivel nacional en el campo del DHAS, en la medida en que permiten reducir la brecha entre las declaraciones y los resultados tangibles. A través de la exigibilidad inmediata de acceso al núcleo esencial del derecho se fomenta una acción descentralizada a nivel global que motoriza importantes avances.

Por ejemplo, en la Argentina, la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires (Caso “*Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia*” de 2007) ha ordenado al gobierno comunal que garantice por medio de camiones cisterna el suministro de agua potable a pobladores de un barrio marginal que carecían de abastecimiento, hasta tanto se encontrara en condiciones de ofrecer otra alternativa que asegurara la normal prestación del servicio de agua potable²¹. Esa provisión fue considerada en el caso como el piso mínimo del DHAS, aclarando la sentencia que no implicaba un mejoramiento en la prestación del servicio respecto de los habitantes afectados y que, por ende, no debía ser encuadrada como un avance en términos de progresividad. Concluyó que, si bien es cierto que el acceso al agua potable requiere de una política estatal que establezca y construya sistemas de suministro, no por ello, mientras tales políticas son definidas y las obras implementadas, el servicio puede ser relegado u obviado.

Obligaciones progresivas y no regresividad

En forma paralela al deber de exponer logros básicos —como son la ausencia de discriminación y la cobertura de niveles esenciales del DHAS— el PIDESC obliga en forma inmediata a adoptar medidas que deben funcionar como un camino adecuado para alcanzar paulatinamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en el pacto. Para lograrlo, el Estado debe destinar el máximo de sus recursos disponibles.

El deslinde entre las obligaciones básicas y progresivas reside, de esa forma, en la noción de plenitud del goce de los derechos, comprometiendo al Estado a seguir en simultáneo dos cursos de acción diferentes: i) logro —inmediato— de un nivel esencial de acceso a los derechos para todos; y, ii) adopción —de nuevo, inmediata— de medidas que permitan llegar gradualmente a la plenitud de ese acceso. Ambos cursos de acción son exigibles sin dilaciones, pero en el primer supuesto la obligación se cumple garantizando esa cobertura básica, aun cuando no sea plena en cuanto a su calidad, mientras que en el segundo se satisface poniendo en marcha medidas tendientes a la plenitud en el ejercicio de los derechos, pese a que no ofrezcan resultados inmediatos. En la lógica de esta convención, el goce mínimo de los derechos protegidos es un logro actual y el pleno uno futuro derivado de políticas actuales.

Al respecto, según el CESCR, el concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el PIDESC no ha de interpretarse equivocadamente como privando a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país asegurar la plena efectividad de los DESC. Por la otra, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general del pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados signatarios con respecto a la plena realidad de los derechos de que se trata e imponer así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo²².

²¹ La Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Neuquén aplicó el mismo criterio en el caso “*Benítez Miriam y otros*” de 2012.

²² La existencia de un contenido básico en los DESC es una consecuencia lógica del uso de la terminología de los derechos. No habría justificación para elevar un “reclamo” a la condición de “derecho” (con todas las

Además, todas las medidas que configuren un supuesto de regresividad —en el sentido en que impliquen empeorar o reducir el nivel de protección del derecho en comparación con el existente al momento de su dictado— requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el tratado y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga (Observación General 3).

B. Los desafíos conceptuales del saneamiento como derecho humano

1. Saneamiento y dignidad humana

En la Observación General 15, el CESCR incluyó al saneamiento como uno de los usos inherentes al agua y destacó que el acceso al mismo no solo es fundamental para la dignidad humana, sino también para proteger la calidad de los recursos hídricos.

Pese a esas afirmaciones, y aún a su reconocimiento explícito como un derecho humano por parte de las Naciones Unidas, el saneamiento ha recibido menos atención que el DHA en sentido estricto y, consecuentemente presenta un inferior desarrollo conceptual desde el punto de vista normativo, especialmente en lo atinente a las obligaciones de derechos humanos que trae aparejadas.

En los últimos años esa indiferencia hacia el saneamiento desde el campo de los derechos humanos ha comenzado a revertirse, lo cual obedece a diferentes circunstancias. Por lo pronto, existen razones vinculadas con la dignidad humana que ponen de manifiesto la necesidad de conferir a ese servicio un lugar más significativo al que se le asigna cuando sólo se le reconoce un papel accesorio del DHA. De igual forma, la actividad de saneamiento constituye un requisito fundamental para la sustentabilidad del DHA, en tanto propende a limitar la contaminación del recurso. Por último, este servicio posee un impacto superlativo en el disfrute de la mayoría de los DESC y constituye prácticamente una *conditio sine quanon* de cualquier estrategia nacional que quiera hacer frente seriamente a las obligaciones del PIDESC.

En función de esas referencias, se advierte una creciente tendencia a reconocer al saneamiento un lugar propio en el concierto de los derechos humanos y resulta, por ello, crucial delimitar con claridad su contenido específico, el alcance de las obligaciones internacionales que involucra, y sus niveles esenciales y progresivos de exigibilidad. En definitiva, debe aplicarse al saneamiento el bagaje jurídico de los DESC.

En el logro de ese cometido se destaca la labor de la Relatora Especial sobre el Derecho Humano al Agua y al Saneamiento²³ (REAYs), quien a lo largo de diferentes informes ha desplegado

connotaciones que este concepto tiene) si su contenido normativo pudiera ser tan indeterminado que permitiera la posibilidad de que sus titulares no puedan exigir nada en concreto. Cada derecho debe dar lugar a un derecho mínimo absoluto, en ausencia del cual debe considerarse que un Estado viola sus obligaciones (Alston, 1987).

²³ En septiembre de 2008 el Consejo de Derechos Humanos nombró —en función del estudio sobre DHAS presentado por la Alta Comisionada para los Derechos Humanos (A/HRC/6/3)— a un Experto Independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y el saneamiento. El nombramiento por un período de 3 años recayó en Catarina de Albuquerque, a quien se le encomendó la elaboración de un compendio de prácticas idóneas relacionadas con el acceso al agua y al saneamiento, la realización de un estudio para establecer con más precisión el contenido de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso a estos servicios y la formulación de recomendaciones que pudieran contribuir a la realización de los ODM. En marzo de 2011, el Consejo de Derechos Humanos renovó el mandato por 3 años más y cambió su denominación por la de REAYs. En ese marco, los cometidos fueron ampliados a tareas de promoción de la plena realización del DHAS, especialmente respecto de grupos vulnerables y marginados, determinación de los retos y obstáculos que se oponen a su plena efectividad y elaboración de nuevas recomendaciones para la consecución de los ODM y su etapa post 2015 (Movilla Pateiro, 2012).

un análisis del DHS a la luz de los estándares del PIDESC. Siguiendo esa línea, y teniendo en miras que el DHS comparte en general la mayoría de los conceptos desarrollados en la Observación General 15 respecto del DHA, abordaremos a continuación las principales particularidades que el régimen jurídico de este derecho presenta.

2. Estructura del DHS: rasgos propios

a) Componentes del DHS

En el marco de los derechos humanos, se entiende por saneamiento a aquel sistema para la recogida, el transporte, tratamiento²⁴ y eliminación o reutilización de excrementos humanos y la correspondiente promoción de la higiene (REAyS, 2009). Esa definición ha sido adoptada como propia por el CDESCR (2010) y el PNUD (2006). Se han identificado como componentes sustanciales de este derecho a los siguientes (véase además Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 2005).

Disponibilidad

Debe haber un número suficiente de instalaciones de saneamiento en el interior o en las inmediaciones de cada hogar, institución educativa o de salud, así como en lugares de trabajo y de acceso público, de modo de evitar tiempos de espera excesivos para su utilización (REAyS, 2009).

En este sentido, el caso de la llamada “Villa 31 bis”, un barrio marginal de la ciudad de Buenos Aires habitado por más de 6 mil personas, pone de resalto la gravitación del componente de disponibilidad a la luz de la situación de riesgo sanitario que se repite en muchas de las grandes ciudades de la región por falta de acceso a los servicios (véase el recuadro 6).

Calidad

Fundamentalmente —y teniendo en miras el devastador efecto humanitario que producen las enfermedades relacionadas con la falta de acceso al saneamiento—, el primer requerimiento de calidad es que los servicios sean seguros desde el punto de vista de la higiene (Langford, 2009). Ello significa evitar el contacto del usuario con excrementos y brindarle acceso al agua no contaminada para limpieza de manos, ano y genitales, incluyendo especialmente higiene menstrual. Otros aspectos de la seguridad son también gravitantes, tales como la ausencia de riesgo técnico en las instalaciones y la posibilidad de acceder a ellas en horario nocturno (REAyS, 2009). Su descarga y mantenimiento resultan, asimismo, críticos para asegurar niveles mínimos de calidad, debiendo utilizarse para ello soluciones mecanizadas y erradicarse el vaciado manual de las letrinas de pozo.

En este punto, es importante destacar la dimensión colectiva del DHS: cada persona tiene derecho no sólo a instalaciones sanitarias para uso personal, sino también a verse protegida de los excrementos y aguas residuales producidas por el prójimo. En consecuencia, sólo es posible ejercer plenamente el DHS cuando las personas que residen en las inmediaciones también utilizan instalaciones sanitarias adecuadas (Langford, 2009).

²⁴ La inclusión del tratamiento de aguas residuales dentro del DHS no está exenta de reparos, en la medida en que constituye, con la salvedad de ciertos países desarrollados, una actividad muy poco difundida en regiones en vías de desarrollo. Se estima que, en América Latina y el Caribe, menos del 30% de las aguas servidas reciben tratamiento (Lentini, 2008; Mejía y Rais, 2011).

RECUADRO 6 EL CASO DE LA “VILLA 31 BIS”, ARGENTINA

En la Villa 31 bis no existían cloacas, desagotes pluviales, red de agua potable ni vías pavimentadas. Las viviendas sólo contaban con un sistema de descarga a pozos ciegos, pero en la mayoría de los casos éstos presentaban fisuras y los camiones encargados de vaciarlos no prestaban servicios regularmente, con lo cual las calles se inundaban constantemente y los residuos cloacales ascendían a la superficie. Además, los vecinos habían realizado a lo largo del barrio redes informales de cloacas consistentes en caños angostos cuya descarga se efectuaba hacia los pasillos y los espacios abiertos del barrio, que terminaban inundándose de desechos cloacales y aguas servidas expuestos al aire libre.

En 2006, en el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires, una organización no gubernamental interpuso una acción judicial en representación de los vecinos del barrio para que se condenara al gobierno de la ciudad a implementar un plan sanitario que resolviese en forma definitiva la situación de riesgo que padecían las familias que allí habitaban (Caso “*Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia*” de 2006). En su primera intervención en el caso, el tribunal ordenó como medida provisional al gobierno que —tanto a través de las autoridades administrativas competentes como de las empresas prestatarias del servicio público de higiene— adoptara en el plazo de 3 días las medidas necesarias para recolectar la basura y los residuos existentes, desagotar los residuos de los pozos ciegos y cañerías cloacales y pluviales y limpiar las aguas estancadas halladas en los pasillos y calles de la zona.

La sentencia sólo fue cumplida en relación al desagote de los pozos, pero —aún luego de varios años de dictada— la situación del sector afectado no había variado sustancialmente, pese a la imposición de multas por parte del juez. En 2012, el gobierno acordó con los reclamantes un programa de obras de mejoramiento en el barrio tendientes a solucionar el problema que incluía red de agua potable, desagües cloacales, desagües pluviales y pavimentación.

Fuente: Elaboración propia.

Accesibilidad física

Todos los usuarios —en particular las personas con necesidades especiales de acceso, como los niños, las personas con discapacidad, las de edad avanzada o las mujeres embarazadas— deben tener garantizada la posibilidad de llegar sin riesgos hasta las instalaciones y poder utilizarlas durante las 24 horas, ya sea en el interior o sectores cercanos a los hogares, lugares de trabajo, escuelas y similares (REAYs, 2009).

Asequibilidad

El servicio de saneamiento, incluyendo la construcción, vaciado y mantenimiento de las instalaciones, así como el tratamiento y la eliminación de materia fecal, debe estar disponible a un precio que sea asequible para todas las personas sin comprometer la posibilidad de ejercer los demás derechos. La interrupción del suministro de agua por falta de pago debe contemplar el impacto específico en materia de saneamiento.

Para cumplir el mandato de asequibilidad, el Estado cuenta con un margen de apreciación para conjugar medidas de apoyo a los ingresos, reducción de tarifas, subvenciones e incluso desarrollos tecnológicos que redunden en una mayor eficiencia (REAYs, 2009; Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 2005).

Aceptabilidad

Esta faceta del DHS conlleva requerimientos relativos a la adecuación del servicio a las pautas culturales de los usuarios y constituye un aspecto especialmente sensible para la concreción de

políticas, dado el halo de tabú que sobrevuela el tema y su nexos con la intimidad de las personas (REAyS, 2009).

b) Conducta debida por el Estado

¿Qué obligaciones impone el DHS a los Estados?

- **Respeto.** Al igual que frente al DHA, pesa sobre los Estados el deber de abstenerse de dictar y ejecutar medidas que puedan amenazar o impedir el acceso al saneamiento.
- **Protección.** Implica también asegurar que los sujetos no estatales actúen en consonancia con el DHS y no perturben su goce efectivo, para lo cual se deben poner en práctica todas las medidas regulatorias y de otro carácter que puedan resultar necesarias. Cuando los servicios de saneamiento estén provistos por un prestador privado, el Estado debe establecer un marco regulatorio eficaz, cuestión que se ve ratificada por los PRs.
- **Cumplimiento.** Exige destinar el máximo de recursos —financieros e institucionales— (Skogly, 2012) disponibles para la realización progresiva del DHS; esto es, el acceso sin discriminación a servicios de saneamiento seguros, asequibles y aceptables, que proporcionen intimidad y preserven la dignidad. Las prácticas mínimas esperables en este sentido pasan por el reconocimiento explícito del DHS en el ámbito doméstico y la inmediata formulación de un plan de acción nacional en esta materia (REAyS, 2009).

c) Niveles de exigibilidad

En América Latina y el Caribe, el 80% de la población accede a instalaciones de saneamiento mejoradas²⁵, otro 16% o las comparte²⁶ (7%) o utiliza otras instalaciones no mejoradas (9%), y un 4% no tiene acceso a ningún tipo de instalación²⁷ (defecación al aire libre) (JMP, 2013). Estos niveles de cobertura significan que casi 121 millones de personas (20 % de la población) todavía no tiene acceso a instalaciones mejoradas de saneamiento.

De acuerdo a la lógica del PIDESC, para esquematizar los grados posibles de operatividad del DHS es necesario definir dos aspectos. Por una parte, cuáles serían los niveles mínimos de acceso al derecho exigibles de modo inmediato (obligaciones básicas). Por la otra, en qué consiste el goce pleno del DHS, a fin de fijar las medidas para su logro gradual (obligaciones progresivas).

Para dilucidar el primer aspecto es posible recurrir —entre otras variables y con las salvedades que haremos— a los parámetros de medición de la meta 7.c de los ODM. Si existe cobertura en esos términos puede decirse que se encuentra satisfecho el nivel mínimo del DHS y —en consecuencia— que se cumplen las obligaciones básicas cuando se aseguran instalaciones mejoradas, aún compartidas, pero se infringen cuando sólo están disponibles instalaciones no mejoradas o, naturalmente, ningún tipo de cobertura.

Vale precisar, sin embargo, que la brecha jurídica y conceptual entre el DHS y los ODM está dada, en ese caso, por las limitaciones de estos últimos frente al rasgo definitorio de las obligaciones básicas, que es el acceso universal. Ese tipo de deberes tiene su razón de ser en la directiva de no discriminación, por lo que un Estado no puede alegar su cumplimiento si alguna persona se ve impedida de acceder al nivel esencial de disfrute del derecho. Los pisos mínimos —por esencia— para todos, mientras que los ODM no (o, a la inversa, aquellos no dejan afuera a nadie, mientras que

²⁵ Instalaciones que garantizan de manera higiénica que no se produzca el contacto de las personas con los excrementos humanos (por ejemplo, letrina con cisterna o de sifón con conexión a un sistema de alcantarillado).

²⁶ Instalaciones de saneamiento de un tipo aceptable compartidas entre dos o más hogares (como inodoros públicos).

²⁷ Instalaciones que no garantizan de manera higiénica que no se produzca el contacto de las personas con los excrementos humanos (por ejemplo, las letrinas de pozo sin losa o plataforma y letrinas colgantes).

éstos sí). Lo anterior demuestra que los ODM constituyen una instancia limitada frente a las aspiraciones del PIDESC, pues fijan el acceso mínimo a los derechos como una obligación progresiva, mientras que aquel —por el contrario— lo establece como un deber actual y universal, limitando la flexibilidad inherente a la progresividad sólo para la plenitud del derecho.

Por otra parte, y en pos de definir las obligaciones progresivas en materia del DHS, podría considerarse que ellas consisten en la adopción de las medidas necesarias para avanzar expedita y eficazmente hacia el acceso universal a instalaciones mejoradas para la recogida, transporte, tratamiento y eliminación o reutilización de excrementos humanos bajo condiciones adecuadas de disponibilidad, calidad, accesibilidad, asequibilidad y aceptabilidad. Los Estados deben propender a lograr ese objetivo último por todos los medios a su alcance y mediante el destino del máximo de recursos disponibles.

C. El DHAS en el sistema interamericano de derechos humanos

El PSS dispone que “Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con los servicios públicos básicos”. Esa norma incorpora en forma directa al DHAS en el subsistema regional de protección de los derechos humanos y se complementa con el PIDESC²⁸.

En efecto, la CADH explicita la apertura del sistema interamericano a los demás tratados de protección de derechos humanos que celebren sus miembros. Por una parte, según las normas de interpretación de la CADH, ninguna disposición de ese instrumento puede entenderse en el sentido de limitar el goce y ejercicio de un derecho reconocido en otra convención en que sea parte cualquiera de los Estados sometidos a la primera, o excluir otros derechos y garantías que sean inherentes al ser humano. En tanto se encuentra vedado entender a la CADH como justificativo para limitar el goce y ejercicio de un derecho reconocido en otro tratado al que pertenezca cualquiera de los Estados sometidos a ella. Si a una misma situación son aplicables la convención y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona. Al mismo tiempo, la CADH extiende la competencia consultiva de la Corte IDH a la interpretación de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los países miembros. De manera que la CADH opera como

²⁸ Conviene aclarar que, de acuerdo al PSS, sólo los derechos a la educación y a organizar sindicatos habilitan la utilización del sistema de peticiones individuales ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte IDH. Para los restantes derechos, incluido el DHAS, los medios de protección que contempla el PSS sólo consisten en un esquema de informes periódicos respecto de las medidas progresivas adoptadas. Esos informes son presentados al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), quien los transmitirá al Consejo Interamericano Económico y Social y al Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura, a fin de que los examinen conforme a lo dispuesto en el dicho artículo. También se prevé que el Secretario General envíe copia de tales informes a la CIDH, pudiendo dicha comisión formular las observaciones y recomendaciones sobre la situación de los DESC establecidos en el protocolo en todos o en algunos de los Estados Parte, las que podrá incluir en el informe anual a la Asamblea General o en un informe especial. Esta limitación de los medios de protección de los derechos reconocidos en el PSS trae aparejado: i) que la Corte IDH no pueda aplicar el protocolo propio del sistema regional pero sí el PIDESC; ii) que las autoridades nacionales queden obligadas a cumplir el compromiso contenido en el tratado sin que su órgano internacional de aplicación por excelencia — Corte IDH— pueda controlar ese cumplimiento; y, iii) que las personas puedan lograr la tutela internacional efectiva de los derechos de sindicalización y educación, pero no de salud, vivienda, agua o medio ambiente, lo cual supone un trato diferencial no admitido desde la perspectiva de la CADH. Es posible sostener, por ello, el PSS se aparta de la CADH, que establece que el procedimiento de los protocolos tiene como objetivo incluir nuevos derechos “en el régimen de protección de esta Convención”. Las competencias de la CIDH y la Corte IDH son inherentes y esenciales en ese régimen y por lo tanto el protocolo que sustrae a los nuevos derechos de tales garantías orgánicas y procedimentales de protección vulnera esa cláusula. Sin perjuicio de los déficits apuntados, es importante resaltar el valor del PSS en el reconocimiento explícito del DHAS y en las obligaciones que ello impone a los Estados Parte.

norma de reenvío al sistema de protección más favorable del que sea parte el Estado sometido a ese tratado y por ende el PIDESC se transforma —junto con el PSS— en norma aplicable por la Corte IDH en el marco de su competencia contenciosa y aun consultiva. Ello implica que el DHAS encuentra reconocimiento y aplicabilidad directa en el sistema interamericano.

Es que el fondo mismo de la materia se opone a una distinción tajante entre universalismo y regionalismo. La unidad de naturaleza del ser humano y el carácter universal de los derechos y libertades que merecen garantía están en la base de todo régimen de protección internacional, por lo que resultaría impropio hacer distinciones sobre su aplicabilidad según que las obligaciones internacionales contraídas por el Estado nazcan o no de una fuente regional. El carácter esencial del agua reclama la existencia de ciertos patrones mínimos en esta materia. De esa manera, el amplio desarrollo del DHAS en el marco del PIDESC constituye también una referencia decisiva al momento de la aplicación de los instrumentos interamericanos.

D. El DHAS en los ordenamientos nacionales

En gran medida, el desarrollo del DHAS en el plano internacional tiene sus antecedentes directos en las diferentes experiencias domésticas que —aún sin calificar al agua como derecho humano— configuraron sistemas regulatorios y de prestación —especialmente mediante la figura del servicio público— encaminados a asegurar un acceso universal, regular, continuo y obligatorio al agua potable y saneamiento (Pinto, Torchia y Martin, 2011).

Paralelamente, y en especial a partir del comienzo del siglo XXI, se viene produciendo en muchos países en vías de desarrollo un proceso de recepción del DHAS; esto es, de incorporación de los parámetros internacionales de ese derecho al plano nacional. Esto daría cuenta de una suerte de retroalimentación entre los dos niveles: por una parte, la construcción del DHAS a nivel internacional se nutrió de las pautas construidas en los ordenamientos nacionales, las cuales se fusionaron con los rasgos propios de los derechos humanos, pero —una vez que ese proceso avanzó— los Estados se apropiaron de ese derecho a nivel doméstico²⁹. Ese es el diálogo fructífero que cabe esperar entre los diferentes estamentos de acción estatal.

1. Los caracteres del servicio público y su conjugación con el DHAS

A nivel latinoamericano, la tendencia actual de consagración normativa del DHAS se inscribe en una historia del sector de agua potable y saneamiento caracterizada por el abordaje de la actividad desde la dogmática del servicio público, de raigambre francesa, en la que los pilares regulatorios del sistema pasaban por los caracteres de continuidad, regularidad, uniformidad, generalidad y obligatoriedad. El hecho de encuadrar a la provisión de los servicios bajo ese rótulo implicaba —en función de la necesidad general que se procuraba satisfacer— postular su titularidad estatal —con la consiguiente posibilidad de gestión privada sólo por delegación transitoria de facultades públicas—, su sustracción de las reglas del mercado y la aplicación de un régimen jurídico específico constituido, precisamente, por esos caracteres (Marienhoff, 1996). El estudio del plexo jurídico de los países de la región confirma plenamente la pacífica consagración de estas pautas como principios rectores de los modelos regulatorios del sector.

²⁹ Por ejemplo, las sentencias 0559/2010-R y 0795/2010-R de la Corte Constitucional de Bolivia, receptan plenamente la Observación General 15 al momento de definir el contenido y alcance del DHAS. La sentencia 1106/2010-R de ese tribunal aclara que ese derecho es inherente a toda persona por el sólo hecho de ser tal, por lo que no puede ser objeto de privatización ni de un manejo comercial, pues el agua no es una mercancía y nadie puede carecer de ella.

En ese sentido, **Colombia** aparece como uno de los modelos normativos más perfeccionados, pues desde su mismo texto constitucional se establecen una serie de pautas que han sido ampliamente desarrolladas a nivel legislativo y jurisprudencial (McGraw, 2011). La Constitución declara que “los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional”, y dispone que “La ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos”. Estas pautas están concretadas a nivel normativo en la Ley 142/1994 —Régimen de los Servicios Públicos Domiciliarios—, que consagra como fines de la intervención estatal en este campo a la calidad del bien objeto del servicio público y la prestación continua, sin interrupciones y eficiente.

Siguiendo la tendencia regional comentada, la Constitución de **Ecuador** establece que “El Estado garantizará que los servicios públicos y su provisión respondan a los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad. El Estado dispondrá que los precios y tarifas de los servicios públicos sean equitativos, y establecerá su control y regulación”.

En **Panamá**, el marco regulatorio e institucional para la prestación de los servicios de agua potable y alcantarillado —Decreto-Ley 2/1997—, consagra como principios la prestación obligatoria del servicio en condiciones que aseguren su calidad, continuidad, regularidad e igualdad.

En el **Perú**, encontramos como muestra de esta corriente a la Ley General de Servicios de Saneamiento (Ley 26.338/1994). Esa norma declara a los servicios de saneamiento como “servicios de necesidad y utilidad pública y de preferente interés nacional, cuya finalidad es proteger la salud de la población y el ambiente”. Además, configura al derecho de acceso al servicio, a su continuidad y calidad como elementos típicos de la actividad.

En la Ley de Aguas Nacionales de **México**, se declara como de utilidad pública a la “eficientización y modernización de los servicios de agua domésticos y públicos urbanos, para contribuir al mejoramiento de la salud y bienestar social, para mejorar la calidad y oportunidad en el servicio prestado, así como para contribuir a alcanzar la gestión integrada de los recursos hídricos”.

La Ley General de Servicios Sanitarios de **Chile** erige también a la calidad y continuidad del servicio como obligaciones primarias del prestador y lo mismo hace el modelo **brasileño**, cuya Ley 11.445/2007, al establecer las directrices nacionales para el servicio de saneamiento básico, define como principios fundamentales para su prestación los de acceso universal, integralidad, eficiencia, sustentabilidad económica, control social, transparencia, seguridad, calidad y regularidad, entre otros.

En la **Argentina**, la Constitución Nacional consagra a la calidad y eficiencia de los servicios públicos —junto con la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, el control de los monopolios naturales y legales y la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios— como derechos fundamentales de los habitantes. Ello se ve complementado a nivel legal en los diferentes ordenamientos sectoriales, que califican a las actividades respectivas como servicio público y con ello atraen para su desenvolvimiento los principios de continuidad, regularidad, generalidad, uniformidad y obligatoriedad. La Ley de Defensa del Consumidor refuerza esa protección, adicionando una serie de salvaguardas a favor de los usuarios de servicios públicos.

En **Nicaragua** la Constitución estipula que “Es obligación del Estado promover, facilitar y regular la prestación de los servicios públicos básicos de energía, comunicación, agua, transportes, infraestructura vial, puertos y aeropuertos a la población, y es derecho inalienable de la misma el acceso a ellos”.

En la Ley Marco del Sector Agua Potable y Saneamiento de **Honduras** también se reconocen como principios serviciales a la eficiencia de la gestión, la calidad en la prestación, la sostenibilidad financiera y la mejora de los servicios mediante el logro progresivo de metas técnicas, económicas,

sanitarias y ambientales. Paralelamente, se acreditan normativamente los principios de continuidad, generalidad, igualdad, equidad y solidaridad como determinantes de la actividad³⁰.

Como puede verse, los ordenamientos nacionales de los países de la región consagran bajo la figura del servicio público una serie de principios homogéneos en materia de acceso universal (generalidad y obligatoriedad) y calidad (regularidad, continuidad y eficiencia), que disciplinan todos los aspectos de la actividad (potestad tarifaria, derechos y obligaciones del prestador y el usuario, marcos regulatorios generales y sectoriales, rol de las autoridades regulatorias) (Bohoslavsky, 2010). Esos principios son similares a los componentes del DHAS, lo cual confirma el fenómeno de interacción entre la arena local y la internacional que enmarca su surgimiento e internalización.

2. El reconocimiento del DHAS en los marcos legales de los países de la región

Luego de haber contribuido a conformar el bagaje conceptual del DHAS, los ordenamientos jurídicos regionales participan de la tendencia global hacia su consagración a nivel interno. En esa línea, la Constitución de **Bolivia** establece que “El acceso al agua y alcantarillado constituyen derechos humanos, no son objeto de concesión ni privatización y están sujetos a régimen de licencias y registros, conforme a ley”, y ratifica ese rango al calificar al agua como “un derecho fundamentalísimo para la vida”. Luego de consagrar el DHAS en esos términos, ese documento constitucional estipula que la provisión de servicios debe responder a los criterios de universalidad, responsabilidad, accesibilidad, continuidad, calidad, eficiencia, eficacia, tarifas equitativas y cobertura necesaria; con participación y control social. De esa forma, esta iniciativa se presenta como uno de los casos emblemáticos del diálogo entre los niveles doméstico e internacional que marcó la construcción y ulterior recepción de ese derecho humano³¹.

En el **Perú**, la Ley de Recursos Hídricos caracteriza al acceso al agua para la satisfacción de las necesidades primarias de la persona humana como un derecho fundamental, lo cual le otorga prioridad sobre cualquier otro uso, inclusive en épocas de escasez. Esa norma también recalca la necesidad de crear mecanismos para la participación de los usuarios y de la población en la toma de decisiones que afectan el agua en cuanto a calidad, cantidad, oportunidad u otro atributo del recurso y fija el deber de respetar los usos y costumbres de las comunidades campesinas y nativas, así como su derecho de utilizar las aguas que discurren por sus tierras. Además, en julio de 2012, el Presidente de ese país presentó al Congreso un proyecto de reforma constitucional para incluir el reconocimiento explícito del DHAS, mientras que el Tribunal Constitucional (Sentencia 6546 de 2006) ya ha considerado al derecho al agua potable como un derecho fundamental no enumerado o implícito derivado de la dignidad humana y el Estado social y democrático de derecho.

La Constitución de **Uruguay** declara que “El acceso al agua potable y el acceso al saneamiento, constituyen derechos humanos fundamentales”, por lo cual fija como principio rector de las políticas públicas la priorización de las razones de orden social a las de orden económico y la prestación exclusiva y directa en cabeza de entidades estatales. La Ley de los Principios Rectores de la Política Nacional de Aguas enfatiza la necesidad de reconocer la participación de los usuarios y la sociedad civil en todas las instancias de planificación, gestión y control de los recursos hídricos y de fomentar la eficiencia en el uso del agua potable y en los sistemas de saneamiento.

³⁰ Por ello en esa ley se establece que “Sin renunciar a los objetivos de mejoras en la eficiencia y calidad, se dará prioridad a las metas de mantener y extender la cobertura de los servicios de agua potable y saneamiento, en áreas económicamente deprimidas aplicando criterios de equidad.”

³¹ En Bolivia, a diferencia de Uruguay, se contempla el derecho de las comunidades a manejar sus propios acueductos estableciendo que, si bien la prestación de los servicios básicos es responsabilidad del Estado, éste puede hacerlo tanto a través de entidades públicas como mixtas, cooperativas o comunitarias.

La Constitución de **Nicaragua** es la primera en la región que consagra al acceso al servicio básico de agua como “derecho inalienable” de la población (1986). Al mismo tiempo, la Ley General de Aguas Nacionales establece que en las políticas y demás instrumentos de gestión del recurso debe priorizarse el acceso continuo, de calidad y a precios accesibles, a aquellos sectores urbanos y rurales que nunca han gozado de este derecho humano básico.

La Constitución de **Ecuador** destaca el carácter fundamental e irrenunciable del derecho de acceso al agua calificando al recurso como patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida.

En la **Argentina**, el PIDESC ha sido incorporado al ordenamiento doméstico con rango constitucional, a lo cual se adiciona el reconocimiento del DHAS como elemento integrante de los derechos a un medio ambiente sano y a la calidad y eficiencia de los servicios públicos consagrados en el texto fundamental (véase el recuadro 7). En esa línea, el decreto que dispuso la rescisión del contrato de concesión de Aguas Argentinas S.A. para el Área Metropolitana de Buenos Aires reprochó a la compañía que concibiera al agua potable exclusivamente desde una perspectiva de economía de mercado y declaró que “el Estado pretende que, sin perjuicio de constituir un bien económico, sea valorado y gestionado como lo que es: un bien social y cultural, que en clave jurídica se traduce como Derecho Humano”. Esa línea fue ratificada luego en la Ley que establece el Marco Regulatorio para la Concesión de los Servicios de Provisión de Agua Potable y Desagües Cloacales. También los Principios Rectores de Política Hídrica de la República Argentina contemplan explícitamente al agua potable y saneamiento como un derecho humano básico, resaltando la necesidad de integrar a estos servicios en las políticas de gestión de los recursos hídricos y de asegurar la disponibilidad de financiamiento permanente para mejorar y aumentar las coberturas de agua potable y saneamiento para la totalidad de la población urbana y rural.

A nivel legislativo, la Ley de Recursos Hídricos de **Paraguay** consagra el status de derecho humano del acceso al agua para la satisfacción de las necesidades básicas, estableciendo que el mismo debe ser garantizado por el Estado, en cantidad y calidad adecuada.

De igual modo, en sus Principios de la Política Nacional Hídrica, **Costa Rica** califica al acceso al agua potable como un derecho humano inalienable que debe garantizarse constitucionalmente, preservando los principios de equidad y solidaridad social e intergeneracional en su gestión y acceso. Como su par peruana, la Corte Suprema de ese país ha reconocido (Sentencias 04394, 13326, 9629 y 11045) el derecho fundamental al agua potable como parte integrante de su ordenamiento jurídico pese a que no se encuentra expresamente establecido en la Constitución, por entender que el mismo se deriva de los derechos a la salud, la vida, al medio ambiente sano, a la alimentación y a la vivienda digna, entre otros.

En **México**, la reforma constitucional de febrero de 2012 establece el derecho de toda persona al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible, y obliga al Estado a garantizarlo y a prever la participación de la ciudadanía en su consecución. Meses después de esta modificación, el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Octavo Circuito, Cuernavaca, Morelos, aplicó por primera vez la nueva cláusula constitucional y ordenó a las autoridades que aseguraran a una serie de familias el acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible, del cual se habían visto privadas por décadas, debiendo en el intermedio abastecer a los afectados por medio de bidones.

La nueva Constitución de la **República Dominicana** concibe al DHAS como parte integrante del derecho a la salud y al agua como patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida, aunque es la Ley General de Aguas la que reconoce explícitamente al acceso al agua como un derecho humano.

RECUADRO 7

LOS REMEDIOS NACIONALES Y EL CASO “MENDOZA”, ARGENTINA

En julio de 2004 un grupo de vecinos en la cuenca Matanza-Riachuelo demandó ante la Corte Suprema de Justicia al Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a 44 empresas, persiguiendo una indemnización por daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la contaminación de la cuenca, el cese de la contaminación y la recomposición del medio ambiente.

La cuenca Matanza-Riachuelo es una de las más contaminadas del país y una de las zonas urbanas más degradadas ambiental y socialmente. Está situada en el cordón industrial del Área Metropolitana de Buenos Aires, cubre una superficie de 2.240 km² y su población alcanza los 5 millones de habitantes, un alto porcentaje de los cuales vive en asentamientos precarios, carece de servicios de agua y saneamiento y registra necesidades básicas insatisfechas. El área involucra a 14 municipios, 3 jurisdicciones y más de 22 organismos competentes que aplican 55 marcos regulatorios diversos que en ocasiones colisionan entre sí. Unos 368.000 m³/día de aguas cloacales son arrojados al río, de los cuales sólo un 5% recibe tratamiento. Además, muchos pozos ciegos y cámaras sépticas contaminan las aguas subterráneas.

La Corte Suprema tomó intervención en el caso en 2006 y requirió a las autoridades gubernamentales y a las empresas el suministro de una serie de informaciones para diagnosticar el cuadro de situación. Cinco meses después, el Congreso Nacional creó la Autoridad de la Cuenca Matanza-Riachuelo (ACUMAR), entidad interjurisdiccional encargada del saneamiento de la cuenca. En julio de 2008, la Corte dictó sentencia y estableció un programa de intervención que obliga a la ACUMAR a seguir un cronograma de medidas que incluyen la producción y difusión de información pública; control de la contaminación industrial; saneamiento de basurales; extensión de obras de aguas, cloacas y desagües pluviales; realización de un plan sanitario de emergencia; y adopción de un sistema de medición para evaluar el grado de cumplimiento de los objetivos. La Corte delegó el proceso de ejecución en un Juzgado Federal de la zona afectada, que tiene a su cargo supervisar el cumplimiento. Asimismo, la Corte creó un Cuerpo Colegiado coordinado por el Defensor del Pueblo de la Nación junto con organizaciones no gubernamentales con el fin de fortalecer y habilitar la participación ciudadana en el control del cumplimiento del fallo. Además, encomendó a la Auditoría General de la Nación el control específico de la asignación de fondos y de ejecución presupuestaria del Plan Integral de Saneamiento Ambiental (PISA), a fin de garantizar la transparencia en el manejo patrimonial de la cosa pública.

La sentencia de 2008 obliga a la ACUMAR a adoptar acciones concretas encaminadas a la expansión de la red de agua potable y saneamiento. Para ello, la entidad debe rendir cuentas sobre los avances del plan de ampliación de las obras de captación, tratamiento y distribución. A esos fines, el juez impuso a las autoridades la presentación de un plan director único para la prestación de servicios de agua potable y alcantarillado en todas las jurisdicciones bajo un solo operador. En todos los casos debían incluirse los plazos de cumplimiento, fuentes de financiamiento, cronogramas con fecha de inicio y finalización y presupuestos involucrados. Todo ello bajo apercibimiento de aplicación de multas a cargo del presidente de la Autoridad de Cuenca en caso de incumplimiento. En 2010, la ACUMAR aprobó el PISA que se encuentra en etapa de ejecución e involucra, a 2011, inversiones acumuladas de unos seis mil millones de dólares. A 2012, se han clausurado 258 establecimientos contaminantes y más de 1.000 han adoptado medidas para reconvertir sus prácticas productivas a fin de cumplir con los requerimientos ambientales.

En el fallo la Corte no adoptó expresamente una perspectiva de derechos humanos. Sin embargo, planteó que el objetivo del programa debe ser el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes y requirió que se adoptaran programas sanitarios específicos para satisfacer las necesidades de la población. Las formulas utilizadas dejan abierta la posibilidad de promover el tema de los derechos humanos en la fase de ejecución. Además, las organizaciones no gubernamentales, en su presentación como terceros a la causa, sostuvieron que en el caso resultan directamente afectados algunos DESC, como el derecho a la salud que se extiende a los factores determinantes básicos de la salud como, entre otros, el DHAS.

Fuente: En base a la información de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (CSJN), la Autoridad de Cuenca Matanza-Riachuelo (ACUMAR), y el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS).

En **Colombia**, organizaciones no gubernamentales entregaron en octubre del 2008 más de dos millones de firmas para realizar un referendo y lograr declarar el agua como derecho humano a nivel constitucional y lograr el aseguramiento de un “mínimo vital” de agua gratuita³². Si bien esta reforma no se ha materializado, una sólida línea jurisprudencial de la Corte Constitucional de ese país ha delimitado con detalle la existencia y alcances del DHAS.

Por último, la Ley de Aguas de **Venezuela** califica al acceso al agua como un derecho fundamental, imponiendo al Estado el deber de garantizar dicho acceso a todas las comunidades urbanas, rurales e indígenas, según sus requerimientos.

La anterior reseña confirma una tendencia regional clara de asignar al DHAS la máxima jerarquía normativa a nivel nacional. Ello supone un primer paso significativo en el cumplimiento por parte de los Estados de las obligaciones internacionales que ese derecho entraña, aunque bien vale aclarar que una proliferación de normas reconociendo el DHAS que no se vea acompañada de medidas concretas para su disfrute efectivo puede producir un efecto institucional, jurídico y cultural frustrante, contrario al logro de los objetivos buscados.

E. El DHAS y los Principios Rectores sobre Derechos Humanos y Empresas

En junio de 2011, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas aprobó una serie de recomendaciones del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas (REEDH) —John Ruggie— conocidas como los PRs. Esas propuestas son el resultado de un proceso iniciado en 2005 y constituyen a la fecha la experiencia de investigación, sistematización y debate en derechos humanos y empresas más evolucionada a nivel mundial.

Durante un largo tiempo, las estrategias e iniciativas de protección de los derechos humanos posaron su mirada casi exclusivamente en el rol y la responsabilidad del Estado. Sin embargo, a medida de que el papel global de las empresas fue creciendo, también su nivel de exposición en esta materia aumentó significativamente. Desde mediados del siglo XX, la responsabilidad corporativa por violaciones a los derechos humanos viene alcanzando un vertiginoso desarrollo que terminó por instalarla, en especial a partir de los años noventa, en la agenda de discusión de las Naciones Unidas y otros foros globales (Rulli y Justo, 2012). En ese contexto, la iniciativa llevada adelante por Ruggie tuvo por impronta un “pragmatismo de principios” encaminado a lograr los mayores consensos posibles de parte de organizaciones no gubernamentales, empresas y gobiernos (Knox, 2011) a partir de la interrelación de tres guías fundamentales:

- El Estado tiene la obligación de **proteger** a las personas frente a los abusos de los derechos humanos cometidos por terceros, incluidas las empresas, mediante medidas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia. Esa protección constituye la base misma del régimen internacional de derechos humanos.
- Las empresas tienen la obligación de **respetar** los derechos humanos, lo que significa actuar con la debida diligencia para no vulnerar los derechos de terceros, y reparar las

³² Por el Decreto 64 de 2012, el Alcalde Mayor de Bogotá fijó el mínimo vital de agua potable en 6 metros cúbicos mensuales, que deberán suministrar sin costo alguno los prestadores del servicio de acueducto para asegurar a las personas de los estratos socioeconómicos 1 y 2, de uso residencial y mixto, una vida digna que permita satisfacer sus necesidades básicas. El valor económico que para las empresas represente dicho suministro será reconocido por la Administración Distrital. Esta política ha sido cuestionada por posibles debilidades en la focalización del subsidio, al entender que el hecho de pertenecer al estrato 1 y 2 no constituye necesariamente un indicador de imposibilidad de pago (Guerrero, 2012).

consecuencias negativas de sus actividades. Ese respeto encarna la expectativa social más elemental en relación con las empresas.

- Es necesario mejorar el acceso de las víctimas a vías de **reparación** efectivas, tanto judiciales como extrajudiciales, pues ni siquiera los esfuerzos mejor coordinados pueden impedir totalmente que se cometan abusos.

1. El deber de protección en cabeza del Estado y la fiscalización de la actividad de la empresa

En su informe final de 2008, Ruggie advertía que la causa última de la difícil situación de los derechos humanos en relación con las empresas reside en las lagunas de gestión debidas a la globalización, que han surgido entre el alcance y los efectos de las fuerzas y actores económicos, por una parte, y la capacidad de las sociedades para manejar sus consecuencias adversas, por la otra. Dado ese diagnóstico, no es casual que el punto de partida de los PRs sea el deber del Estado de proteger los derechos humanos, directiva que comprende los primeros 10 principios.

El PR 1 viene a plasmar, de esa forma, un criterio internacional ampliamente aceptado, de acuerdo al cual proteger implica diseñar y poner en práctica medidas regulatorias tendientes a impedir a cualquier sujeto la realización de conductas lesivas. La falta de la debida diligencia en las autoridades gubernamentales para prevenir que terceros vulneren los bienes jurídicos que protegen los derechos humanos acarrea la responsabilidad estatal, aún cuando las conductas dañosas no sean directamente atribuibles a órganos o funcionarios del Estado.

Para cumplir ese deber de protección, lo primero que deben hacer los Estados es dar un mensaje claro a las empresas domiciliadas en su territorio o jurisdicción, en especial las que actúan en el extranjero, y manifestar sin rodeos que esperan de ellas un cabal respeto a los derechos humanos en todas sus actividades (PR 2). En este plano no hay lugar para ambigüedades, aún cuando la omisión estatal en explicitar esa exigencia no implica bajo ningún concepto que ese deber a cargo de las empresas se vea dispensado o relativizado.

En segundo término, el deber de protección requiere de un Estado que no abdique de las funciones que le son propias como autoridad pública. Es el Estado quien debe encargarse —como mínimo— de hacer que las empresas cumplan las leyes destinadas al respeto de los derechos humanos y evaluar periódicamente su eficacia como instrumentos de tutela, así como asegurar que las demás normas (por ejemplo, las mercantiles o societarias) no restrinjan sino que propicien ese respeto (PR 3). Además, el gobierno debe ejercer un papel clave de fomento, brindando asesoramiento útil a las empresas y alentándolas —e incluso exigiéndoles— a que expliquen cómo analizan y trabajan el impacto de sus actividades sobre los derechos humanos.

Ese deber genérico de regulación y fiscalización se acentúa —tornando exigibles medidas adicionales— cuando nos hallamos frente a la actividad de empresas públicas o bajo control estatal e incluso cuando se trata de compañías privadas que reciben importantes apoyos y servicios de organismos estatales (PR 4)³³. En la misma línea, ese plus de protección es obligatorio cuando los Estados ponen en marcha procesos privatizadores, en los cuales corresponde que se despliegue una supervisión adecuada con miras al cumplimiento de sus obligaciones internacionales de derechos

³³ Es necesario lograr que las empresas estatales cumplan sus obligaciones de derechos humanos en sus esferas de funcionamiento, pues —pese al creciente rol que han ido adquiriendo en sectores especialmente sensibles de la industria— muchas veces funcionan independientemente de muchas fuentes externas de escrutinio a que están sometidas las empresas comerciales.

humanos (PR 5)³⁴. Por último, también se espera un rol activo de promoción del respeto de los derechos humanos cuando el Estado se vincula comercialmente con una firma (PR 6).

En definitiva, el primer reto pasa por un activo papel gubernamental de regulación, fiscalización y promoción de las prácticas empresariales de respeto a los derechos humanos.

2. El deber de respeto de los derechos humanos por parte de las empresas

Así como el Estado tiene el deber de protegerlos, todas las empresas —sin importar donde operan— tienen una obligación básica de respeto de los derechos humanos. Ese deber significa que deben abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas sobre aquellos en las que tengan alguna participación, recurriendo a medidas eficaces de prevención, mitigación o remediación. Se trata de no interferir directa o indirectamente con el disfrute de los derechos de las personas y por lo tanto cualquier práctica o actividad que implique privar o limitar el acceso a su ejercicio será considerada como una infracción a este mandato.

Esta obligación es autónoma e independiente del deber de protección de los Estados y por ende vincula a las empresas aún cuando las autoridades no se encarguen de hacer respetar estos derechos. Lo anterior es así al punto de que los PRs explicitan que el deber de respeto supone “una responsabilidad adicional a la de cumplir las leyes y normas nacionales de protección de los derechos humanos”. Dicho de otro modo, las empresas no pueden escudarse en el acatamiento del derecho nacional para justificar la violación de los derechos humanos.

El catálogo de derechos a respetar es sumamente amplio y se encuentra fijado en el PR 12. Entre ellos, el DHAS tiene un rol protagónico.

³⁴ Los Estados no renuncian a sus obligaciones internacionales de derechos humanos por privatizar la prestación de servicios. Si no aseguran que las empresas prestadoras cumplan sus obligaciones en este campo, las consecuencias pueden ser perjudiciales para la reputación del propio Estado y atraerle problemas legales.

III. Instrumentos para materializar los derechos y obligaciones involucrados en el DHAS

Pese a la claridad de los mandatos normativos expuestos, en América Latina y el Caribe, aún carecen de servicios “mejorados” de agua potable casi 33 millones de personas (6% de la población de la región), en tanto que 121 millones (20%) no tienen acceso al saneamiento (JMP, 2013). Las coberturas son sistemáticamente menores en áreas rurales y en los grupos de menores ingresos.

A la luz de esos datos, una vez que se definen los alcances del DHAS, es necesario preguntarnos qué referencias nos ofrece el marco normativo analizado para lograr su goce efectivo. Esto involucra cuestiones vinculadas con los procedimientos de toma de decisiones de los Estados y con los diferentes arreglos institucionales que pueden estar presentes en el sector de agua potable y saneamiento. En este caso, los instrumentos más relevantes para el análisis están liderados por el PIDESC, pues esa convención exige que existan remedios efectivos para reclamar el cumplimiento de las obligaciones básicas de parte del Estado y consagra a la participación genuina como eje del logro progresivo del acceso pleno y universal al derecho³⁵. A él se suman la CADH, que establece deberes de cumplimiento y adecuación, la CNUCC, que pauta las reglas fundamentales para obtener decisiones públicas que no impidan el logro de los objetivos en juego, y los PRs, al enunciar las buenas prácticas esperables de los actores gubernamentales y privados.

A. PIDESC: remedios efectivos y participación genuina

Pese a la contundencia de las normas e interpretaciones que brindan sustento al DHAS, su internalización por parte de los Estados es todavía incipiente en los hechos. Ello quizás responda a la histórica tendencia a relegar a los DESC frente a los derechos civiles y políticos, lo cual ha tomado forma, especialmente, en la idea de una mayor laxitud de las obligaciones jurídicamente exigibles

³⁵ La Resolución 64/292 establece que los Estados tienen la responsabilidad de desarrollar todos “los instrumentos y mecanismos adecuados, que pueden comprender legislación, planes y estrategias integrales para la realización de las obligaciones de derechos humanos referentes al acceso al agua potable y al saneamiento”. Además, los Estados deben velar por la transparencia del proceso de planificación y ejecución en la prestación de los servicios y garantizar la participación “activa, libre y auténtica de las comunidades locales afectadas y los interesados pertinentes”.

frente al Estado y —correlativamente— en una menor eficacia de los instrumentos judiciales y administrativos de tutela. Como resultado de esa concepción, existe una importante brecha entre los mandatos internacionales y la realidad de su implementación a nivel doméstico.

En cuanto a los mecanismos que permiten reducir esa brecha, el primer dato relevante es que el catálogo de obligaciones que se desprende de los instrumentos de protección de los DESC se transforma en derechos directamente exigibles a nivel nacional. Algunos de ellos son imperativos, automáticos e inderogables, y su falta de satisfacción activa por sí sola una violación que debe ser conjurada tanto interna como internacionalmente. Otros generan en el Estado el desplazamiento de la carga de la prueba de haber destinado el máximo de recursos disponibles para justificar su falta de satisfacción.

En el caso de las obligaciones básicas, el factor determinante en materia de actuación pública es la puesta a disposición de las personas de remedios eficaces para asegurar el nivel esencial del DHAS, mientras que en materia de obligaciones progresivas el eje pasa por la participación ciudadana genuina en la elaboración de estrategias y programas. Esta distinción no se traduce en compartimientos estancos, debiendo considerarse a ambos abordajes como complementarios. Tanto la eficacia de los remedios actuales para el aseguramiento del núcleo mínimo del derecho, como la participación ciudadana en el diseño de la estrategia nacional para alcanzar su plenitud, se conjugan en una acción gubernamental única a favor del acatamiento de los compromisos convencionales.

En ese contexto, y aún cuando los modos de implementación de las medidas exigidas por el PIDESC varían de país a país, la directiva esencial consiste en utilizar todos los medios para poner en práctica sus obligaciones. Ello incluye dictado de leyes, diseño y ejecución de políticas y programas, actividades de monitoreo a través de indicadores y puntos de referencia, y otorgamiento a los ciudadanos de remedios adecuados para la tutela de los derechos, a la par que el establecimiento de mecanismos de rendición de cuentas. Esta gama de herramientas atraviesa en su totalidad al diseño de los modelos regulatorios del sector.

De acuerdo a lo dicho, los mecanismos gubernamentales encaminados a la materialización del DHAS deben atender al siguiente dato: ante las obligaciones básicas el acento reside en la eficacia de los remedios que provee el ordenamiento, mientras que ante la directiva de progresividad la participación genuina de los afectados en el diseño de programas, formación de reglamentos, contrataciones y demás decisiones relevantes se erige como el rasgo característico.

1. Progresividad y participación genuina

Dentro de las formas de reducir la distancia entre los mandatos internacionales y el accionar de las autoridades nacionales, el PIDESC se destaca por ofrecer una solución diferente a la de otros tratados de derechos humanos, pues no sólo establece la necesidad de brindar a las personas mecanismos para reclamar la cobertura de los pisos mínimos, sino que también hace hincapié en la necesidad de una apertura a la participación ciudadana como vía para alcanzar la meta de la plena satisfacción de los DESC. El pacto incorpora así una perspectiva democratizadora propia del EBDH (véase la página 11) que otros tratados no plantean, pues asume que una de las obligaciones más relevantes en este campo pasa por la adopción de medidas, políticas y programas estratégicos tendientes a la progresiva consecución de los propósitos convencionales (véase el recuadro 8). Es justamente esa modalidad de implementación la que convierte a la participación de los titulares de esos derechos en un rasgo sobresaliente de este pacto con importantes consecuencias para el DHAS.

a) La participación como piedra angular de la progresividad

Cuando nos hallamos ante el deber de poner en marcha estrategias encaminadas a la futura plenitud del DHAS desde la perspectiva de la progresividad, la obtención inmediata del ejercicio pleno del derecho se ve relativizada por la propia naturaleza del mandato convencional en juego. Sin embargo, esa característica traslada la atención hacia la participación genuina de los afectados en el

diseño de esas políticas. Si frente a las obligaciones básicas el cómo pasa por la eficacia de los remedios administrativos y judiciales para asegurar coberturas mínimas, frente a las progresivas, la directiva reside en la participación de los afectados.

RECUADRO 8 COLOMBIA: POLÍTICAS PÚBLICAS PARA LA SATISFACCIÓN DEL DHAS

La Corte Constitucional de Colombia ha recalcado que el DHAS obliga al Estado a elaborar y poner en marcha políticas públicas encaminadas a su satisfacción que cumplan tres condiciones.

- La primera es que **la política efectivamente exista**. No se puede tratar de unas ideas o conjeturas respecto a qué hacer, sino de un programa de acción estructurado que le permita a la autoridad responsable adoptar las medidas adecuadas y necesarias a que haya lugar. Por eso, se viola una obligación constitucional de carácter prestacional y programática, derivada de un derecho fundamental, cuando ni siquiera se cuenta con un plan para cumplirla progresivamente.
- La segunda condición es que **la finalidad de la política pública debe tener como prioridad garantizar el goce efectivo del derecho**. No puede tratarse de una política pública tan sólo simbólica, que no esté acompañada de acciones reales y concretas. Así pues, también se viola el DHAS cuando existe un plan o un programa pero se constata que sólo está escrito y no en ejecución o bien cuando su aplicación es indiferente para los verdaderos problemas y necesidades de los titulares del derecho o se ve diferida indefinidamente.
- La tercera condición es que **los procesos de decisión, elaboración, implementación y evaluación de la política pública permitan la participación democrática**. En tal sentido, la jurisprudencia ha considerado inaceptable que exista un plan que no abra espacios de participación para las diferentes fases, o que éstos sean inocuos o contemplen una participación intrascendente.

Fuente: Corte Constitucional de Colombia (Sentencias T-418 de 2010 y T-595 de 2002).

b) Claves en materia de progresividad

Premisas de un desempeño eficiente del Estado en el marco del PIDESC

Las violaciones a la obligación de encaminarse gradualmente hacia la plenitud de los DESC pueden darse tanto por acción como por omisión. Para determinar cuáles acciones u omisiones configuran una violación es necesario distinguir entre la imposibilidad y la falta de voluntad del Estado en cumplir sus deberes. Un Estado que no desea utilizar el máximo de sus recursos disponibles para la realización del derecho incurre en violación del PIDESC. Por el contrario, si las restricciones de recursos hacen imposible al Estado dar pleno cumplimiento a sus obligaciones, aquél tiene la carga de justificar que se han realizado los esfuerzos tendientes a la utilización de todos los recursos disponibles a fin de satisfacer de modo prioritario los compromisos asumidos.

El criterio de máxima utilización de los recursos disponibles se transforma, de ese modo, en un componente esencial de la consistencia del obrar estatal con sus obligaciones internacionales. El Estado debe acreditar de forma fehaciente —esto es, mediante una descripción clara del reparto de fondos públicos— que ha cumplido con esa máxima asignación hacia el ámbito de los DESC. Los gastos superfluos o evitables del Estado no generan ya un problema de distorsión del sistema republicano, sino que resultan incompatibles con este deber.

Estos principios nos conducen a un aspecto decisivo para este estudio, vinculado con el rol estratégico que los servicios de agua potable y saneamiento poseen para el cumplimiento integral del PIDESC: la obligación del logro progresivo existe independientemente de cualquier aumento de recursos y requiere, por el contrario, una utilización eficiente de los fondos de que se disponga. Dadas las ventajas que reporta cada unidad monetaria destinada a estos servicios, si el Estado quiere demostrar que cumple con la obligación de utilizar el máximo de recursos disponibles para el logro de

los DESC debe dar cuenta de una clara priorización institucional y presupuestaria de este sector. En la medida en que impide evitar erogaciones prevenibles, la ausencia de atención a estos servicios constituye un modo ineficiente de orientar los recursos y —consecuentemente— un incumplimiento al deber establecido en el PIDESC. De otro modo, la fórmula normativa en materia de progresividad quedaría vacía de contenido.

Los categóricos beneficios de las inversiones en la expansión de cobertura de los servicios de agua potable y saneamiento y en el mejoramiento de su calidad (Prüss-Üstün y otros, 2008; Hutton y Haller, 2004; Hantke-Domas y Jouravlev, 2011) demuestran que un Estado que desee cumplir con el estándar del máximo de recursos disponibles y consecuentemente administrar sus fondos eficazmente debe priorizar sus inversiones en ese campo y acompañarlas con la construcción de instituciones regulatorias sólidas y estables. Siempre existen demandas en competencia para orientar los recursos públicos, pero los réditos económicos, sociales y ambientales del acceso a los servicios de agua potable y saneamiento dan cuenta de su clara preferencia presupuestaria, en la medida en que ese acceso es condición para poder gozar de derechos tales como la salud o la educación.

La utilización del mandato de eficiencia —desde una perspectiva tanto económica como social— como derivación del PIDESC permite abordar el problema que explica por qué, pese a ser evidente la conveniencia de la inversión en agua potable y saneamiento, los gobiernos no la priorizan. Fundamentalmente, ese tipo de erogaciones supone ciclos más largos que los de las administraciones públicas y consecuentemente un beneficio que no usufructúa el gobierno que hace el gasto (Peña, 2011). Sin embargo, esas valoraciones de corto plazo no resultan atendibles como excusa para incumplir una clara obligación internacional.

La eficiencia es, así, un articulador de todo el entramado que se viene relatando e impacta también en la organización interna del sector. Yendo desde lo general a lo particular tenemos que —en primer término— el desempeño eficiente del Estado es un mandato concreto derivado del PIDESC en función del cual la inversión sectorial adquiere rango prioritario. Sin embargo, su influencia no se detiene allí sino que se traslada hacia el interior del sector y es por ello que el diseño participativo de las medidas juega un rol central, para evitar fracasos en materia de diagnóstico de necesidades y ejecución de proyectos.

Progresividad y participación ciudadana genuina como requisito para la eficiencia

El sólo hecho de movilizar recursos hacia el sector de agua potable y saneamiento no es suficiente por sí mismo para cumplir con el PIDESC. Antes bien, es primordial garantizar que su inyección repercuta en la realización del DHAS de modo tangible de acuerdo al orden de prioridades que fija el pacto. Primero, los recursos deben orientarse a satisfacer las obligaciones básicas³⁶. Una vez que se cubren esos niveles esenciales sin discriminación, los Estados deben propender al incremento de la calidad del servicio, de modo de alcanzar progresivamente la plenitud del DHAS y garantizar su sustentabilidad a mediano y largo plazo³⁷. Para lograr todo eso deben tratar de maximizar los resultados, elaborando estrategias sectoriales, un marco normativo firme, procurando evitar el derroche³⁸ y recurriendo a diseños regulatorios y tecnologías apropiados (REAyS, 2011b).

³⁶ Es común que la mayor parte de los recursos que se invierten en este sector beneficie a comunidades en situación relativamente acomodada y no a las de bajos ingresos que carecen incluso de un acceso básico.

³⁷ Un 75% de los recursos necesarios para alcanzar los ODM se destina a la reposición y el mantenimiento de infraestructura existente. A pesar de los progresos en la ampliación de la cobertura de los servicios, hay indicios inequívocos de que muchas comunidades que habían recibido mejores sistemas vuelven a caer en pautas antiguas debido a insuficiencias del mantenimiento (REAyS, 2011b). Desde el punto de vista de la eficiencia, los beneficios en relación con el costo son enormemente mayores cuando se invierte en el funcionamiento, mantenimiento y la reposición que cuando hay que rehabilitar obras después de que ya han dejado de funcionar (WASHCost, 2011).

³⁸ En América Latina y el Caribe, la eficiencia en el sector es en general baja, puesto que indicadores operativos revelan pérdidas de agua de más del 40%, una deficiente calidad sanitaria del agua, niveles de impago superiores al

Aunque podrían y deberían dedicarse más recursos al sector, es mucho más lo que puede hacerse con los fondos actuales mediante intervenciones mejor orientadas y más eficientes —en lo que a la regulación le corresponde un rol protagónico— (REAyS, 2011b). Mayor transparencia y mejor coordinación contribuirían a un conocimiento más cabal de la forma en que se utilizan los recursos, lo que apoyaría una mejor elaboración y ejecución de las medidas.

Desde esa perspectiva, el mandato participativo que impone el PIDESC posee un valor estratégico para mejorar el rendimiento sectorial. La plena participación —conjugada con una constante rendición de cuentas de los representantes— es fundamental para evitar falencias de diagnóstico y garantizar que el sector dé a las comunidades soluciones que respondan a las necesidades reales y sean asequibles, técnicamente viables y culturalmente aceptables. La participación también es crucial para lograr que la sociedad se sienta identificada y preste la dedicación requerida a fin de lograr los cambios de comportamientos necesarios³⁹ (Peña, 2011).

La falta de una participación adecuada ha sido una característica preocupante de muchos procesos nacionales de reducción de la pobreza, basados o no en los ODM (Fukuda-Parr, 2008; PNUD, 2006). Contrariamente a ello, las normas de derechos humanos requieren la formulación inclusiva de políticas públicas y planes de desarrollo, pues implican ubicar a los afectados en el papel de titulares de derechos exigibles y no de meros receptores de políticas discrecionales. Su intervención es crucial en todas las fases del ciclo de planificación, desde el diagnóstico y la fijación de objetivos, pasando por la formulación de respuestas y la ejecución, hasta llegar al seguimiento y la evaluación (REAyS, 2011a). En esa línea, el acceso a la información por parte de los interesados resulta decisiva (Jouravlev, 2003), pues sólo cuando los participantes conocen las condiciones estructurales del sector y el destino y uso de los recursos es posible formular cambios sostenibles en su gestión⁴⁰.

En los Principios de Limburgo sobre la aplicación del PIDESC, elaborados por un grupo de expertos en el campo del derecho internacional, así como en cada una de las Observaciones Generales del CESCR, se ha resaltado que la participación y consulta deben ser genuinas y no meramente formales. Los afectados deben contar con oportunidades reales de influir en el proceso de planificación y ejecución de las medidas de logro progresivo del DHAS y por lo tanto su intervención debe ser oportuna, esto es, previa a la resolución; precedida por la plena divulgación de la información relevante sobre las medidas pretendidas y previendo el otorgamiento de medios de protección útiles.

El mandato participativo es una de las consecuencias más valiosas del abordaje del sector desde el EBDH, pues obliga a abandonar las visiones asistencialistas que han caracterizado a muchas de las políticas en materia de DESC. En general, tanto la creación como el diseño y condiciones de programas de ayuda y promoción se emprenden como cuestiones discrecionales, deferidas enteramente a la voluntad estatal. Sin embargo, a medida que avanzamos en indagar el impacto del DHAS en la prestación, esa concepción comienza a resquebrajarse. Cuando se asume que no estamos ante opciones jurídicamente neutras de la autoridad, sino ante medidas y acciones exigibles por los afectados, cuando dejamos de pensar en estos planes desde un Estado asistencial y paternalista y comenzamos a concebirlos desde un Estado fiduciario y obligado por los derechos, la lógica en juego para el diseño institucional cambia y la discrecionalidad se reduce sustancialmente.

15%, provisión discontinua en casi un 30% de los sistemas, micro medición de consumos que no supera el 65%, y un sobre empleo con 3,8 empleados por cada mil conexiones (Mejía y otros, 2012). La reducción de esas ineficiencias permitiría aportar cada año 5,8 mil millones de dólares al logro de las metas del sector.

³⁹ En muchos países de la región, el de agua y saneamiento es un sector “indisciplinado”: escasa medición fomenta el despilfarro y desvincula ingresos de servicios prestados, decisiones comerciales politizadas, y la noción de que el servicio es un bien público que debe ser entregado gratuitamente o a precios muy bajos (Ferro y Lentini, 2012).

⁴⁰ La Corte IDH (Caso “*Claude Reyes*” de 2006) ha forjado una directiva conocida como principio de máxima divulgación, por el cual se entiende que toda la información en poder del Estado es accesible, encontrándose sólo sujeto a un sistema restringido de excepciones.

Dando cuenta de esta línea de análisis, el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo N° 1 de La Plata, Argentina (Caso “*Negrelli, Oscar Rodolfo*” de 2012) declaró la invalidez de un aumento tarifario de los servicios de agua potable y saneamiento que había sido dispuesto sin dar previa participación a los usuarios a través de una audiencia pública. Se entendió que, más allá de las exigencias puntuales del marco regulatorio aplicable, previo a la entrada en vigencia de un nuevo régimen tarifario para un servicio público esencial y monopólico se requiere insoslayablemente la realización de una audiencia que brinde a los usuarios el conocimiento e información necesarios para poder evaluar si la tarifa propuesta por el concesionario es justa y razonable, y en su caso, ejercer las reclamaciones administrativas o judiciales pertinentes.

2. Remedios nacionales para el acceso a niveles esenciales de disfrute del derecho

Así como el Estado debe diseñar estrategias nacionales mediante participación genuina, también debe asegurar sus obligaciones básicas en materia del DHAS. De ahí la relevancia de los remedios administrativos y judiciales para hacerlas directamente exigibles.

Cuando nos hallamos ante una obligación básica, esto es, la satisfacción inmediata de un nivel mínimo del derecho o la garantía de no discriminación, lo principal pasa a ser la disponibilidad de remedios que permitan a los afectados reclamar y obtener ese margen básico e inderogable de acceso al DHAS (REAyS, 2009). En ese sendero, el CESCR ha destacado que la obligación central de los Estados consiste en dotar de eficacia a los derechos reconocidos en el PIDESC. Al requerir que esto se realice por todos los medios apropiados, ese tratado adopta un abordaje amplio y flexible para tomar en cuenta las particularidades de los sistemas legales y administrativos de cada país. Sin embargo, esta flexibilidad coexiste con la obligación en cabeza de cada Estado de establecer medios apropiados de protección y reparación para cualquier individuo o grupo afectado. Estos estándares deben operar en forma directa e inmediata en el plano interno, y permitir a los individuos procurar la materialización de sus derechos ante la administración pública y los tribunales nacionales. Rige en esta materia la regla de primacía de los remedios domésticos y el carácter complementario de los procedimientos internacionales (REAyS, 2010a).

El derecho a un remedio efectivo no debe ser interpretado como exigencia de un remedio judicial en todos los casos⁴¹. Los instrumentos procedimentales administrativos serán en muchos supuestos adecuados, en tanto se respete la expectativa legítima de los afectados —basada en el principio de buena fe— de que todas las autoridades administrativas tomarán en cuenta los requerimientos del PIDESC en sus procesos de toma de decisiones. Por otra parte, esos mecanismos de tutela deben cubrir ciertas condiciones que el CESCR ha detallado con toda claridad, con lo cual no alcanza con su instauración formal si ellos no resultan:

- **Accesibles:** condición que hace inadmisibles, tanto legal como de facto, los impedimentos sustanciales o procedimentales a la posibilidad concreta de realizar la petición o impugnación ante la autoridad administrativa o judicial.
- **Asequibles:** requisito que obliga a regular y aplicar los procedimientos de petición e impugnación bajo parámetros de sencillez, uniformidad y gratuidad.
- **Oportunos:** ello implica que los remedios deben ser capaces de brindar una respuesta en el tiempo necesario para garantizar efectivamente el derecho en juego.

⁴¹ Como por ejemplo, la revisión de los gastos públicos, las auditorías participativas de carácter social, los sistemas de calificación de la comunidad, la evaluación de las consecuencias de las políticas públicas, las iniciativas de transparencia presupuestaria y las de “empoderamiento jurídico”, entre muchos otros (REAyS, 2010b).

- **Eficaces:** una impugnación administrativa que no suspende la ejecutividad del acto lesivo y que por tanto permite la consumación del agravio, no satisface esta condición.

RECUADRO 9

LOS BENEFICIOS DE LA PARTICIPACIÓN: EL CASO DE PORTO ALEGRE

La ciudad de Porto Alegre, en el Brasil, tiene una de las tasas más bajas de mortalidad infantil en el país (14 muertes por cada mil nacidos vivos en un país donde el promedio nacional es de 65) y un índice de desarrollo humano comparable al de los países desarrollados. Una exitosa gestión municipal de los servicios de agua potable y saneamiento —que ha permitido alcanzar la cobertura universal del agua potable— explica en gran medida el fenómeno. Las tarifas se encuentran entre las más bajas del país pero los indicadores de eficiencia son similares a los mejores prestadores del mundo.

¿Por qué la ciudad de Porto Alegre ha logrado el acceso universal a pesar de un alto nivel de pobreza entre sus usuarios? En parte, ello obedece a la delegación de la prestación a favor de una entidad jurídica independiente, dotada de una autonomía funcional y financiera, que incluso le permite tomar créditos para inversión sin necesidad de autorización municipal. A ello se suma la conjugación de objetivos sociales y comerciales en el plan operativo de la entidad. Todos los beneficios se reinvierten en el sistema, llegando a destinarse una cuarta parte de los ingresos anuales a la infraestructura, mientras que las exenciones tributarias que la benefician permiten mantener tarifas sociales de modo sustentable.

Sin embargo, lo que explica el desarrollo y mantenimiento en el tiempo de esas prácticas saludables es el sistema de gobierno de la entidad, caracterizado por combinar regulación experta con un alto nivel de participación de los usuarios. Si bien el director es designado por el alcalde, un cuerpo deliberativo, integrado por ingenieros, médicos, ambientalistas y representantes de la sociedad civil, supervisa su desempeño y tiene poder de veto en las decisiones de mayor gravitación. Esta forma de gestión se combina con la herramienta del presupuesto participativo a nivel municipal, que permite a la ciudadanía debatir la temática del agua de forma permanente a lo largo del año, previa difusión de las erogaciones actuales y los planes de inversión. Ese abordaje participativo sobre las políticas presupuestarias y sectoriales crea fuertes incentivos para una prestación de calidad y con ello confirma la pertinencia de los enfoques centrados en el DHAS.

Fuente: Viero y Cordeiro (2003), Maltz (2005), y Langford (2009).

El DHAS y las obligaciones que trae aparejada encuentran dos modalidades de implementación relevantes: progresividad mediante participación genuina y cobertura básica mediante remedios efectivos.

B. La CADH y el sistema interamericano de protección del DHAS

Uno de los grandes desafíos para la eficacia del DHAS como nuevo paradigma de la organización del sector es la brecha entre los estándares fijados por los órganos internacionales y su exigibilidad y efectividad a nivel nacional (McGraw, 2011). El sistema interamericano de protección de los derechos humanos constituye un instrumento decisivo para reducir esa brecha, pues genera obligaciones directas sobre las autoridades nacionales, quienes pasan a convertirse en agentes de la implementación de esas reglas a nivel doméstico.

El hecho de incorporar al DHAS en el régimen interamericano implica someter al sector a un sistema jurídico caracterizado por: i) el establecimiento explícito de pisos mínimos de actuación de las autoridades públicas (por ejemplo, mediante las obligaciones básicas y progresivas); ii) la imposibilidad de los Estados de invocar su ordenamiento jurídico interno, sus tradiciones culturales o cualquier otro elemento de su identidad nacional para justificar el apartamiento de esos pisos

mínimos; y, iii) la conformación de tribunales internacionales —como la Corte IDH— con la facultad de controlar la compatibilidad de las prácticas gubernamentales con esos pisos mínimos y declarar al Estado incurso en responsabilidad internacional ante un supuesto de violación.

Es la presencia —en diferentes grados— de cada uno de estos aspectos lo que identifica al proceso de legalización de las relaciones internacionales y permite identificar en él tres estadios diferenciados (Abbott y otros, 2000): i) precisión de reglas, cuando se pasa de la ambigüedad de los compromisos políticos a la definición clara de lo exigido, permitido o prohibido mediante la determinación de los pisos mínimos; ii) obligatoriedad, cuando se asume explícitamente —mediante la regla de inoponibilidad del derecho interno y el principio *pacta sunt servanda*— que los firmantes quedan legalmente vinculados a un compromiso del cual no pueden desentenderse y que su proceder será confrontado con ese compromiso; y, iii) delegación de capacidad decisoria, cuando se confiere a un tercero la facultad de interpretar y aplicar las reglas derivadas del compromiso (órgano de control de cumplimiento). Por ejemplo, en la legalización “dura”, las tres dimensiones (o al menos obligación y delegación) son altas.

Indudablemente, la incorporación del DHAS al sistema interamericano de derechos humanos se inscribe en un proceso de alta legalización de las acciones estatales relacionadas con el sector de agua potable y saneamiento, con niveles intensos de precisión, obligatoriedad y delegación. En ese contexto, la forma de reducir la distancia entre los estándares internacionales del DHAS y su concreción a nivel doméstico pasa por entender el rol esencial que corresponde a las autoridades nacionales en la aplicación de los tratados de derechos humanos. Esos instrumentos reconocen a cada uno de los Estados un papel capital en la consecución de sus objetivos que se ve complementado, pero no sustituido, a nivel internacional (Gaay Fortman, 2006).

Al dar cumplimiento al deber de protección del DHAS, las autoridades nacionales actúan como el primer estadio de implementación de los tratados que lo reconocen. De acuerdo a la regla de subsidiariedad, las convenciones de derechos humanos depositan la tarea de protección de los derechos que consagran en dos niveles correlativos: primero, en la labor espontánea de los jueces, legisladores, administradores y demás autoridades domésticas del Estado, quienes al velar por su cumplimiento y prevenir la configuración de responsabilidad internacional por violaciones, actúan como órganos convencionales internos, en el sentido en que operan como la instancia de implementación de los tratados dentro del país. En segundo término —y sólo con un rol complementario de esa labor inicial encomendada a los órganos locales—, tenemos a los cuerpos y tribunales creados específicamente en las convenciones —en el caso de América, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte IDH— para velar por su acatamiento en el plano internacional. Esos son los órganos convencionales supranacionales, pues operan exclusivamente en ese plano y su rol consiste en complementar la labor nacional.

Al erigir a las autoridades nacionales como órganos convencionales internos —agentes de aplicación de los pactos dentro del país—, estos modelos logran penetrar en forma directa en la esfera local de toma de decisiones sin necesidad de una superestructura. Esa composición ubica al estamento nacional como sujeto necesario —y no contingente— del deber de protección del DHAS. En definitiva, esa protección encuentra a los legisladores, jueces y administradores nacionales como sus gestores primarios. Ellos son los instrumentos para que los mandatos de los pactos se trasladen al conjunto de la institucionalidad nacional.

El reconocimiento del rol central de las autoridades nacionales en la implementación del DHAS permite superar las “lagunas de supervisión”, fenómeno que ocurre cuando un derecho ha sido incluido en un instrumento internacional pero no existe un mecanismo que supervise el acatamiento por parte de los Estados, o aquel resulta insuficiente para asegurar el cumplimiento o para proporcionar un remedio a las víctimas (CIPDH, 2006).

Ello es así en la medida en que el propio sistema americano aspira a lograr que la efectiva vigencia de los derechos reconocidos en la CADH provenga de una acción espontánea de los Estados

en sus prácticas cotidianas y no de la declaración de responsabilidad internacional ante una falta. En otras palabras, el objetivo final del sistema es que se produzca una gradual internalización de los estándares interpretativos internacionales que prevenga la ocurrencia de violaciones por medio de la acción directa de los propios estamentos internos. Ese proceso es el que permitirá reducir gradualmente la separación entre el reconocimiento del DHAS a nivel internacional y su eficacia en el plano doméstico.

C. La corrupción como amenaza para el DHAS

El sector de agua potable y saneamiento es considerado un ámbito particularmente vulnerable a la corrupción y captura, en especial por la dificultad para instituir mecanismos fluidos de rendición de cuentas, la falta de competencia y de participación ciudadana, así como por el monto de recursos involucrados. Se ha estimado que la corrupción podría acrecentar el costo del cumplimiento de la meta 7.c de los ODM en casi 50 mil millones de dólares, encareciendo el precio de conexión a la red de agua potable en un 30% en los países en vías de desarrollo (TI, 2008). De manera que, para poder avanzar en la efectividad del DHAS y el logro de los ODM, es imperioso hacer frente al flagelo de la corrupción y para ello las herramientas de implementación del DHAS encuentran en la CNUCC un aliado internacional vital (véase el recuadro 10 y el anexo 1).

D. Los niveles de responsabilidad del prestador

La prestación de los servicios por parte de las empresas —públicas o privadas— involucra cuatro niveles acumulativos de responsabilidad en relación al marco jurídico del DHAS:

- El primer y menor nivel de responsabilidad proviene del deber de respeto, aplicable a todas las empresas de cualquier índole en virtud de los PRs, aún cuando aquellas se vinculen sólo indirectamente con el servicio.
- El segundo nivel se relaciona con el agravamiento de responsabilidad que pesa sobre aquellas empresas que deciden prestar un servicio público.
- El tercero se configura con el plus de responsabilidad que recae sobre las empresas que prestan servicios de agua potable y saneamiento, en la medida en que —a diferencia de otros servicios— gestionan en forma directa un derecho humano, como el DHAS.
- Por último, el cuarto y máximo nivel de responsabilidad es el aplicable sólo a las empresas prestadoras estatales, que tiene origen en su pertenencia al Estado y en las cargas y controles que tal dependencia entraña.

Vale aclarar, así, que todos los deberes que se enunciarán escalonadamente a continuación resultan aplicables a las compañías estatales que prestan los servicios de agua potable y saneamiento, en la medida en que ellas poseen el mayor grado de compromiso frente al DHAS. En la empresa estatal se concentran los cuatro niveles de responsabilidad derivada de ese derecho.

1. El deber de respeto de las empresas en general

Desde la perspectiva del contenido del DHAS, los PRs resaltan los deberes de protección a cargo del Estado y de respeto en cabeza de las empresas. Para que esos deberes puedan cumplirse, los PRs fijan el catálogo de prácticas esperables de las compañías y es por ello que los abordamos también en la faz procedimental del entramado internacional del DHAS.

RECUADRO 10 LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN

La CNUCC fue adoptada en 2003 y entró en vigor en 2005. A la fecha, 160 Estados son parte de ella. A lo largo de su articulado, establece para los Estados el deber de adoptar medidas en 4 grandes campos:

- **Prevención**, obligando a formular y aplicar —bajo la supervisión de un órgano independiente y especializado— políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción que promuevan la participación de la sociedad y reflejen los principios del imperio de la ley, la debida gestión de los asuntos y bienes públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas. Esas medidas exigidas en materia de prevención van desde la adopción de sistemas eficientes y objetivos para la contratación, retención, promoción y jubilación de empleados y funcionarios públicos, el establecimiento de sistemas de contratación pública basados en la transparencia, la competencia y en criterios objetivos de adopción de decisiones, hasta la prevención de la corrupción en el sector privado, incluyendo la regulación de los conflictos de intereses y el aseguramiento de la libertad de buscar, recibir, publicar y difundir información relativa a la corrupción, entre otras.
- **Penalización y aplicación de la ley**, obligando a tipificar como delitos el soborno de funcionarios públicos —sean nacionales, extranjeros o organismos internacionales— así como la malversación o peculado, la apropiación indebida y otras formas de desviación de bienes, el blanqueo del producto del delito y la obstrucción de la justicia. También esta perspectiva obliga a establecer la responsabilidad —penal, civil o administrativa— de las personas jurídicas por su participación en los delitos tipificados con arreglo a la CNUCC, independientemente de la que pueda corresponder a las personas físicas.
- **Cooperación internacional**, mediante una exhaustiva regulación del régimen de extradición de personas vinculadas con delitos de corrupción, y la exigencia a los Estados de la más amplia asistencia judicial recíproca respecto de investigaciones, procesos y actuaciones judiciales relacionados con estos delitos, así como la implementación de investigaciones conjuntas.
- **Recuperación de activos**, exigiendo la más amplia cooperación y asistencia mutua para el logro de la restitución de los bienes desviados por actos de corrupción, la imposición de regulaciones financieras de identificación de clientes y beneficiarios finales de los fondos y el escrutinio de toda cuenta solicitada o mantenida por funcionarios públicos o su entorno.

Con ese amplio abanico de cometidos y metas tangibles, la aprobación de la CNUCC terminó de trasladar la lucha anticorrupción a un espacio netamente global, todo ello a partir de un instrumento que cuenta con la indiscutida fuerza vinculante del tratado como fuente primaria del derecho internacional.

Fuente: UNODC (2006).

Para cumplir con su deber internacional, la empresa debe poner en práctica tres tipos de medidas básicas frente al DHAS: i) un compromiso político de respetarlo; ii) un proceso de debida diligencia para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas de cómo aborda el impacto de su actividad en él; y, iii) procesos de reparación de todas las consecuencias negativas sobre el derecho que haya provocado o contribuido a provocar.

a) **Compromiso político**

Lo primero que debe hacer la empresa que quiere respetar el DHAS es comprometerse explícita y públicamente a ello. Esa decisión debe provenir del más alto nivel directivo y plasmarse en una declaración que establezca las metas de la firma en relación con ese derecho humano, lo que espera en ese campo de su personal, sus socios y otras partes directamente vinculadas con sus operaciones, productos o servicios. Esta declaración debe basarse en asesoramiento experto, ser ampliamente difundida —tanto hacia adentro de la compañía como hacia terceros— y explicitar las bases de una cultura de compromiso hacia los derechos humanos.

b) La debida diligencia en materia del DHAS

En segundo lugar para que la empresa acredite el cumplimiento de su obligación de respeto debe probar que ha procedido con la debida diligencia en materia de derechos humanos. Este estándar incluye tres aspectos: i) evaluar el impacto real y potencial de las actividades de la firma sobre el DHAS; ii) incorporar las conclusiones de esa evaluación a las prácticas corporativas, realizando las adecuaciones necesarias; y, iii) monitorear la eficacia de esa aplicación (véase el recuadro 11).

c) El deber de remediar afectaciones al DHAS

Los PRs asumen que, aún con las mejores políticas y prácticas, una empresa puede ocasionar o contribuir a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos que no haya sabido prever o evitar. En ese caso, los PRs le imponen el deber de aplicar todos los medios a su alcance para remediar la situación.

En este campo reaparece con fuerza el deber estatal de protección, que implica aquí tomar medidas apropiadas para garantizar, por las vías judiciales, administrativas, legislativas o de otro tipo, que los afectados por abusos empresariales producidos en su territorio o jurisdicción puedan acceder a mecanismos de reparación eficaces. Ese deber resulta más intenso cuando se trata de industrias ampliamente reguladas, como sucede en el caso de los servicios de agua potable y saneamiento, pues supone una mayor injerencia estatal que activa responsabilidades propias de las autoridades públicas.

Es importante aclarar que la reparación tiene aquí un amplio alcance y no se limita a indemnizaciones en dinero. Incluye también disculpas, restitución, rehabilitación, compensaciones económicas o no económicas, sanciones (ya sean penales o administrativas, por ejemplo multas), así como medidas de prevención de nuevos daños como la exigencia de garantías de no repetición.

Con el fin de procurar que esa reparación no termine siendo ilusoria, los Estados deben asegurar la disponibilidad para los damnificados de mecanismos judiciales que reciban y procesen sus reclamos bajo estándares de imparcialidad, integridad y respeto a las debidas garantías procesales. Para ello deben reducir los obstáculos legales, prácticos o de otro tipo que comprometan el acceso a ellos, por ejemplo como resultado de discriminación, falta de rendición de cuentas, denegación de justicia, costos excesivos, falta de representación legal, ausencia de mecanismos colectivos de reclamación, incapacidad estatal para investigar la implicación de personas o empresas en delitos de derechos humanos, entre otros.

En paralelo a procedimientos judiciales, los Estados también deben establecer mecanismos de reclamación extrajudiciales eficaces y apropiados, como parte de un sistema estatal integral de reparación de las violaciones de los derechos humanos relacionadas con empresas. Los recursos administrativos o legislativos deben complementar y completar a los judiciales, aún cuando no pueden sustituirlos. Desde esa perspectiva, se asigna un rol fundamental en materia de remediación a instancias más informales y dinámicas de tratamiento de los reclamos, esperando que ellas cumplan ciertos estándares de legitimidad, accesibilidad, previsibilidad, equidad, transparencia y compatibilidad.

2. El *plus* de obligaciones del prestador de servicios públicos

La prestación de un servicio público supone para la empresa que decide hacerlo el sometimiento a un régimen jurídico específico (Marienhoff, 1996) que conlleva obligaciones adicionales —la Corte Suprema de los EE.UU., “*Munn contra Illinois*”, 1877— a las que pesan genéricamente sobre el resto de las compañías como resultado del deber de respeto. Ello se acentúa si el servicio involucra un monopolio natural o legal (Solanes, 1999).

El análisis de la práctica jurídica latinoamericana permite detectar la presencia de una serie de principios aplicables a la realización de funciones calificables como servicios públicos o como actividades de interés público. El núcleo de esos principios, de igual modo a lo sucedido en los

RECUADRO 11

LA DEBIDA DILIGENCIA EN MATERIA DEL DHAS

Evaluación de impacto en el DHAS

El primer paso del proceso de debida diligencia consiste en “calibrar los riesgos en materia de derechos humanos” para lo cual es necesario identificar y evaluar —tanto por medio de expertos como de consultas sustantivas con los grupos potencialmente afectados— las consecuencias negativas reales o potenciales sobre el DHAS en las que la empresa pueda verse implicada, sea como resultado de sus propias actividades o de sus relaciones comerciales. A fin de diagnosticar e informar las consecuencias potenciales de un proyecto empresarial en el DHAS son relevantes las siguientes prácticas:

- **Diagnóstico operacional.** Apunta a evaluar el potencial impacto de la acción de la compañía en el DHAS, para lo cual es necesario delimitar con claridad el universo de proveedores de bienes y servicios, filiales, firmas asociadas, subsidiarias y relacionadas. Desde la perspectiva de la empresa, ese es el punto de partida para analizar el impacto en derechos humanos. Sin embargo, en esta materia se suma como aspecto distintivo el entramado de grupos e individuos titulares de derechos que se encuentran afectados actual o potencialmente por un proyecto. La evaluación de impacto se nutre necesariamente de las dos miradas (Roling y Koenen, 2010).
- **Evaluación de riesgo.** La empresa debe encarar un análisis del contexto en que se inserta o pretende hacerlo que contemple la situación de los derechos humanos en el área, la relación con sujetos —privados o estatales— eventualmente involucrados en violaciones de tales derechos y los efectos posibles de su participación en un determinado sector económico. Si bien esta evaluación debe ser permanente, su importancia se acentúa durante el análisis inicial de factibilidad de cualquier proyecto nuevo o la modificación gravitante de los existentes.
- **Evaluación de impacto.** Una evaluación de impacto hecha a tiempo permite establecer los contornos concretos de la debida diligencia que se espera de la empresa en un escenario determinado y sirve de base para las siguientes fases del proceso.

Integración de los resultados en la gestión de la empresa

Los hallazgos y conclusiones de la evaluación de impacto en el DHAS deben ser integrados en cada uno de los procesos internos de adopción y ejecución de decisiones de la firma, previendo la participación adecuada de los niveles directivos, así como las asignaciones presupuestarias e instancias de supervisión pertinentes. Las medidas que deban adoptarse variarán en función de si la empresa provoca o contribuye a provocar las consecuencias negativas por sí misma o si su implicación proviene de la relación directa de esas consecuencias con operaciones, productos o servicios prestados por un tercero.

Seguimiento

La empresa debe elaborar, en base a la evaluación de impacto, medidas que incorporen a su funcionamiento estrategias de respeto al DHAS. Para verificar la eficacia de esa respuesta debe implementarse un seguimiento basado en indicadores cualitativos y cuantitativos adecuados.

Difusión

La empresa no sólo debe respetar el DHAS, sino también hacerlo saber. Esto implica rendir cuentas a las personas o grupos que puedan verse afectados y a otros interesados, incluidos los inversores y autoridades. Ella debe explicar a cada uno de ellos cuáles son las medidas adoptadas para hacer frente a las consecuencias de sus actividades sobre los derechos humanos.

La sumatoria de todas estas medidas constituirán el corpus de la debida diligencia que permitirá a la empresa abordar eficazmente sus deberes en materia de derechos humanos.

Fuente: Elaboración propia.

EE.UU. y Europa Occidental, estriba en el fuerte interés público involucrado en la actividad, el cual da lugar a una serie de reglas jurídicas caracterizadas por la intensificación de las potestades estatales de intervención y la consiguiente limitación del margen de actuación de la empresa prestadora (Bohoslavsky, 2010).

Esas reglas jurídicas se ven materializadas en todos los planos de la relación entre el Estado, el prestador y los usuarios, y encuentran su núcleo en los principios de continuidad, regularidad, generalidad y obligatoriedad. El marco jurídico de la actividad se estructura para satisfacer esos objetivos mediante institutos tales como la titularidad estatal del servicio, la delegación transitoria de su prestación a través de la figura del contrato administrativo de concesión de servicio público o la presencia de una serie de potestades en cabeza del concedente (facultad de alterar unilateralmente condiciones del contrato, dirección y control, rescate) y del regulador (capacidades reglamentarias, fiscalizadoras y jurisdiccionales). A ello se suman la actuación del concesionario “por riesgo y ventura”, la interpretación restrictiva de los privilegios (Gordillo, 1998) y la potestad tarifaria en cabeza del Estado (Bohoslavsky, 2010).

El denominador común de todas esas reglas pasa por el rol preponderante que la doctrina del servicio público confiere al Estado y el papel de colaboración asignado al prestador. Esa posición de superioridad resulta consistente con los deberes regulatorios que pesan sobre las autoridades en función de la obligación de protección del DHAS.

3. Responsabilidades derivadas de la gestión directa de un derecho humano

Sumado a los dos niveles anteriores, el hecho de brindar prestaciones relacionadas con los servicios de agua potable y saneamiento supone una responsabilidad adicional derivada del rango de derecho humano que tiene el acceso a ellos. Las acciones u omisiones del prestador pueden comprometer en forma directa la efectividad del DHAS y ello engendra deberes más intensos en materia de debida diligencia que en otros servicios (REyS, 2010a).

En ese sentido, la Corte IDH (Caso “*Ximenez Lopez*” de 2006) ha indicado que la delegación de facultades gubernamentales en sujetos privados para la prestación de servicios relacionados con derechos humanos se traduce en la existencia de dos obligados equivalentes, el prestador y el Estado. Ello produce cuatro consecuencias.

a) Responsabilidad del Estado por actos del delegado

La acción de toda entidad, pública o privada, que está autorizada a actuar con capacidad estatal, se encuadra en el supuesto de responsabilidad por hechos directamente imputables al Estado, tal como ocurre cuando se prestan servicios en nombre del Estado.

b) Consecuente deber estatal de fiscalización del delegado

Si bien los Estados pueden delegar la prestación de los servicios públicos, mantienen la titularidad de la obligación de proveerlos y de proteger el bien público respectivo. La delegación de la prestación al sector privado exige como elemento fundamental la responsabilidad de los Estados en fiscalizar —lo que incluye, regular, controlar, etc.— su ejecución, para garantizar una efectiva protección de los derechos humanos de las personas bajo su jurisdicción y para que los servicios públicos sean provistos a la colectividad sin cualquier tipo de discriminación, y de la forma más efectiva posible (REyS, 2010a).

c) El delegado estatal como obligado frente al titular del derecho.

El deber de proteger los derechos se extiende a todos los niveles de la administración, así como a otras instituciones a las que los Estados delegan su autoridad. Consecuentemente, tanto el

Estado nacional —en tanto obligado internacional directo por el DHAS— como el prestador son responsables solidarios frente al usuario del servicio y titular del derecho.

Por otra parte, la presencia del DHAS como objeto de la actividad de la empresa atrae, en función del EBDH, las reglas ya explicitadas en el PIDESC en relación a obligaciones básicas y progresivas. Por ejemplo, la participación de los afectados se vuelve exigible en los procesos de adopción de decisiones sobre el carácter y las modalidades de la prestación de servicios, en las instancias de selección de los operadores y en la evaluación continua —mediante la regulación y el control— de su desempeño (REAyS, 2010a). De igual modo, la existencia de remedios efectivos para garantizar la esencia del DHAS constituye una obligación directamente invocable frente al prestador.

d) Las fases de la participación de la empresa y la evaluación de impacto en el DHAS

Los desafíos que los PRs plantean a las empresas que deciden prestar los servicios de abastecimiento de agua potable y saneamiento pueden visualizarse en las diferentes etapas en que esa participación se instrumenta.

Fase pre-operacional

La debida diligencia tendiente a evitar afectaciones al DHAS debe ponerse en práctica desde los inicios de cualquier iniciativa de delegación, transferencia de gestión, descentralización o participación privada en el sector. Tanto la evaluación de factibilidad como las ulteriores negociaciones y la contratación deben contemplar las garantías de protección del derecho.

i) La decisión de delegar el servicio

En primer lugar, esta decisión debe tener por propósito el logro del acceso universal y no perseguir finalidades ajenas al sector, tales como la obtención de préstamos, contención de gastos presupuestarios y similares. En tanto derecho humano, el acceso de todas las personas a los servicios de agua potable y saneamiento constituye un fin en sí mismo, con lo cual el sistema que se encarga de satisfacerlo no puede ser concebido como una variable instrumental de otras políticas. En ese sentido, la decisión de transferir la prestación debe adoptarse bajo pautas democráticas y transparentes y en el contexto de una estrategia general sólida que plantee la forma en que el Estado aspira a lograr sus cometidos sectoriales. La participación de todos los interesados debe ser activa, libre y significativa (REAyS, 2010a) y por ende garantías como el acceso a la información y la libertad de expresión constituyen premisas indispensables de la regularidad del procedimiento.

La adopción democrática de decisiones implica que no se debe empujar a los gobiernos a la decisión de delegar la prestación de servicios mediante la imposición de condiciones por los donantes o prestamistas (REAyS, 2010a). Las instituciones financieras internacionales deben tener en cuenta el DHAS en sus políticas de préstamos, acuerdos crediticios, programas de ajuste estructural y otros proyectos de desarrollo de manera de promover el ejercicio de ese derecho.

ii) Selección del prestador

El proceso de elección del operador debe dar cuenta de los requerimientos de transparencia y objetividad exigidos por la CNUCC (véase el anexo 1). Las negociaciones y el contrato definitivo deben estar a disposición del público para que lo examine y comente y la confidencialidad comercial no debe poner en peligro los requisitos de transparencia previstos en el marco de los derechos humanos. En caso de optarse por un prestador privado, el proceso de selección debe ser competitivo y tanto las propuestas como la licitación deben basarse en información exacta, previniendo las ofertas oportunistas, consistentes en ofrecer el servicio por montos sensiblemente inferiores a los que corresponden con el fin de ganar la licitación y luego renegociar el contrato.

iii) Negociaciones contractuales

Es necesario que el DHAS y las obligaciones consecuentes sean explícitamente tenidas en cuenta al momento de negociar el contenido del acuerdo que instrumenta la participación del sector privado o la transferencia del servicio. Ese aspecto debe condicionar la determinación de los derechos y obligaciones de cada parte, las sanciones por incumplimiento, el método de cálculo tarifario y demás aspectos relevantes. El proceso mismo de negociación debería llevarse a cabo a la luz de los PRs, en especial el de debida diligencia, pues los prestadores (públicos o privados) tienen la responsabilidad de analizar proactivamente las condiciones del negocio desde la perspectiva de los derechos humanos para detectar todos los riesgos relacionados con ellos y tratar de evitarlos (REyS, 2010a).

Fase operacional

Una vez perfeccionado el vínculo, su ejecución debe contemplar las salvaguardas necesarias para prevenir la lesión del DHAS por parte del operador.

i) El rol del regulador

Como resultado del deber de protección que pesa sobre el Estado, la regulación del servicio constituye una competencia indeclinable de las autoridades públicas. En consecuencia, las actividades regulatorias deben incluir la preservación del recurso, la protección de los derechos los usuarios (actuales y potenciales), la calidad del agua suministrada y la supervisión del sector en general. Con el fin de ser efectiva, la regulación requiere, según la Observación General 15, “una supervisión independiente, una auténtica participación pública y la imposición de multas por incumplimiento”.

ii) Remedios eficaces

Los usuarios deben contar con mecanismos judiciales y extrajudiciales idóneos para lograr la tutela de sus derechos y responsabilizar al prestador por incumplimientos.

iii) Revisión y terminación de contratos

Cuando el cumplimiento del contrato —sea por el contexto económico y social de la actividad o las condiciones materiales existentes— genera un riesgo para el respeto del DHAS, la empresa debe adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en complicidad. El hecho de que la práctica que lesiona el derecho sea facilitada por debilidades o imperfecciones del marco regulatorio no exime al prestador de responsabilidad.

Cuando la empresa se ve implicada en acciones perjudiciales para el DHAS como resultado de su vinculación con operaciones, productos o servicios prestados por terceros, debe intentar ejercer su influencia comercial o institucional para prevenir o mitigar las consecuencias negativas. Si la empresa carece de esa influencia, debe considerar la posibilidad de poner fin a la relación, tomando en consideración una evaluación razonable de las consecuencias negativas que esa decisión pueda acarrear para la situación de los derechos humanos.

4. El nivel máximo de responsabilidad

Al año 2003 sólo el 5% de la población mundial recibía servicios del sector privado formal (Gunatilake y Carangal-San José, 2008), por lo que el prestador estatal posee el rol protagónico de la industria. En cuanto a los países de América Latina y el Caribe, cabe agregar “que los operadores [privados] internacionales ya se han ido [de varios de ellos], y que las condiciones políticas y de mercado hacen difícil prever su retorno ... las realidades políticas de la región apuntan a la preponderancia de la acción de las empresas públicas en el sector” (Vives, 2007).

En ese contexto, y producto de su pertenencia y control por el Estado⁴², las empresas públicas poseen una mayor responsabilidad frente a los derechos humanos. Ellas no sólo deben cumplir con la debida diligencia derivada del deber de respeto predicable de todas las empresas, y con las obligaciones propias del prestador del servicio público de agua potable y saneamiento, sino que además deben dar cuenta de los controles propios del sector público y del deber de protección del DHAS que pesa sobre el Estado.

De ese modo, todo lo expuesto respecto de las empresas privadas es predicable de las públicas, pero a estas últimas se adicionan las reglas inherentes a su pertenencia al Estado. Ello hace que las firmas estatales se encuentren sujetas al mayor grado de intensidad de las obligaciones en el marco del DHAS. Este aspecto permite enfatizar la necesidad de controles y la desarticulación de las estrategias de “huida del derecho público”; esto es, la utilización por parte del Estado de figuras empresariales o societarias para liberarse de las limitaciones procedimentales propias de la administración pública (Bohoslavsky, 2011)⁴³.

En efecto, el margen de acción estatal en este punto se ha visto acotado en función de los mandatos de la CNUCC. Ese instrumento —que participa de la tendencia mundial hacia la expansión de los diferentes esquemas de control público⁴⁴— contiene directivas que cierran el camino a intentos de evasión de los estándares mínimos en materia de transparencia, objetividad y rendición de cuentas (véase el anexo 1). En ese marco, la exención de las empresas estatales a los controles del sector público resulta incompatible con los mandatos convencionales y por lo tanto toda entidad controlada directa o indirectamente por el Estado debe verse sometida a las reglas de contratación de bienes y servicios inherentes a aquel, o bien contar —al menos— con regímenes propios que consulten estándares de transparencia, publicidad, competencia y objetividad como los que exige el ordenamiento internacional.

⁴² REAyS (2010a) sostiene que, si bien son de propiedad del Estado, las empresas estatales son entidades jurídicas distintas del Estado como tal. En función de ello las trata como actores no estatales a los que se ha delegado la prestación de servicios y las aborda en el contexto de la participación privada. Ese criterio no se encuentra exento de reparos, en la medida en que las empresas estatales integran —de acuerdo a la CNUCC y las reglas del derecho administrativo— el sector público, son controladas por el Estado, cumplen fines públicos y administran fondos de igual carácter. Por ello, estas firmas tienen deberes más intensos que las privadas.

⁴³ En la Argentina, el Decreto N° 304/2006 que creó Agua y Saneamientos Argentinos S.A. (AySA) —sociedad anónima encargada de prestar los servicios de agua potable y saneamiento en el Área Metropolitana de Buenos Aires y cuyo paquete accionario es en un 90% de propiedad del Estado— establece que esa empresa se registrará por las normas y principios del derecho privado, por lo que no le serán aplicables las disposiciones nacionales de procedimientos administrativos, contrataciones del Estado o de obras públicas, ni en general, normas o principios de derecho administrativo.

⁴⁴ Las experiencias más modernas en la materia propician una concepción amplia —funcional y finalista— del sector público que impide sustraer a los entes instrumentales de su ámbito para sortear las regulaciones propias de aquél. Por ejemplo, el estándar fundamental construido en el marco de los diferentes procesos de integración comunitaria nos indica que cuando una entidad se halla sometida al control efectivo del Estado en la formación de su voluntad, desarrolla actividades de interés público y administra fondos de igual condición, debe ceñirse en sus relaciones a las reglas de la contratación pública. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) ha promovido históricamente una interpretación funcional y expansiva del concepto de Estado a fin de abarcar la mayor cantidad de supuestos en las regulaciones comunitarias sobre contrataciones, lo cual lo ha llevado a sostener que “un organismo cuya composición y funciones están previstas por la ley, y que depende de los poderes públicos tanto por la designación de sus miembros como por la garantía de las obligaciones derivadas de sus actos, como por la financiación de los contratos públicos que está encargado de adjudicar, debe considerarse comprendido en el Estado ... aunque formalmente no constituya una parte integrante de él” (C-31/87 del 20 de septiembre de 1988). En nuestra región, el Protocolo de Contrataciones Públicas del MERCOSUR participa de la orientación europea y adopta el estándar del control efectivo del Estado sobre la entidad para sujetarla a las reglas de contratación pública en la esfera comunitaria.

IV. El DHAS y los ODM: desafíos y visión hacia el futuro

A. Los ODM: rasgos principales

Los ODM son un compromiso de 189 países para promover la lucha contra la pobreza, la protección de las libertades y el fomento de sociedades más inclusivas a través de una alianza mundial entre países desarrollados y en vías de desarrollo. Estas metas no reemplazan los estándares definidos por los derechos humanos sino que facilitan su consecución. De hecho, los ODM no hacen referencia explícita a los derechos humanos ni dan cuenta de la aplicación del EBDH para su elaboración.

El ODM 7.c insta a la comunidad internacional a reducir a la mitad, para el año 2015, el porcentaje de personas que en 1990 no tenían acceso sostenible al agua potable y a servicios básicos de saneamiento. El indicador utilizado es la proporción de la población con acceso a fuentes mejoradas de agua potable o a instalaciones mejoradas de saneamiento en las zonas urbanas y rurales. El Programa Conjunto de Vigilancia (JMP) del abastecimiento de agua y el saneamiento de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) es el mecanismo oficial de las Naciones Unidas encargado de supervisar los progresos logrados para alcanzar esa meta.

Este objetivo presenta tres particularidades que lo distinguen de iniciativas previas de desarrollo y reducción de la pobreza:

- No plantea la reducción del número de personas sin acceso a servicios de agua potable y saneamiento, sino de la proporción de aquellas respecto a la población total.
- No adopta como punto de inicio de la evaluación el año 2000 —fecha de la proclamación de los ODM— sino el 1990. Este hecho tiene como resultado que se contabiliza a favor del logro de la meta la reducción obtenida en la década de los noventa, y de este modo, se permite un plazo más largo, de 25 años (1990-2015) y no de 15, para alcanzar los ODM.

- No distingue entre regiones ni países —el compromiso y las metas son globales⁴⁵— lo cual permite tomar a favor del logro de la meta avances aislados o localizados que no representan por sí mismos todo el contexto internacional.

B. La sinergia entre el DHAS y los ODM

En la medida en que ambas perspectivas expresan formas concurrentes de aproximarse a los desafíos del desarrollo, los ODM se complementan con el DHAS (Vandemoortele, 2010). Los primeros traducen a metas numéricas tangibles aspiraciones históricas en materia de disfrute efectivo de derechos y con ello mejoran la operatividad, difusión y rendición de cuentas de las acciones globales orientadas hacia ese fin. Por el otro, el DHAS no sólo contribuye a entender esos objetivos como etapas intermedias encaminadas a lograr su realización plena a nivel universal sino que también aporta referencias fundamentales sobre su contenido y modalidades de consecución.

Es posible, en definitiva, una sinergia valiosa entre los ODM y el DHAS. Sin embargo, lo aprendido hasta ahora nos indica que, para que ello sea factible, es necesario que la nueva etapa post 2015 de los ODM muestre una mayor permeabilidad a los aportes del DHAS. En ese punto, resultará importante incluir en el análisis los siguientes aspectos sustanciales y procedimentales:

- Acceso universal, previendo una etapa intermedia de cobertura mínima y una final de cobertura plena, como resultado del mandato de no discriminación (aspecto cuantitativo).
- Criterios de medición más consistentes con los parámetros derivados de los componentes del DHAS (aspecto cualitativo).
- Exigibilidad de las obligaciones básicas (rendición de cuentas).
- Lineamientos básicos para la consecución de las metas.

1. Dimensión sustancial

a) Perspectiva cuantitativa

De acuerdo a la última información disponible, la meta de acceso al agua potable ha sido alcanzada por América Latina y el Caribe en 2010; no así la de saneamiento (JMP, 2013; Jouravlev, 2012a). Sin embargo, ello no impedirá que la falta de servicios subsista respecto de millones de personas. El déficit en materia de acceso universal sigue siendo manifiesto y ello contrasta con la obligación de no discriminación que conforma el núcleo central y perentorio del PIDESC.

Para que los ODM alcancen un nuevo potencial post 2015 deben fijarse como meta la erradicación de esa brecha y el DHAS puede aportar una perspectiva útil para conseguirlo, tanto desde la noción de progresividad como desde los pisos mínimos de acceso al derecho.

En primer término, debe explicitarse el compromiso encaminado a procurar el acceso universal a la plenitud del DHAS como meta final del nuevo período. Ello no significa ser ingenuos en cuanto a las posibilidades de revertir las inequidades en un corto lapso de tiempo, sino —por el

⁴⁵ Los ODM son objetivos mundiales y llevan asociadas diversas metas, también mundiales, que, a su vez, se han traducido en compromisos a nivel de los países. Cada país puede autoimponerse metas o indicadores más exigentes a los globales. De manera que, si bien existe un compromiso de cada país producto de la adecuación a sus propias necesidades y expectativas, la obtención de los ODM no depende específicamente de ninguno de ellos, sino del logro del objetivo global. El éxito de la iniciativa no depende de un logro equilibrado de las metas entre los diferentes países. Como se ha precisado, “Los Objetivos de Desarrollo del Milenio nunca fueron concebidos como objetivos nacionales, aunque a menudo se han transformado en eso” (REyS, 2012).

contrario— recurrir al dispositivo puntual diseñado en el marco de los derechos humanos, que es la idea de logro progresivo. Ese mandato impone —hoy y ahora— la adopción de medidas encaminadas al logro gradual de ese objetivo⁴⁶.

Existe, en efecto, una diferencia relevante —tanto teórica como práctica— entre no explicitar la meta de acceso universal, postura que adoptaron los ODM actuales, y hacerlo asumiendo que su logro sólo será posible progresivamente, que es la orientación del DHAS. El contraste entre uno y otro es que la idea de progresividad supone la adopción de medidas actuales, deliberadas y concretas para llegar gradualmente al acceso universal, mientras que los ODM sólo lo hacen respecto de los porcentajes fijados en cada meta. No es lo mismo comenzar hoy y ahora a poner en marcha medidas encaminadas a lograr el acceso para todos en una franja determinada de años, que reducir ese objetivo a una aspiración parcial. Es fundamental que quede claro que los logros parciales son eslabones intermedios en el camino hacia la consecución de la meta final (REAyS, 2012).

De igual forma, la progresividad debe conjugarse con la posibilidad de fijar niveles mínimos de cobertura del derecho cuya universalización sea viable en un lapso razonable. Por ejemplo, garantizando la provisión de al menos 20 litros diarios de agua potable por persona y que nadie se vea obligado a la defecación al aire libre o en instalaciones fuera de funcionamiento. El acceso de todas las personas a un nivel mínimo del DHAS constituye una obligación básica de los Estados de la cual la formulación post 2015 de la meta debe dar cuenta. Para ello, debe incluirse un objetivo intermedio de acceso universal a niveles mínimos de cobertura en un plazo breve, inserta dentro de una meta final de acceso pleno a mediano plazo.

En términos generales, el contenido concreto de la meta intermedia debe surgir de una razonable limitación de las exigencias del DHAS; es decir, de la posibilidad de admitir restricciones en materia de disponibilidad, accesibilidad o calidad, pero siempre y cuando ello no implique un desconocimiento del núcleo del derecho. Por ejemplo, la disponibilidad podría verse limitada por una reducción en la cantidad de horas de acceso, o la accesibilidad física por la presencia de instalaciones compartidas. Sin embargo, ese tipo de soluciones constituirían un avance tangible para los sectores menos aventajados.

Para comprender la urgencia de este desafío es fundamental entender que la falta de acceso al agua potable y saneamiento todavía constituye una tragedia humanitaria para muchos millones de personas en América Latina y el Caribe. Si comparamos ese escenario con otras desventuras del siglo XX tomamos dimensión de la gravedad de la situación y ello produce un giro conceptual importante. La adopción de medidas eficaces para revertir en el mínimo tiempo posible esa situación resulta tan exigible para la comunidad internacional como la conjuración de otras situaciones de grave violación a los derechos humanos, máxime si tomamos en cuenta la disponibilidad de recursos para hacerlo⁴⁷.

En este punto es importante también recalcar un dato elemental para fijar metas: determinar si un país está respetando los derechos de su población no depende de una comparación diacrónica con

⁴⁶ En función del deber de realización progresiva del PIDESC, todos los Estados —incluidos los que ya han alcanzado los ODM— deben seguir adoptando medidas para garantizar la realización total de los derechos humanos relativos al agua y al saneamiento. El logro de la meta 7.c no dispensa a los Estados de su deber de garantizar el acceso universal a servicios de calidad (REAyS, 2010b).

⁴⁷ Se ha estimado que, con inversiones anuales equivalentes al 0,3% del producto interno bruto (PIB) y mejoras de la gobernabilidad sectorial, la región puede cerrar la brecha de cobertura y calidad de los servicios en las próximas dos décadas (Mejía y otros, 2012). Ello así, en tanto para alcanzar al año 2030 una cobertura casi universal se requieren inversiones de unos 12,5 mil millones de dólares al año. Si bien —comparado con los actuales 4,4 mil millones— la meta parece inalcanzable, el cuadro cambia radicalmente si tomamos en cuenta: i) los beneficios que la inversión sectorial produce para la reducción de gastos en salud pública y asistencia social y el aumento de la productividad; ii) la posibilidad de generar ingresos adicionales tanto vía reajustes tarifarios como mediante la revisión de las estructuras de subsidios indiscriminados (4,2 mil millones por año); y, iii) la reducción de los márgenes de ineficiencia (5,8 mil millones).

una época pasada, sino de un contraste contrafáctico con sus alternativas institucionales y económicas reales (Pogge, 2011). El punto de comparación debe ser el mejor escenario viable de cara al futuro y no una situación previa. En el caso del DHAS sabemos que el acceso universal es viable si se conjugan los esfuerzos mundiales pertinentes. Por ende, ese debe ser el punto de partida de la meta y no la grave situación sectorial de 1990. En definitiva, de eso se trata cuando el PIDESC manda a los gobiernos a destinar el máximo de sus recursos —institucionales y financieros— al logro de la plenitud de los derechos: si una sociedad determinada puede, asignando ese máximo, avanzar en los DESC —dato contrafáctico— y no lo hace, viola el tratado que los protege.

Por último, para resultar más consistentes con el deber de no discriminación y la consiguiente necesidad de reducir las inequidades existentes, las nuevas metas deben focalizarse directamente en la situación de los segmentos más marginales y vulnerables de la sociedad (Vandemoortele, 2012). En vez de fijar como objetivo una reducción global del número de personas sin acceso a servicios⁴⁸, la meta debería formularse de un modo que dé prioridad a esa reducción en sectores puntuales, caracterizados precisamente por su situación de desprotección (REyS, 2012). Por ejemplo, podría evaluarse la posibilidad de centrar el objetivo y su medición en el quintil más bajo de ingreso, desagregar los indicadores de monitoreo por quintiles (JMP, 2012a y 2012b) e, incluso prever a la reducción de las desigualdades como un objetivo independiente (REyS, 2012).

b) Perspectiva cualitativa

La nueva meta post 2015 debe tomar en cuenta los componentes cualitativos de disponibilidad, calidad, accesibilidad, asequibilidad⁴⁹ y aceptabilidad del DHAS, previendo criterios de medición consistentes con ellos (REyS, 2012).

Durante el Decenio Internacional del Agua Potable y del Saneamiento Ambiental (véase la página 12), iniciativa que constituye un antecedente directo de los ODM, se consideraba que se accedía al agua cuando el punto de suministro debidamente protegido estaba en un entorno de 500 metros de la vivienda y que se disponía de saneamiento cuando existía una letrina u otro sistema de deposición de excretas en las inmediaciones de cada hogar; se exigía, además, que el agua fuera segura y el saneamiento adecuado, sin mayores precisiones (Marín, 2010).

Al momento de fijarse los ODM, el JMP elaboró criterios más precisos para definir el estándar de “adecuación” fijado en la meta 7.c, recurriendo para ello a indicadores de tipo tecnológico. Las tecnologías que determinan que, efectivamente, se produce el acceso son las denominadas mejoradas, mientras que las que son indicativas de la falta de acceso son las no mejoradas. Una fuente de agua mejorada es aquella que, por la naturaleza de su construcción y diseño, está protegida de la contaminación exterior, especialmente contra la materia fecal; mientras que una instalación de saneamiento mejorada es la que garantiza de manera higiénica que no se produzca el contacto de las personas con los excrementos humanos, siempre que no se comparta entre varios hogares o esté abierta al público⁵⁰. Con las tecnologías mejoradas se dispone de cobertura —y por ende se cumple la meta—, mientras que con las no mejoradas, no.

⁴⁸ Como la equidad no constituye un requisito actual de la meta 7.c, sería posible que un país la cumpliera plenamente sin haber hecho extensivo el acceso a ninguna persona perteneciente al quintil más bajo de ingreso (REyS, 2010b). Evidentemente, ello no resulta admisible si el marco jurídico del DHAS tiene algún nivel de eficacia.

⁴⁹ El indicador de accesibilidad económica estaba expresamente previsto en la Declaración del Milenio (punto 19), pero no fue trasladado al ODM 7.c (Hutton, 2012).

⁵⁰ Es importante hacer notar que esa exclusividad de las instalaciones no es exigida por el DHAS, que admite —al menos desde la perspectiva del piso mínimo del derecho— que el servicio sea compartido si asegura disponibilidad y calidad; constituye una etapa intermedia, en relación con la defecación al aire libre, en su realización progresiva. Por el contrario, los ODM no consideran a esta modalidad como una forma de cumplir la meta, incluso cuando el servicio sea accesible sin comprometer la seguridad, tenga un buen mantenimiento y sea higiénico (REyS, 2010b).

La medición en base a esos indicadores tecnológicos lleva a una esquematización susceptible de reparos, en la medida en que implica asumir —a priori y sin admitir prueba en contrario— que una persona que cuenta con una tecnología mejorada accede necesariamente al agua potable y saneamiento, mientras que si no dispone de ella, no⁵¹. Esa presunción centrada exclusivamente en la tecnología utilizada para materializar el acceso omite ponderar los diferentes niveles de servicio que se pueden dar y con ello aspectos decisivos para la efectividad del derecho, tales como la calidad y continuidad del suministro, la accesibilidad física, la asequibilidad de los servicios, entre otras variables. La falta de valoración de esas circunstancias, causada en gran medida por la ausencia de relevamiento de información sobre estos aspectos, produce una falencia en la posibilidad de medir si el acceso resulta consistente con los mandatos propios del DHAS.

Como resultado de lo anterior, si —en vez de considerar exclusivamente la disponibilidad de un sistema mejorado—, se toman en cuenta los componentes del DHAS, el diagnóstico sobre la consecución de la meta 7.c se vuelve mucho menos alentador de lo que expresan las mediciones actuales (REAyS, 2010b)⁵². Los criterios de los ODM no garantizan hoy que el logro de la meta se efectúe asegurando el contenido de ese derecho, según es entendido por el CDESCR. Para que los indicadores de desarrollo sectorial garanticen ese disfrute en los hechos debemos evitar que pueda computarse la disponibilidad física del servicio sin verificar su calidad, asequibilidad o aceptabilidad cultural. De esta forma, los criterios de derechos humanos ofrecen una orientación para formular indicadores más específicos y adecuados al contexto, con el fin de garantizar que los objetivos de desarrollo humano se alcancen y se mantengan en la práctica.

De hecho, el acceso “mejorado” que considera el JMP y el acceso “seguro y adecuado” propio del DHAS muestran importantes diferencias. Este último contempla un conjunto más detallado de condiciones mínimas que deben ser satisfechas, como la proximidad del acceso a la vivienda, el monto diario mínimo que debe estar disponible o la frecuencia y fiabilidad del acceso. Si se toman en cuenta esos parámetros, la población con acceso “seguro y adecuado” al agua potable y al saneamiento en América Latina y el Caribe podría estar alrededor de 15% a 20% menos que la población reportada actualmente con acceso “mejorado” al agua potable, y entre el 20% y 40% con relación al saneamiento, tomando como base los criterios del JMP (McGranahan y Lloyd Owen, 2006).

Es por ello que —desde los ambiguos criterios del Decenio Internacional del Agua Potable y del Saneamiento Ambiental a los tecnológicos de los ODM— los parámetros de medición deben pasar a una tercera etapa que incluya una referencia a los componentes del DHAS, de modo de asegurar niveles de calidad, disponibilidad continua de volúmenes adecuados y accesibilidad de los servicios. La amplitud de factores involucrados en la medición de ese tipo de estándares plantea el reto de mejorar considerablemente los sistemas de monitoreo, fiscalización y recolección de datos, sobre todo a nivel nacional.

2. Dimensión procedimental

a) ODM y rendición de cuentas

¿Cuál ha sido hasta ahora el impacto real de los ODM en América Latina y el Caribe? En materia de agua, comparando el período 1990-2000 con el 2000-2010, se puede observar que con la

⁵¹ Se consideran fuentes mejoradas de agua los siguientes tipos de abastecimiento: agua corriente, fuente pública, pozo perforado o bomba, pozo protegido, fuente protegida o agua de lluvia (GNUD, 2006). Por su parte, los servicios de saneamiento mejorados incluyen las alcantarillas o tanques sépticos, letrinas de sifón y letrinas de pozo sencillas o ventiladas, siempre que no sean públicas.

⁵² El caso de Guatemala es muestra de ello (Lentini, 2010). De acuerdo a los criterios de tecnologías mejoradas, la cobertura en 2002 era del 74% en todo el país. Sin embargo, se estima que solo el 15% del agua abastecida es realmente potable y está tratada de acuerdo a los parámetros que exige la normativa nacional. En cuanto a la continuidad del servicio, el 80% de los sistemas opera intermitentemente entre 6 y 12 horas al día.

adhesión a la meta, en el 73% de los países la expansión de cobertura se desaceleró (44%) o no varió en su velocidad (29%) (Jouravlev, 2012a). Sólo en el 15% de los países la expansión se aceleró, mientras que el 12% mantuvo cobertura universal. En cuanto al saneamiento, desde la adhesión a la meta, el 80% de los países presentaron desaceleración (51%) o igual ritmo de crecimiento (29%), mientras que sólo en el 11% la expansión se aceleró y el 9% continuó con cobertura universal.

¿Cuáles son entonces las consecuencias jurídicas de incumplir la meta 7.c? En el caso del DHAS, hemos visto que todo el sistema de tutela se estructura para lograr que sus titulares cuenten con mecanismos para reclamar el acceso en breve plazo a niveles mínimos del derecho sin discriminación. Por el contrario, los ODM no cuentan con instrumentos para exigir su cumplimiento, sino que sólo generan consecuencias de tipo reputacional.

La presencia de remedios administrativos o judiciales para la exigibilidad del DHAS contrasta con la falta de mecanismos para forzar el logro de los ODM. Las consecuencias en caso de incumplimiento de estos últimos (o incentivos para obtener mejores resultados) vienen determinados en gran medida por la opinión pública, sobre la base del contenido de los procesos periódicos de presentación de informes, pero sin que existan formas de compeler a su acatamiento. Por el contrario, los modelos de protección de los derechos humanos involucran el control de cumplimiento de obligaciones jurídicas específicas y establecen responsabilidades en caso de violaciones (REAYs, 2010b). La nueva meta debería incluir mecanismos que permitan a los afectados exigir a los gobiernos plena rendición de cuentas sobre las acciones concretas adoptadas para su consecución.

b) No sólo fines sino medios

En la formulación de los ODM actuales el eje en las metas implicó dejar de lado el cómo, lo cual constituye una debilidad si se quieren lograr cambios sustentables a largo plazo. Es necesario, por ello, fijar los grandes lineamientos de políticas públicas para alcanzar los objetivos, recurriendo al entramado del DHAS, en especial en lo vinculado a participación genuina, remedios nacionales, lucha contra la corrupción y deberes de las empresas.

Por ello, aún con la heterogeneidad de arreglos institucionales existentes para afrontar los desafíos del sector (Vergès, 2010a y 2010b) y teniendo en cuenta los factores primordiales que inciden en el aseguramiento de un acceso adecuado al servicio (Peña, 2011), la incorporación del DHAS en la etapa post 2015 debería llevar a incluir en el análisis de las estrategias diferentes principios que han sido tratados en este trabajo:

- Los caracteres del servicio público.
- La eficiencia sectorial como correlato del deber de destinar el máximo de recursos (institucionales y financieros) disponibles.
- La participación genuina —libre, efectiva, significativa y no discriminatoria— de los afectados en la formulación y ejecución de las estrategias del sector.
- La tutela efectiva del DHAS mediante remedios administrativos y judiciales, priorizando los niveles básicos de servicio para todos antes de mejorar la situación de aquellos que ya cuentan con cobertura.
- La transparencia.
- El deber de protección en cabeza del Estado como sustento de su capacidad regulatoria.
- El deber de respeto de las empresas, en sus cuatro niveles (véase la página 49).

La combinación de estos estándares puede contribuir a la elaboración de caminos comunes a nivel global para lograr un desarrollo equilibrado de las medidas que el DHAS demanda.

V. Recomendaciones

Dado su rol esencial, y porque sólo pueden cumplir su función si su aplicación está asegurada siempre y para todos, se reconoce a los derechos humanos la condición de universales, inalienables, inderogables e indivisibles. El hecho de incluir al agua potable y saneamiento dentro de esta categoría de derechos implica someter a la actividad de prestación a todo el marco normativo diseñado para satisfacer esos rasgos. El diseño de los objetivos de desarrollo sectorial post 2015 debe dar cuenta de esa circunstancia y retomar el entendimiento que la comunidad internacional asumió en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948: “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”. Ello se logra si aplicamos el entramado jurídico del DHAS tanto para fijar la meta como para diseñar los medios que nos llevarán a ella.

A. ¿Cuál es la aspiración post 2015 en materia de agua potable y saneamiento?

El contenido de la nueva meta debe dar cuenta de los componentes del DHAS en materia de accesibilidad, calidad, asequibilidad y aceptabilidad, y complementarse con las obligaciones básicas y progresivas, conjugadas con los mandatos derivados de la CADH y el PSS y los deberes que los PRs fijan para los gobiernos y el sector privado. Todo ello conduce a fijar al acceso universal a servicios de calidad como la nueva meta post 2015⁵³. A fin de reducir disparidades regionales y sociales, ese

⁵³ En esa línea, los grupos de trabajo del JMP encargados del análisis de las metas post 2015 han propuesto recientemente los siguientes objetivos de acceso universal: eliminación de la defecación al aire libre para 2025; servicios básicos de abastecimiento de agua (fuente exterior mejorada y un máximo de 30 minutos para recolección); saneamiento adecuado (letrina de pozo, alcantarillado o fosa séptica, que no sean compartidos por más de 5 familias o 30 personas) e instalaciones para lavado de manos e higiene menstrual en escuelas y centros de salud para 2030; servicios básicos de agua e instalaciones para lavado de manos en los hogares para 2030; y saneamiento adecuado en los hogares para 2040 (JMP, 2012c). Estas metas se conjugan en la propuesta con un objetivo de reducción de las inequidades en el acceso a los servicios y con los siguientes objetivos parciales para 2040: reducción a la mitad de la proporción de población sin acceso a servicios intermedios de agua en los hogares (fuente mejorada interior con interrupciones de servicio no superiores a 2 días en 2 semanas y con menos de 10 colonias de coliformes por 100 mililitros); y tratamiento seguro de los excrementos (contención, extracción y

objetivo debería idealmente tender a ser desglosado por país, y tal vez por áreas geográficas (por ejemplo, urbanas y rurales) o grupos sociales, más que limitarse a metas globales a nivel mundial.

Como etapa intermedia hacia ese acceso universal a servicios de calidad (Vandemoortele, 2012), la meta debería incluir el compromiso de los Estados de asegurar en un plazo no mayor a 5 años pisos mínimos universales de cobertura en materia de agua potable y saneamiento (Langford, 2010), garantizando la provisión de al menos 20 litros diarios de agua potable por persona y que nadie se vea obligado a la defecación al aire libre o en instalaciones fuera de servicio, recurriendo, por ejemplo, a dispositivos portátiles o a la construcción y mantenimiento de baños compartidos⁵⁴.

Se trata, en definitiva, de que los objetivos de desarrollo sectorial post 2015 contemplen metas consistentes con las dos obligaciones típicas del DHAS:

- la inmediata puesta en marcha de mecanismos que permitan alcanzar en breve plazo el acceso universal a niveles mínimos de acceso al agua potable y saneamiento (meta intermedia); y,
- la adopción de medidas concretas y deliberadas para lograr gradualmente —en el mediano plazo— el acceso universal a servicios que cumplan con todos los componentes del DHAS (meta final).

Los mecanismos de monitoreo, recolección de información y medición deben apuntar a un desarrollo equilibrado entre y dentro de los países, incluyendo como variable a la cooperación internacional a la que manda en el PIDESC.

B. ¿De qué forma es posible alcanzar la nueva meta?

Los medios para alcanzar el nuevo objetivo deben incluir a los siguientes factores:

- mecanismos de participación genuina y remedios eficaces fijados en el PIDESC;
- papel de las autoridades nacionales como ejecutores directos del DHAS en el ámbito doméstico —con énfasis en eficientes políticas tarifarias y de subsidios, así como en la construcción de instituciones regulatorias sólidas y estables—, complementado con el rol de los organismos internacionales de protección de los derechos humanos;
- reglas de transparencia y organización fijadas en la CNUCC; y,
- buenas prácticas esperables del sector público y privado de acuerdo a los PRs.

Para que ese fin sea realizable algo fundamental debe cambiar en el nuevo ciclo: esta vez los objetivos de desarrollo sectorial deben fijarse de modo participativo y respetando los mandatos del destino del máximo de recursos disponibles y cooperación internacional, con lo cual deben ser claramente más ambiciosos que los ODM actuales. La comunidad de países debe analizar y establecer el compromiso de destinar —actuando eficientemente— suficientes recursos que les permitan alcanzar el acceso pleno a instalaciones mejoradas en un lapso razonable. Ello debe constituir un compromiso jurídico sujeto a rendición de cuentas de acuerdo al PIDESC (REAYs, 2011b).

transporte a un punto designado o lugar de tratamiento o su reutilización apropiada) en al menos la mitad de las escuelas, centros de salud y hogares. Por último, se propone como meta atemporal que los servicios de agua potable, saneamiento e higiene sean prestados progresivamente de un modo accesible, con rendición de cuentas y financiera y ambientalmente sostenible.

⁵⁴ Los Sphere Standards, diseñados para lidiar con situaciones de desastre pueden ser una referencia útil a esos fines (The Sphere Project, 2011). Ellos recomiendan que en situaciones de emergencia cada sanitario no se encuentre a más de 50 metros del hogar ni sea destinado al uso de más de 20 personas.

Por una parte, la participación genuina debe ser una premisa de la configuración misma de los objetivos de desarrollo sectorial post 2015 y de sus indicadores. El EBDH implica poner en cuestión diseño de programas “de arriba hacia abajo”, un rasgo presente en la conformación de los actuales ODM (Basilotta y otros, 2011; Langford, 2010). Esa participación servirá para introducir referencias a la equidad y coordinar esta meta con las necesidades de inversión en ámbitos como salud o vivienda, sabiendo que el sector de agua potable y saneamiento tiene buenas posibilidades de obtener un lugar prioritario en el gasto público.

Es importante tener presente que la dedicación de financiamiento para el logro de objetivos sectoriales no depende sólo de prioridades políticas sino que es contingente a que las economías nacionales puedan crecer y generar —a través de salarios e impuestos— recursos suficientes para costear el desarrollo de los servicios (Solanes, 2007). Esto depende a su vez de sanas políticas macroeconómicas y del desempeño de la economía en general.

La eficiencia en la prestación es esencial para satisfacer el DHAS, puesto que al reducir los costos aumenta y mejora la disponibilidad de los servicios (CEPAL, 2009). Por el contrario, cuando los costos se encarecen por la ineficiencia de la prestación, se atenta contra el DHAS. Las ineficiencias más comunes son las pérdidas de economías de escala, la mano de obra redundante, los subsidios generalizados, las tarifas artificialmente bajas, los contratos con influencia indebida, los precios de transferencia, el endeudamiento excesivo y los altos costos de transacción (Solanes, 2007). En este sector, la eficiencia depende fundamentalmente del marco regulatorio, de la institucionalidad de fiscalización y control, de la voluntad política, y de las condiciones del entorno económico, social y cultural del país. De aquí que, la importancia que los gobiernos asignan al DHAS se refleja en la seriedad y prolijidad con que estos abordan la regulación y su institucionalidad.

Por último, para el logro de los pisos mínimos de cobertura, la nueva configuración de las metas debe poner a disposición de los afectados remedios eficaces para obtenerla, sea mediante normas, sentencias judiciales o decisiones administrativas emanadas de las autoridades nacionales que reconozcan y tutelen el DHAS.

En definitiva, el DHAS puede aportar a la construcción de los nuevos objetivos de desarrollo sectorial estándares e indicadores de expansión y desempeño encaminados al logro progresivo del acceso universal y a una cobertura mínima intermedia, todo ello mediante compromisos políticos y presupuestarios acordes con la idea del destino del máximo de recursos disponibles, estrategias para la superación de las disparidades estructurales y sistemas institucionales que aseguren eficiencia en el logro de las metas y hagan responsables a los gobiernos y a las empresas prestadoras.

C. El DHAS y el cambio de paradigma del sector

Concebir al objeto de la actividad de prestación de los servicios de agua potable y saneamiento como un derecho humano generador de obligaciones jurídicas para los Estados permite promover cambios significativos en el modo de entender al sector. Así, la realización del DHAS plantea la necesidad de superar las deficiencias en la gobernabilidad sectorial. Ello tiene dos connotaciones:

- alcanzar y mantener la prioridad política del sector en las agendas nacionales, para lo cual el PIDESC jerarquiza a la inversión en agua potable y saneamiento y a la eficiencia como ejes del cumplimiento de la regla del máximo de recursos disponibles; y,
- fortalecer las instituciones públicas nacionales, aspecto en el cual tanto la participación ciudadana como la lucha contra la corrupción son estratégicas.

Otros factores que inciden en la gobernabilidad son la continuidad de las políticas públicas, a pesar de los cambios de gobierno o el transcurso del tiempo. En este punto, entender a la priorización

del sector como un mandato internacional vinculante para el Estado y no como una decisión que pueda ser variada por un cambio de administración, ayuda a lograr esa trascendencia.

Todo lo dicho muestra que los gobiernos disponen en la actualidad de un cuerpo detallado y concreto de guías para avanzar en políticas sectoriales que permitan un acceso más equitativo a los servicios de abastecimiento de agua potable y saneamiento. Ese marco jurídico les atribuye capacidades y obligaciones claras.

Sin embargo, una de las primeras vías para modificar las situaciones de desprotección en este campo consiste en empezar a tomar el DHAS “en serio” (Dworkin, 1984), incorporándolo concretamente a los cursos cotidianos de acción de los funcionarios públicos y de los actores privados. Antes que nada, la consagración supranacional de este derecho tiene una función decisiva: obliga a incluir en la agenda y el discurso institucional prevaleciente a los intereses de los individuos y grupos más vulnerables de la comunidad y con ello promueve la visibilidad de los desplazados y la incorporación de su voz en los procedimientos gubernamentales de toma de decisiones. Indudablemente, cuando empezamos a concebir a la protección y participación de esas personas como materias jurídicamente exigibles en la construcción de las reglas del sector y no como simples alternativas discrecionales, el sector de agua potable y saneamiento se abre a importantes y prometedores cambios.

Bibliografía

- Abbott, Kenneth y Duncan Snidal (2010), “International Regulation without International Government: Improving International Organization Performance through Orchestration”, *The Review of International Organizations*, volumen 5, número 3, junio.
- Abbott, Kenneth; Robert Keohane; Andrew Moravcsik y Anne-Marie Slaughter (2000), “The Concept of Legalization”, *The Review of International Organizations*, volumen 54.
- ACNUDH (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos) (2007), *Informe sobre el alcance y el contenido de las obligaciones pertinentes en materia de derechos humanos relacionadas con el acceso equitativo al agua potable y el saneamiento que imponen los instrumentos internacionales*, A/HRC/6/3, agosto.
- ADERASA (Asociación de Entes Reguladores de Agua Potable y Saneamiento de las Américas) (2006), *Las tarifas de agua potable y alcantarillado en América Latina*, Banco Mundial.
- Al Jayyousi, Odeh (2007), “Water as a Human Right: Towards Civil Society Globalization”, *International Journal of Water Resources Development*, volumen 23, número 2, junio.
- Alston, Philip (1987), “Out of the Abyss: The Challenges Confronting the New UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights”, *Human Rights Quarterly*, volumen 9, Nº 3, agosto.
- Andrés, Luis; José Guasch; Thomas Haven y Vivien Foster (2010), *El impacto de la participación del sector privado en infraestructura. Luces y sombras en el camino hacia adelante*, Banco Mundial, Washington, D.C.
- Basilotta, Giovanna; Francesca Chianese; Valentina Cinti; Giulia Civitelli; Giulia Cortellesi; Francesca Esposito; Barbara Gallo; Maria Grazia Montella; Elisa Onorati; Rocco Pezzillo; Germana Savino y Rosanna Vignola (2011), *How to incorporate Human Rights and inequality issues in the MDG framework*, Sapienza Università di Roma, Programa de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos (ONU-HABITAT).
- Biswas, Asit y Cecilia Tortajada (2011), *Impacts of Megaconferences on Global Water Development and Management*, Springer Books.
- Bluemel, Erik (2005), “The Implications of Formulating a Human Right to Water”, *Ecology Law Quarterly*, volumen 31, febrero.
- Bohoslavsky, Juan Pablo (2011), *Fomento de la eficiencia en prestadores sanitarios estatales: la nueva empresa estatal abierta*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), LC/W.381, Santiago de Chile.
- _____ (2010), *Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento)*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), LC/W.326, Santiago de Chile.

- Bohoslavsky, Juan Pablo y Juan Bautista Justo (2011), *Protección del derecho humano al agua y arbitrajes de inversión*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), LC/W.375, Santiago de Chile.
- Brocklehurst, Clarissa (ed.) (2002), *New Designs for Water and Sanitation Transactions: Making Private Sector Participation Work for the Poor*, Banco Mundial, Washington, D.C.
- Budds, Jessica y Gordon McGranahan (2003), “Are the Debates on Water Privatization Missing the Point? Experiences from Africa, Asia, and Latin America”, *Environment and Urbanization*, volumen 15, N° 2.
- Bulto, Takele (2011), “The Emergence of the Human Right to Water in International Human Rights Law: Invention or Discovery?”, *Melbourne Journal of International Law*, volumen 12, N° 2.
- CEPAL (Comisión Económica para América Latina y el Caribe) (2009), “Editorial”, *Carta Circular de la Red de Cooperación en la Gestión Integral de Recursos Hídricos para el Desarrollo Sustentable en América Latina y el Caribe*, N° 31, Santiago de Chile.
- CESCR (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas) (2010), *Declaración sobre el Derecho al Saneamiento*, 19 de noviembre de 2010, E/C.12/2010/1.
- CIPDH (Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos) (2006), *Nuevas Normas de Derechos Humanos: Aprendiendo de la Experiencia*, Versoix.
- Clifford, Bob (ed.) (2009), *The International Struggle For New Human Rights*, University of Pennsylvania Press.
- COHRE (Centre on Housing Rights and Evictions), AAAS (American Association for the Advancement of Science), SDC (Swiss Agency for Development and Cooperation) y ONU-HABITAT (Programa de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos) (2007), *Manual on the Right to Water and Sanitation*, Ginebra.
- Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (2005), *Proyecto de Directrices para la Realización del Derecho al Agua Potable y al Saneamiento*, E/CN.4/Sub.2/2005/25, 11 de julio de 2005.
- Del Castillo, Lilian (2009), “Los Foros del Agua de Mar Del Plata a Estambul 1977-2009”, *Documentos de Trabajo*, N° 86, Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales (CARI), agosto.
- DFID (Department for International Development) (2000), *Realising human rights for poor people. Strategies for achieving the international development targets*, Londres, octubre.
- Donnelly, Jack (2007), *International Human Rights*, Westview Press.
- Dworkin, Ronald (1984), *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona.
- Fauconnier, Isabelle (1999), “The Privatization of Residential Water Supply and Sanitation Services: Social Equity Issues in the California and International Contexts”, *Berkeley Planning Journal*, volumen 13.
- Ferro, Gustavo y Emilio Lentini (2012), *Infraestructura y equidad social: Experiencias en agua potable, saneamiento y transporte urbano de pasajeros en América Latina*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), LC/L.3437, Santiago de Chile.
- Filmer-Wilson, Emilie (2005), “The Human Rights-Based Approach to Development: The Right to Water”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, volumen 23, número 2.
- Fukuda-Parr, Sakiko (2008), “Are the MDGs Priority in Development Strategies and Aid Programmes? Only Few Are!”, *Working Paper*, N° 48, International Poverty Centre, octubre.
- Gaay Fortman, Bas de (2006), “An Enquiry into Water Entitlements and Human Rights”, en Jaap de Visser y Christopher Mbazira (eds.), *Water Delivery: Public or Private?*, Utrecht University.
- GNUD (Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo) (2006), *Indicadores para el seguimiento de los objetivos de desarrollo del milenio*, ST/ESA/STAT/SER.F/95, Nueva York.
- Gordillo, Agustín (1998), *Después de la Reforma del Estado*, Fundación de Derecho Administrativo (FDA), Buenos Aires.
- GTZ (Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit) (2009), *The Human Right to Water and Sanitation. Translating Theory into Practice*, diciembre.
- Guerrero, Juan (2012), “En torno al mínimo vital y Bogotá: ¿cómo focalizar bien los subsidios?”, *Razonpublica.com*, 25 de marzo, Fundación Razón Pública, Bogotá.

- Gunatilake, Herath y Mary Jane Carangal-San José, (2008), “Privatization revisited: lessons from private sector participation in water supply and sanitation in developing countries”, *ERD Working Paper Series*, N° 115, Asian Development Bank (ADB).
- Hantke-Domas, Michael (2011), *Control de precios de transferencia en la industria de agua potable y alcantarillado*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), LC/W.377, Santiago de Chile.
- Hantke-Domas, Michael y Andrei Jouravlev (2011), *Lineamientos de política pública para el sector de agua potable y saneamiento*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), LC/W.400, Santiago de Chile.
- Hardberger, Amy (2005), “Life, Liberty, and the Pursuit of Water: Evaluating Water as a Human Right and the Duties and Obligations it Creates”, *Northwestern University Journal of International Human Rights*, volumen 4, N° 2.
- Hassan, Fekri; Martin Reuss; Julie Trottier; Christoph Bernhardt; Aaron T. Wolf; Jennifer Mohamed-Katerere y Pieter van der Zaag (2011), *History and Future of Shared Water Resources*, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), Division of Water Sciences, SC-2003/WS/42, Paris.
- Howard, Guy y Jamie Bartram (2003), *Domestic Water Quantity, Service Level and Health*, Organización Mundial de la Salud (OMS), WHO/SDE/WSH/03.02, Ginebra.
- Hutton, Guy (2012), *Monitoring “Affordability” of water and sanitation services after 2015: Review of global indicator options. A paper submitted to the United Nations Office of the High Commission for Human Rights*, Programa Conjunto de Vigilancia (JMP) del abastecimiento de agua y el saneamiento, marzo.
- Hutton, Guy y Laurence Haller (2004), *Evaluation of the Costs and Benefits of Water and Sanitation Improvements at the Global Level*, Organización Mundial de la Salud (OMS), Ginebra.
- JMP (Programa Conjunto de Vigilancia del abastecimiento de agua y el saneamiento de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF)) (2013), *Data resources and estimates* (<http://www.wssinfo.org>).
- _____ (2012a), *Background Note on MDGs, Non Discrimination and Indicators in water and sanitation*, Working Group on Equity and Non-Discrimination (END).
- _____ (2012b), *Final Report*, Working Group on Equity and Non-Discrimination (END).
- _____ (2012c), *Proposal for consolidated drinking water, sanitation and hygiene targets, indicators and definitions*.
- Jouravlev, Andrei (2012a), *Objetivos de desarrollo del milenio en agua potable y saneamiento: avances, desafíos y retos*, Seminario Internacional “Agua y Vulnerabilidad” (Buenos Aires, Argentina, 11 de julio de 2012), Groupement de Recherche International (GDRI), Centro de Estudios Transdisciplinario del Agua (CETA).
- _____ (2012b), *Formas de corrupción y medidas de su control en la gestión del agua y prestación de servicios*, Curso Taller “Integridad y Responsabilidad Social Empresaria en la Gestión del Agua” (Mendoza, Argentina, 3 al 5 de julio de 2012), Centro de Economía, Legislación y Administración del Agua (CELA), Instituto Nacional del Agua (INA).
- _____ (2004), *Los servicios de agua potable y saneamiento en el umbral del siglo XXI*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), LC/L.2169-P, Santiago de Chile.
- _____ (2003), *Acceso a la información: una tarea pendiente para la regulación latinoamericana*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), LC/L.1954-P, Santiago de Chile.
- _____ (2001), *Administración del agua en América Latina y el Caribe en el umbral del siglo XXI*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), LC/L.1564-P, Santiago de Chile.
- Justo, Juan Bautista (2011), “Los compromisos internacionales en la lucha contra la corrupción y los nuevos intentos de huida del derecho público. Algo cambió en Argentina”, *Revista Jurídica La Ley*, 2011-C-722, Suplemento de Derecho Administrativo, mayo.
- Knox, John (2011), “The Ruggie Rules: Applying Human Rights Law to Corporations”, *Wake Forest University Legal Studies*, Paper N° 1916664, agosto.
- Langford, Malcolm (2010), “A Poverty of Rights: Six Ways to Fix the MDGs”, *IDS Bulletin*, volumen 41, N° 1, enero.

- _____ (2009), *Right to Sanitation in International Law*, A/HRC/12/NI/7, Working Paper, Socio-Economic Rights Programme, Norwegian Centre for Human Rights.
- Larson, Elizabeth (2010), “At the intersection of neoliberal development, scarce resources, and human rights: Enforcing the right to water in South Africa”, *Honors Projects*, Paper 10.
- Lee, Terence y Andrei Jouravlev (1990), *Abastecimiento de agua potable y saneamiento ambiental en América Latina y el Caribe con posterioridad a la Carta de Punta del Este*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), LC/G.1591, Santiago de Chile.
- Lentini, Emilio (2010), *Servicios de agua potable y saneamiento en Guatemala: beneficios potenciales y determinantes de éxito*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), LC/W.335, Santiago de Chile.
- _____ (2008), *Servicios de agua potable y saneamiento: lecciones de experiencias relevantes*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), borrador, Santiago de Chile.
- Maltz, Helio (2005), “Porto Alegre’s Water: Public and for All”, en Belén Balanyá, Brid Brennan, Olivier Hoedeman, Satako Kishimoto y Philipp Terhorst (eds.), *Reclaiming Public Water Achievements, Struggles and Visions from Around the World*, Transnational Institute y Corporate Europe Observatory.
- Marienhoff, Miguel (1996), *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- Marín, Gonzalo (2010), “Coberturas y acceso al abastecimiento y saneamiento” en *Derecho al Agua. Implementación del Derecho Humano al Agua*, Ingeniería Sin Fronteras-Asociación para el Desarrollo y Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) ETXEA.
- McDonald, David y Greg Ruiters (2005), *The Age of Commodity: Water Privatization in Southern Africa*, Earthscan, Londres.
- McGranahan, Gordon y Lloyd Owen, David (2006), *Local water and sanitation companies and the urban poor*, International Institute for Environment and Development (IIED).
- McGraw, George (2011), “Defining and Defending the Right to Water and its Minimum Core: Legal Construction and the Role of National Jurisprudence”, *Loyola University Chicago International Law Review*, volumen 8, número 2, noviembre.
- Mejía, Abel y Jorge Rais (2011), *La infraestructura en el desarrollo integral de América Latina. Diagnóstico estratégico y propuestas para una agenda prioritaria. Agua potable y saneamiento*, Corporación Andina de Fomento (CAF), IDeAL.
- Mejía, Abel; Bernardo Requena; Daniel Rivera; Mauricio Pardón y Jorge Rais (2012), *Agua Potable y Saneamiento en América Latina: Metas Realistas y Soluciones Sostenibles. Propuestas para el 6to Foro Mundial del Agua*, Corporación Andina de Fomento (CAF), Ciudad de Panamá.
- Morgan, Bronwen (2008), “Comparative Regulatory Regimes in Water Service Delivery: Emerging Contours of Global Water Welfarism?”, *CLPE Research Paper*, N° 33/2008, octubre.
- Movilla Pateiro, Laura (2012), “Hacia la realización del Derecho Humano al Agua y al Saneamiento: El Papel de la Relatora Especial”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, N° 23, junio.
- Nelson, Paul (2009), “Local Claims, International Standards and the Human Right to Water”, en Clifford Bob (ed.), *The International Struggle for New Human Rights*, Pennsylvania Studies in Human Rights.
- OHCHR (Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights) (2006), *Frequently Asked Questions on a Human Rights-Based Approach to Development Cooperation*, Ginebra.
- Palmi, Gabriella (2010), “Advancing the Human Right to Water: The Question of Private Sector Participation in the Developing World”, *Electronic Theses, Treatises and Dissertations*, Paper 2344, Florida State University.
- Pardy, Bruce (2011), “The Dark Irony of International Water Rights”, *Pace Environmental Law Review*, volumen 28, número 3, primavera.
- Peña, Humberto (2011), “Social Equity and Integrated Water Resources Management”, *Technical Committee Background Paper Series*, N° 15, Asociación Mundial para el Agua (GWP), julio.
- Pinto, Mauricio; Noelia Torchia y Liber Martin (2011), *El Derecho Humano al agua. Particularidades de su reconocimiento, evolución y ejercicio*, Abeledo Perrot, Buenos Aires.

- PNUD (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo) (2006), *Informe sobre Desarrollo Humano 2006. Más allá de la escasez: Poder, pobreza y la crisis mundial del agua*, Nueva York.
- Pogge, Thomas (2011), *The First UN Millennium Development Goal: A Cause for Celebration?*, Organización Internacional del Trabajo (OIT).
- Prüss-Üstün, Annette; Robert Bos; Fiona Gore y Jamie Bartram (2008), *Safer water, better health. Costs, benefits and sustainability of interventions to protect and promote health*, Organización Mundial de la Salud (OMS), Ginebra.
- REAYs (Relatora Especial sobre el Derecho Humano al Agua y al Saneamiento) (2012), *Informe de la Relatora Especial sobre el derecho humano al agua potable y el saneamiento. Integración de la no discriminación y la igualdad en la agenda para el desarrollo después de 2015 en lo relativo al agua, el saneamiento y la higiene*, A/67/270, agosto.
- _____ (2011a), *Informe de la Relatora Especial sobre el derecho humano al agua potable y el saneamiento. Planes nacionales de acción para la realización de los derechos al agua y al saneamiento*, A/HRC/18/33, julio.
- _____ (2011b), *Informe de la Relatora Especial sobre el derecho humano al agua potable y el saneamiento. Financiamiento para la realización de los derechos al agua y al saneamiento*, A/66/255, agosto.
- _____ (2010a), *Informe de la Experta independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y el saneamiento en los casos de prestación de servicios por actores no estatales*, A/HRC/15/31, junio.
- _____ (2010b), *Informe de la Experta independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y el saneamiento. Los ODM y el derecho al agua y al saneamiento*, A/65/254, agosto.
- _____ (2009), *Informe de la Experta independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y el saneamiento*, A/HRC/12/24, julio.
- Roling, Sandra y Thomas Koenen (2010), *Human Rights Impact Assessments. A tool towards better business accountability*, CSR Europe.
- Rulli, Mariana y Juan Bautista Justo (2012), *Guía de derechos humanos para empresas: proteger, respetar y remediar: todos ganamos*, Flavio Fuertes (coordinador), Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), Red Argentina Pacto Global, Buenos Aires.
- Salman, Salman y Siobhán McInerney-Lankford (2004), “The human right to water: legal and policy dimensions”, *Law, Justice, and Development Series*, Banco Mundial.
- Salzman, James (2005), “Thirst: A Short History of Drinking Water”, *Yale Journal of Law & the Humanities*, volumen 17, N° 3, marzo.
- Schooner, Steven (2002), “Desiderata: Objectives for a System of Government Contract Law”, *Public Procurement Law Review*, volumen 11, mayo.
- SIGEN (Sindicatura General de la Nación) (2002), *Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios (ETOSS). Análisis de contratación de Aguas Argentinas*, Buenos Aires.
- Silva, Gisele; Nicola Tynan y Yesim Yilmaz (1998), “Private Participation in the Water and Sewerage Sector - Recent Trends”, *Public Policy for the Private Sector*, Note N° 147, agosto.
- Skogly, Skigrun (2012), “The Requirement of Using the ‘Maximum of Available Resources’ for Human Rights Realisation: A Question of Quality as Well as Quantity?”, *Human Rights Law Review*, Oxford University, septiembre.
- Soares, Rangel; Marilena Griesinger; Norberto Dachs; Marta Bittner y Sonia Tavares (2002), “Inequidad en el acceso y al uso de servicios de agua potable en América Latina y el Caribe”, *Revista Panamericana de Salud Pública, Número especial sobre factores determinantes de la inequidad en la salud*, volumen 11, números 5/6, mayo/junio.
- Solanes, Miguel (2007), “Experiencia de 15 años”, *Carta Circular de la Red de Cooperación en la Gestión Integral de Recursos Hídricos para el Desarrollo Sustentable en América Latina y el Caribe*, N° 26, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Santiago de Chile.
- _____ (1999), *Servicios públicos y regulación. Consecuencias legales de las fallas de mercado*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), LC/L.1252-P, Santiago de Chile.

- Solanes, Miguel y Andrei Jouravlev (2005), *Integrando economía, legislación y administración en la gestión del agua y sus servicios en América Latina y el Caribe*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), LC/L.2397-P, Santiago de Chile.
- Stålgren, Patrik (2006), “Corruption in the Water Sector: Causes, Consequences and Potential Reform”, *Swedish Water House Policy Brief*, N° 4, Stockholm International Water Institute (SIWI), Estocolmo.
- Stith, Richard (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*, volumen 44, N° 3, primavera.
- The Sphere Project (2011), *Humanitarian Charter and Minimum Standards in Humanitarian Response*, Ginebra.
- TI (Transparency International) (2008), *Global Corruption Report 2008. Corruption in the water sector*, Cambridge University Press.
- Tully, Stephen (2005), “A Human Right to Access Water? A Critique of General Comment N° 15”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, volumen 23, N° 1.
- UNODC (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito) (2006), *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, División para Asuntos de Tratados, Nueva York.
- Vandemoortele, Jan (2012), *Advancing the UN development agenda post-2015: some practical suggestions*, Report submitted to the UN Task Force regarding the post-2015 framework for development, Bélgica, enero.
- _____ (2010), “Taking the MDGs Beyond 2015: Hasten Slowly”, *IDS Bulletin, Special Issue: The MDGs and Beyond*, volumen 41, número 1, enero.
- Varis, Olli (2007), “Right to Water: The Millennium Development Goals and Water in the MENA Region”, *International Journal of Water Resources Development*, volumen 23, N° 2, junio.
- Vergès, Jean-François (2010a), *Servicios de agua potable y alcantarillado: lecciones de las experiencias de Alemania, Francia e Inglaterra*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), LC/W.334, Santiago de Chile.
- _____ (2010b), *Experiencias relevantes de marcos institucionales y contratos en agua potable y alcantarillado*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), LC/W.341, Santiago de Chile.
- Viero, Odete Maria y Andre Passos Cordeiro (2003), *The Case for Public Provisioning in Pôrto Alegre. New Rules, New Roles: Does PSP Benefit the Poor?*, WaterAid y TearFund.
- Vives, Antonio (2007), “Prólogo” en Jorge Ducci, *Salida de operadores privados internacionales de agua en América Latina*, Banco Interamericano de Desarrollo (BID), Washington, D.C.
- WASHCost (2011), *Life-cycle costs approach. For water and sanitation services that last*, International Water and Sanitation Centre (IRC).
- Weber, Max (1964), *Economía y Sociedad*, Fondo de Cultura Económica (FCE), México.
- Williams, Melina (2006), “Privatization and the Human Right to Water: Challenges for the New Century”, *Michigan Journal of International Law*, volumen 28.
- Young, Katharine (2008), “The Minimum Core of Economic and Social Rights, A Concept in Search of Content”, *The Yale Journal of International Law*, volumen 33, N° 1.

Anexos

Anexo 1

El impacto de la CNUCC en el sector de agua potable y saneamiento: prestadores estatales y privados

La CNUCC impone reglas de desempeño imperativas para poner en marcha las estrategias de lucha contra la corrupción en el sector, especialmente la resultante de la distorsión del rol del regulador y de una inadecuada fijación de las reglas de juego en caso de participación privada (como contratos de concesión mal negociados producto de desvíos en los procesos de selección, incorrecta emisión de actos y reglamentos por falta de transparencia, entre otros).

El fortalecimiento del regulador y las garantías de independencia

La regulación efectiva —clave del éxito del DHAS— depende de las capacidades con que cuenten las autoridades para llevar adelante sus funciones. Una de las premisas para que esa capacidad exista pasa por la independencia y la protección, tanto frente a las interferencias políticas como a los intentos de captura de parte de las empresas o grupos de interés (REAyS, 2010a).

La CNUCC exige que los Estados garanticen la existencia de un órgano independiente encargado de prevenir la corrupción mediante la aplicación de políticas coordinadas y eficaces que promuevan la integridad, transparencia y obligación de rendir cuentas. En el campo de los servicios de agua potable y saneamiento, esa directiva implica que:

- La existencia de ese tipo de órgano no es optativa, sino una obligación del Estado. Los gobiernos deben asegurar la efectiva presencia de un órgano de prevención de la corrupción en ese ámbito. No necesariamente debe ser sectorial, pero sí contar con atribuciones para intervenir en esa esfera.
- El órgano anticorrupción debe encontrarse rodeado de garantías de independencia y contar con los recursos materiales y el personal especializado necesario para ejecutar sus funciones de manera efectiva. El factor distintivo de la independencia reside en la ausencia de condicionamientos o influencia indebida de un órgano estatal por otra autoridad gubernamental o bien por un tercero. Para materializar esa directiva deben considerarse: i) el modo de designación de sus miembros, priorizando mecanismos que incluyan más de una voluntad (por ejemplo, el acuerdo legislativo) previa realización de un procedimiento de preselección que asegure los principios de publicidad, concurrencia, igualdad y escrutinio ciudadano; ii) plazo de duración de los cargos, puesto que los funcionarios de control con competencia decisoria deben gozar de inamovilidad en el cargo e intangibilidad de sus remuneraciones; iii) existencia de garantías contra presiones externas mediante procedimientos de remoción fundados en causales de mal desempeño comprobado; y, iv) apariencia de independencia, esto es, la consideración de la percepción de la ciudadanía sobre dicho requisito como un valor digno de tutela en una sociedad democrática. Estos componentes deben orientar el diseño de las reglas de conformación de la autoridad regulatoria sectorial, desechándose el recurso a esquemas discrecionales de nombramiento, mando o remoción.

Por otra parte, la CNUCC recalca la necesidad de adoptar sistemas de convocatoria, contratación, retención, promoción y jubilación de empleados y funcionarios públicos —noción que incluye a los integrantes de empresas públicas— que estén basados en principios de eficiencia y transparencia y en criterios objetivos como el mérito, la equidad y la aptitud. También se enfatiza en esa disposición el deber de incluir procedimientos adecuados de selección y formación de los titulares de cargos públicos que se consideren especialmente vulnerables a la corrupción, así como la existencia de una remuneración adecuada y escalas de sueldo equitativas, teniendo en cuenta el nivel de desarrollo económico del Estado Parte.

La participación privada y los procedimientos de contratación transparentes, competitivos y objetivos

Cuando un gobierno decide involucrar al sector privado en la prestación de los servicios de agua potable y saneamiento —o bien recurrir a él para adquirir bienes o servicios— el diseño, instrumentación y monitoreo de esos acuerdos plantean riesgos de corrupción. Para prevenirlos, la CNUCC obliga a los Estados a establecer sistemas de contratación pública basados en la transparencia, la competencia y en criterios objetivos de adopción de decisiones (Schooner, 2002). Esos sistemas deben prever, entre otros requisitos:

- la difusión pública de información relativa a procedimientos de contratación para promover la concurrencia de oferentes;
- la formulación y publicación previas de las condiciones de participación, incluidos criterios de selección y adjudicación;
- la aplicación de criterios objetivos y predeterminados a fin de facilitar la ulterior verificación de la aplicación correcta de las reglas o procedimientos; y,
- un mecanismo eficaz de examen interno, incluido un adecuado sistema de impugnaciones, para garantizar recursos y soluciones legales en el caso de que no se respeten las reglas o los procedimientos establecidos en la disposición.

La CNUCC impone en forma directa e inmediata a los Estados Parte un deber de adecuación de su derecho interno. Ellos no sólo deben abstenerse de prácticas de cualquier naturaleza incompatibles con esos requerimientos, sino también actuar positivamente para su consecución. Para lograrlo, deben suprimir toda práctica estatal que implique establecer o convalidar sistemas de contratación que no consulten los principios de transparencia, competencia y objetividad (por ejemplo, contrataciones directas como regla (SIGEN, 2002)) so riesgo de incurrir en la invalidez de los vínculos contractuales que celebren. Ello es especialmente relevante frente a los intentos de dispensar a los prestadores estatales de los requerimientos propios de la contratación pública (Justo, 2011).

La captura de los reguladores y la adopción de medidas en materia de conflictos de intereses

Las empresas privadas sujetas a regulación suelen utilizar diferentes formas de influencia sobre las autoridades con el fin de lograr decisiones favorables a sus intereses. Entre ellas se destacan el ofrecimiento de posibilidades laborales futuras (empleo, consultorías, etc.) a los funcionarios de los organismos reguladores y la financiación o apoyo directo o indirecto (a través de accionistas, proveedores o empresas vinculadas) a los candidatos y los partidos políticos que simpatizan con sus ideas (Jouravlev, 2012b).

La CNUCC encomienda a los Estados la adopción de iniciativas para prevenir los conflictos de intereses mediante restricciones temporales a las actividades profesionales de ex funcionarios públicos, en especial a su contratación en el sector privado tras su salida del cargo cuando esas actividades o esa contratación estén directamente relacionadas con las funciones desempeñadas o supervisadas por esos funcionarios gubernamentales durante su actividad pública. De esa forma, la CNUCC ofrece instancias para neutralizar los intentos de captura del regulador mediante ofrecimientos de empleo. Lo mismo sucede con la financiación de candidaturas y partidos políticos, en la medida en que la CNUCC encomienda a los Estados aumentar la transparencia en este campo.

El acceso a la información sobre corrupción y a los datos del prestador

La complejidad del sector de los servicios agua potable y saneamiento conspira contra el acceso a la información por parte de los usuarios y demás interesados. Es fundamental que los datos relacionados

con el desempeño de los actores públicos y privados sean conocidos con amplitud, incluyendo las prácticas de contratación y selección, ofertas en licitaciones, tasas de retorno, conformación y relaciones societarias, indicadores de calidad y demás aspectos del servicio.

Dando cuenta de esa necesidad, la CNUCC obliga a fomentar la participación activa de la sociedad civil en la prevención de las prácticas corruptas. Para ello, los Estados deben, entre otras medidas, aumentar la transparencia y promover la contribución de la ciudadanía a los procesos de adopción de decisiones, garantizando el acceso eficaz del público a la información.

En esa línea, la CNUCC impone puntualmente a los Estados el deber de respetar, promover y proteger la libertad de buscar, recibir, publicar y difundir información relativa a la corrupción y precisa que esa libertad podrá estar sujeta a restricciones puntuales.

Ese tratamiento incorpora a la CNUCC en la tendencia global ya anticipada por el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la CADH. Esas normas receptan el principio de máxima divulgación, que establece la presunción de que toda información en poder del Estado es accesible y le impone no solamente una obligación negativa de abstenerse de toda práctica que tenga por resultado retacear la accesibilidad pública a la información, sino también una positiva consistente en adoptar todas las medidas necesarias para asegurar que este derecho pueda ser ejercido en la práctica por cualquier ciudadano.

Ahora bien, la previsión de la CNUCC parece dar un paso más, pues, a diferencia de otros instrumentos que regulan el tópico de la libertad informativa, no se limita a proteger el acceso y difusión de información pública, sino a toda información sobre corrupción, sin distinciones, incluyendo consecuentemente a la de carácter privado. En todo caso, la propia disposición autoriza la posibilidad de plantear restricciones por ley atendiendo a la protección de la honra o reputación de terceros, permitiendo salvar eventuales reparos sobre la afectación de aspectos como la privacidad.

La amplitud del derecho a la información es importante, pues uno de los principales factores que dificultan la regulación de la prestación de los servicios de agua potable y saneamiento en América Latina y el Caribe es la deficiencia generalizada de los procedimientos de acceso a la información interna de las empresas reguladas (Jouravlev, 2003). Entre los mecanismos de acceso a la información, la contabilidad regulatoria juega un papel preponderante. Si las compañías emprenden actividades no sujetas a regulación, el regulador debe tener acceso a la información relacionada con estas actividades, pues de otro modo, se pueden utilizar los precios de transferencia para evadir la regulación económica y para apoyar las conductas anticompetitivas en los mercados no regulados (Hantke-Domas, 2011). Las mismas consideraciones se aplican a las transacciones con las empresas relacionadas, aunque éstas no estén reguladas. La posibilidad de acceso a toda la información —tanto pública como privada, especialmente en sus negocios con otras firmas— aún por parte de los usuarios, tiene sustento en el amplio alcance del acceso informativo que fija la CNUCC.

En ese sendero, la CNUCC establece que el derecho a la información sobre corrupción se encuentra sujeto a un sistema restringido de excepciones que:

- deben estar previamente fijadas por ley, como medio tendiente a asegurar que aquellas no queden libradas al mero arbitrio del poder público en cada caso; y,
- ser necesarias para garantizar el respeto de los derechos o la reputación de terceros o bien para salvaguardar la seguridad nacional, el orden público, o la salud o la moral públicas⁵⁵.

⁵⁵ Que las restricciones que se impongan deban ser necesarias significa que entre varias opciones para alcanzar el objetivo, debe escogerse aquella que limite en menor escala el derecho protegido de acceso a la información. Al analizar el significado del adjetivo “necesario” utilizado por el Convenio Europeo de Derechos Humanos para calificar a las medidas de restricción posibles, la jurisprudencia constante del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha puesto de resalto que, si bien aquel no es sinónimo de “indispensable”, tampoco tiene la flexibilidad de expresiones tales como “admisible”, “útil”, “razonable” o “deseable”, sino que implica la existencia de una “necesidad social imperiosa” (Caso “*Handyside*” de 1976). Para la delimitación en cada caso de esa necesidad, el

Fuera de estas causales no cabe admitir restricciones al acceso informativo, siendo deber del Estado acreditar en qué supuesto se encuadra cada limitación.

La responsabilidad de las personas jurídicas que intervengan en hechos de corrupción vinculados al DHAS

La CNUCC exige a los Estados el establecimiento de la responsabilidad —civil, penal o administrativa— de las personas jurídicas involucradas en delitos de corrupción.

La exigencia de prever la responsabilidad de las personas jurídicas tiene carácter obligatorio. Con sujeción a los principios jurídicos de cada Estado, la responsabilidad de las personas jurídicas puede ser de índole penal, civil o administrativa. Consecuentemente, el Estado Parte no está obligado a establecer la responsabilidad penal si ello es incompatible con sus principios jurídicos. En esos casos, una responsabilidad de índole civil o administrativa será suficiente para cumplir el requisito.

Lo anterior implica que no cabe admitir disposiciones domésticas que eximan de toda responsabilidad a las personas jurídicas por el obrar ilícito de sus órganos. Las empresas deben ser responsabilizadas al menos civil y administrativamente por la lesión —individual o colectiva— del DHAS (véase la página 37). En este punto adquiere una especial gravitación el fuerte desarrollo de la responsabilidad de las empresas por complicidad corporativa, fincada inicialmente en violaciones a los derechos humanos pero que también posee efectos en relación con los actos de corrupción.

La prevención de la corrupción en el sector privado: la relación entre empresas y la CNUCC

La diversificación de la empresa regulada o su pertenencia a un grupo económico posibilita los subsidios cruzados a través de los precios de transferencia en las transacciones entre firmas relacionadas (Jouravlev, 2003; Hantke-Domas, 2011). Ello ocurre cuando la concesionaria paga precios superiores a los del mercado por los bienes y servicios suministrados por las empresas asociadas o si éstas pagan precios inferiores a los del mercado por los bienes y servicios provistos por la empresa regulada. Los precios de transferencia pueden emplearse para evadir la regulación económica y para apoyar las conductas anticompetitivas de las empresas afiliadas. Esta práctica redundará en mayores utilidades para las actividades no reguladas y mayores costos para los clientes de los servicios regulados.

La CNUCC invita a prevenir la corrupción en el sector privado. Las compras intracorporativas con el fin de aumentar costos y con ello tarifas pueden ser un caso de corrupción en el sector privado, con ramificaciones hacia el público. De tal forma, esta convención brinda base jurídica internacional para invalidar ese tipo de prácticas entre particulares.

Invalidez por corrupción de los actos y contratos vinculados con los servicios de agua potable y saneamiento

Los grandes montos involucrados en las obras de gran escala relacionadas con los servicios de agua potable y saneamiento pueden ser un caldo de cultivo para prácticas corruptas tanto al momento de decidir la orientación de las inversiones y el otorgamiento de créditos internacionales como, y especialmente, durante la selección y ejecución de los contratos. Ello acentúa la necesidad de que las entidades crediticias, las instituciones financieras internacionales y los donantes tomen medidas como parte de sus responsabilidades fiduciarias (Stålgren, 2006). En este sentido, cuando proveen financiamiento e, inclusive, cuando se involucran en procesos de compras y adquisiciones, aquellos

tribunal reconoce a las autoridades internas un cierto margen de apreciación, por entender que —en razón de su contacto directo y continuo con las fuerzas vitales de sus países— son ellas quienes por vía de principio se encuentran en mejor posición para la identificación de los requerimientos que enuncia la norma.

deben garantizar la implementación de mecanismos que generen los incentivos adecuados para que las empresas desistan de involucrarse en actividades corruptas.

La CNUCC exige de un modo genérico que cada Estado adopte medidas para eliminar las consecuencias de los actos de corrupción, previendo que ese vicio conlleve la anulación de contratos y la revocación de concesiones o instrumentos semejantes. De esa forma, esa disposición puede ser el puntapié para el desarrollo de un régimen de nulidades de contratos estatales por violación a las reglas internacionales de formación y ejecución de esos vínculos que, en consonancia con las tendencias predominantes del derecho internacional (Bohoslavsky, 2010), desaliente la complicidad o autoría de las empresas en sobornos y prácticas similares a fin de no exponerse a la cesación de los acuerdos que respaldan sus inversiones.

La garantía de reparación de los daños a los afectados por hechos de corrupción

La CNUCC exige que los Estados Parte adopten las medidas que sean necesarias para garantizar que las entidades o personas perjudicadas como consecuencia de un acto de corrupción tengan derecho a iniciar una acción legal contra los responsables de esos daños a fin de obtener indemnización.

En las notas interpretativas para los documentos oficiales de la negociación de la CNUCC se explica que “la intención de este artículo es establecer el principio de que los Estados Parte deben asegurarse de que disponen de mecanismos que permitan a las personas o entidades que hayan sufrido algún perjuicio entablar un procedimiento judicial, en circunstancias apropiadas, contra quienes cometen actos de corrupción”.

No se exige que se garantice la indemnización o restitución a las víctimas, pero sí deben existir medidas legislativas o de otra índole que prevean procedimientos mediante los cuales pueda procurarse o reclamarse esa indemnización o restitución. Las víctimas —por ejemplo, las personas privadas de acceso al DHAS producto de actos de corrupción en la ejecución de obras o en la prestación de servicios— deben contar con un instrumento normativo que les permita reclamar reparaciones contra los responsables —funcionarios y empresarios— de daños causados por el desvío. Esa acción legal debe satisfacer requisitos de efectividad y accesibilidad. La CNUCC crea de esa forma un remedio reparatorio autónomo e independiente del derecho interno que puede funcionar como un instrumento decisivo para la lucha descentralizada contra la corrupción.

Con esas referencias, la CNUCC impone diseños institucionales en el sector de agua potable y saneamiento que apunten a la transparencia y eficiencia, evitando desvíos que obstaculicen las medidas necesarias para garantizar el DHAS. Esos mandatos internacionales son vinculantes para los Estados Parte.