

# El derecho humano al agua: La justicia como ética alternativa

A propósito del Tribunal Latinoamericano del Agua<sup>1</sup>

Gilbert Armijo<sup>2</sup>

“El agua es el *alma del Planeta Azul*”<sup>3</sup>

1.- Introducción; 2.- ¿Por qué el agua debe protegerse?; 3.- ¿Cuál es la respuesta desde la óptica de los derechos humanos?; 4.- ¿Realmente garantizamos el acceso al agua sin discriminación alguna?; 5.- La privatización en América Latina; 6.- El Tribunal Latinoamericano del Agua (TLA); 7.- ¿Cuál ha sido la respuesta de la justicia constitucional en Costa Rica? 8.- Conclusión.

## Introducción

Cuando abordamos un tema delicado, como lo es el derecho humano al agua, la doctrina suele enfocarlo desde diferentes ángulos normativos. Tenemos, en primer lugar, la perspectiva de la concepción clásica del derecho, donde los bienes que son susceptibles de un disfrute común, encuentran sus raíces en el

---

<sup>1</sup> Artículo publicado en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo: Fundación Honrad Adenauer.

<sup>2</sup> Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Especialista en Ciencias Penales por la Universidad de Costa Rica. Profesor Universitario de la UCR y UNA. Premio “Alberto Brenes Córdoba 1996” por el Colegio de Abogados, Premio “Ulises Odio Santos 1998” por el Poder Judicial. Autor de diversas publicaciones especializadas. Magistrado de la Sala Constitucional.

<sup>3</sup> Declaración Europea por una nueva cultura del agua, (13).  
<http://www.unizar.es/fnca/euwater/docu/declaracioneuropea.pdf> (26/10/2009).

viejo derecho romano que nos hablaba de la “*rei comune omnuim*”<sup>4</sup>. En virtud de la cual, se crea el dogma de que todo lo que este bajo la administración del Estado es de “*dominio público*” y por ende solo sujeto o limitado por la constitución y la ley para satisfacer a los más altos intereses de la ciudadanía<sup>5</sup>. Esta doctrina ha conservado una enorme influencia en el actual derecho público y en particular para los Estados post revolución francesa.

Quizá, sea prudente indicar desde ya, una verdad de perogrullo, pero que tiene una gran trascendencia para comprender nuestro tema: el siglo XX y el XXI, no solo ha sido de un enorme desarrollo científico e intelectual, sino también que se ha caracterizado por la potenciación de los derechos humanos.

Lo anterior, tiene como antecedente, el redescubrimiento de la justicia constitucional a nivel del derecho continental como consecuencia de la caída de las dictaduras europeas después de

---

<sup>4</sup> En este sentido véase el interesante aporte de Demetrio Loperena Rota: “El agua como derecho humano”, en Santiago González-Varas Ibáñez (coordinador): *Nuevo Derecho de Aguas*, Navarra: Editorial Aranzadi, 2007 (81-82).

<sup>5</sup> Jorge Enrique Romero-Pérez: “El agua como bien económico”, en *Revista de Ciencias Jurídicas*, n. 113, San José, mayo-agosto 2007.

la segunda guerra mundial<sup>6</sup>, y nuestro continente no es ajeno al cambio, asistimos a un verdadero replanteamiento de la *vieja justicia constitucional* como consecuencia de la caída de las dictaduras militares.

La *nueva justicia constitucional*, que surge en América Latina en la década de los ochenta y noventa tuvo como primera misión convertir en letra viva nuestras constituciones. Algunos disfrutamos afirmando que las constituciones dejaron de ser meros enunciados programáticos para convertirse en normas jurídicas eficaces y vinculantes<sup>7</sup>.

Igual, argumento sería lícito extrapolar al derecho internacional de los derechos humanos. En nuestro caso, es quizá más que evidente la influencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para que esta afirmación cobre vida, ha sido necesario implementar lo que la doctrina denomina la tercera vía, pues siendo la justicia internacional humanitaria residual, les ha

---

<sup>6</sup> Sobre el tema puede consultarse Jürgen Brand: “La evolución del concepto europeo de Estado de derecho”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, México: Konrad Adenauer, 2006, tomo I (39).

<sup>7</sup> Gilbert Armijo Sancho: “Conflictos entre la Sala Constitucional y la asamblea legislativa”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, México: Konrad Adenauer, 2007, tomo I (21-24).

correspondido a los tribunales y salas constitucionales, convertirse en tribunales de derechos humanos<sup>8</sup>.

## ¿Por qué el agua debe protegerse?

En la actualidad corrientes como las que representan los derechos emergentes, potencian que todos los seres humanos tenemos mayores y mejores derechos que los actualmente reconocidos oficialmente<sup>9</sup>, entre estos el derecho humano al agua<sup>10</sup>.

La sociedad civil, reclama de nuestros tribunales una actividad más proactiva. Resaltan que de nada vale el reconocimiento oficial del derecho al agua, por ejemplo, si no se cuenta con una

---

<sup>8</sup> Sergio García Ramírez: “Presentación”, en Diálogo Jurisprudencial. Derecho internacional de los derechos humanos. Tribunales nacionales. Corte Interamericana de Derechos Humanos, n. 1, México, 2006. En igual sentido, pueden consultarse múltiples sentencias de los tribunales constitucionales latinoamericanos, como el Argentino, Costarricense, el de República Dominicana, el Salvador, solo por mencionar algunos en las ediciones de Diálogo Jurisprudencial. Derecho internacional de los derechos humanos. Tribunales nacionales. Corte Interamericana de Derechos Humanos, n. 1, México, 2006, y n. 2, de 2007.

<sup>9</sup> Sobre el tema puede consultarse Gilbert Armijo Sancho: “Derechos Emergentes en la justicia constitucional” [http://www.poder-judicial.go.cr/salacostitucional/ARTICULOS%20Y%20CONFERENCIAS/Derechos%20Emergentes%20en%20la%20\(Barcelona\).doc](http://www.poder-judicial.go.cr/salacostitucional/ARTICULOS%20Y%20CONFERENCIAS/Derechos%20Emergentes%20en%20la%20(Barcelona).doc) (27/10/2009).

<sup>10</sup> Dicha declaración afirma como postulado básico: “El derecho a la seguridad vital, que supone el derecho de todo ser humano y toda comunidad, para su supervivencia, el *agua potable* y el *saneamiento*, a disponer de energía y de una alimentación básica adecuada, y a no sufrir situaciones de hambre. Toda persona tiene derecho a un suministro eléctrico continuo y suficiente y *al acceso gratuito a agua potable* para satisfacer sus necesidades vitales básicas”. Declaración de los Derechos Humanos Emergentes, en *Institut de Drets Humans de Catalunya* [http://www.idhc.org/esp/1241\\_ddhe.asp#estructura](http://www.idhc.org/esp/1241_ddhe.asp#estructura) (14/09/08), artículo 1, párrafo 1.

instancia judicial que lo torne en efectivo y eficaz; lo anterior significa, que los operadores constitucionales debemos replantearnos que ha cambiado en el siglo XXI, para que estas exigencias se fortalezcan en la forma que lo demanda, por ejemplo, la sociedad civil en la Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes, la Declaración Europea del Agua<sup>11</sup> o la Declaración Latinoamericana del Agua<sup>12</sup>.

Una primera aproximación al tema, esta íntimamente unida al fenómeno económico de la globalización, que conlleva, en principio un cambio de paradigma, en cuanto a la manera que hemos visto el problema del acceso al agua como un recurso natural, casi siempre unido, a la autorregulación de los estados nacionales (que en general prestan el servicio, a través de organismos oficiales). En este sentido, y pese al tiempo transcurrido poco nos diferenciamos del Estado Romano y su

---

<sup>11</sup> Señala, entre otras cosas, bajo el epígrafe “*El agua para la vida*. La función básica de garantizar la supervivencia para los seres humanos debe ser reconocida como una prioridad primordial, un *derecho humano* universal. El ejercicio de este derecho humano y la sostenibilidad de la biosfera deben ser garantizados de forma eficaz” Declaración Europea del agua. Resumen, en <http://www.unizar.es/fnca/euwater/docu/declaracioneuropea.pdf> (26/10/2009)

<sup>12</sup> Es una expresión de la sociedad civil latinoamericana, que tiene como característica el reflejar la insatisfacción por las respuestas oficiales. El artículo primero señala que: “El derecho al agua es un derecho fundamental, inherente a la vida y dignidad humanas. La población de la región latinoamericana es titular del derecho fundamental al agua en adecuada cantidad y calidad”. Así [http://www.tragua.com/declaracion\\_del\\_agua-html](http://www.tragua.com/declaracion_del_agua-html) (26/10/2009)

símbolo de las fuentes públicas para satisfacer la sed de sus ciudadanos.

La preocupación que se oculta tras las demandas de los derechos emergentes y los nuevos movimientos latinoamericanos y europeos, tiene todo que ver con armonizar las tendencias privatizadoras del “agua dulce”.

Sobre este aspecto, y desde una óptica diferente, el derecho económico, sostiene que no hay escasez de agua, lo que existe es una distribución ineficiente del líquido, por ello, no es cierto que se pretenda privatizar un bien común, sino por el contrario de lo que se trata es de implementar nuevas y más eficientes políticas de gestión del recurso hídrico<sup>13</sup>.

Para los que combaten estas nuevas corrientes económicas, el agua es un bien común sometido en la actualidad a un nuevo concepto de propiedad privada.

---

<sup>13</sup> José Esteban Castro: “La construcción de nuevas incertidumbres tecnociencia y la política de la desigualdad: el caso de la gestión de los recursos hídricos”, en *Revista Iberoamericana de Ciencia Tecnología, Sociedad e Innovación*, n. 2/Enero-Abril 2002.

Como se observa, estamos en presencia de dos tesis jurídicas, que tienen una concepción ideológica y filosófica diversa, que podríamos resumir bajo el postulado de si: *el agua dulce es un derecho humano o una mercancía.*

El tercer foro mundial de Kyoto, celebrado en marzo del 2005, fue especialmente relevante en darle un impulso a las nuevas tesis de la globalización. Pues las naciones más industrializadas se negaron a reconocer que el agua es un derecho humano. Tampoco se autorizó al Banco Mundial, para que financiara la infraestructura necesaria para el desarrollo de las fuentes de agua en los países menos desarrollados. El informe *Camdessus*, fue claro en cuanto a la imposibilidad de alcanzar los objetivos de Johannesburgo<sup>14</sup> y se recomendó, por el contrario, que la empresa privada o mixta realicen la inversión que se requiere para llevar al agua a las naciones más pobres, previa privatización del recurso.

---

<sup>14</sup> Declaración de Johannesburgo, adoptada en la Cumbre Mundial del Desarrollo Sostenible de 2002.

Este informe fue criticado por ONG s como “*Amigos de la tierra*”, pues en su criterio los resultados de privatizar el agua, en los países en vía de desarrollo, solo benefician a las grandes compañías y puede fomentar la exclusión de los sectores más pobres que no están en condiciones de pagar el producto al precio del mercado.

Ante la tesis económica de la privatización, se alzan nuevas propuestas, y se retoma el concepto de “*bien o patrimonio común de la humanidad*”. Lo cual implica que el individuo o el Estado, ya no puede ser considerado el dueño de ciertos recursos como el agua, ahora el destinatario del bien lo deben ser todos los ciudadanos del mundo. Desde este punto de vista, la soberanía es un concepto obsoleto que sublima el concepto de propiedad privada del individuo al Estado, y el agua al igual que el aire es un bien común de todos los seres humanos, por ende deducen, que debe estar prohibida su comercialización ya que ello implica necesariamente la exclusión de importantes sectores de la humanidad que no pueden tener acceso al costo del producto.

Desde luego, esta opción puede ser disfuncional, pues bajo este supuesto podrían los países que han descuidado sus recursos naturales (por contaminación, extracción excesiva o negligencia) <sup>15</sup> pretender que le sea facilitado sin costo por los Estados que aún conservan el agua potable en grandes o pequeñas reservas<sup>16</sup>.

Desde una perspectiva diferente, como lo sostiene, el neomalthusianismo sólo se trata de la tragedia de los “*bienes comunes*”, donde la transferencia de derechos de propiedad pública o comunitaria al sector privado, responde al diseño de una política preventiva para el control del riesgo, ante la posibilidad del agotamiento de los recursos naturales (agua, bosques, aire, etc.) <sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> “Durante las últimas décadas han surgido problemas que han puesto en crisis los modelos de gestión de agua predominantes a lo largo del siglo XX. Estos problemas son: la crisis ecológica de los ecosistemas acuáticos; la explotación insostenible de muchos acuíferos; los crecientes problemas en la calidad de los recursos; los problemas de ineficiencia y de irracionalidad económica; problemas de gobernabilidad por falta de transparencia y participación ciudadana”. Declaración Europea por una nueva cultura del agua (17) <http://www.unizar.es/fnca/euwater/docu/declaracioneuropea.pdf> (26/10/2009)

<sup>16</sup> Esta posición encuentra sustento cuando se trata el tema desde la perspectiva de “desequilibrios hidrológicos”. Tesis que es cuestionada por el movimiento europeo de “La Nueva Cultura del Agua”, para estos, el “concepto de *desequilibrio hidrológico*, presentado como una *injusticia de la naturaleza*”, ha inducido un concepto ético de la “*solidaridad*” de las regiones o cuencas ricas en agua hacia las que disponen de menos recursos hídricos. Ese concepto, sin embargo, es empleado a menudo de forma demagógica, en la medida que suele promoverse la transferencia de recursos desde territorios menos desarrollados a otros más ricos, agravando desequilibrios territoriales y sociales” Declaración Europea por una nueva cultura del agua, (25) <http://www.unizar.es/fnca/euwater/docu/declaracioneuropea.pdf> (26/10/2009)

<sup>17</sup> *Ibíd.*, José Esteban Castro.

Ciertamente, tesis tan opuestas, pueden ser el ropaje jurídico de las futuras guerras de la humanidad<sup>18</sup> por el agua<sup>19</sup>. Los estudios actuales nos recuerdan que el mundo tiene 97.5% de agua salada, un 2.5% de agua dulce, de esta un 68.7% se encuentra en los polos, un 30.1% en el subsuelo y solo 0.4% sobre la superficie de la tierra. En Asia, tenemos el 60% de la población mundial y solo tiene el 30 % de toda el agua. En América del Sur tenemos el 6% de la población mundial y el 26% del agua dulce. La Organización Meteorológica Internacional, sostiene que 34 países para el 2025, tendrán serios problemas para el abastecimiento del agua, actualmente en esa situación se encuentran 29 países que presentan una escasez de moderada a severa<sup>20</sup>. El consumo del agua dulce se ha multiplicado seriamente y para el 2030 habrá aumentado un 60%. En la actualidad un africano vive con 30 litros al día, un palestino con

---

<sup>18</sup> En estos días, la noticia ha recorrido el mundo Amnistía internacional reclama a Israel privar de agua a los palestinos. Se afirma que “Israel no deja a los palestinos acceder más que a una fracción de los recursos comunes en agua, que se sitúan sobre todo en Cisjordania ocupada, mientras que las colonias israelíes ilegales reciben cantidades prácticamente ilimitadas”, escribe Amnistía. “Piscinas, céspedes bien regados y vasta explotación agrícolas irrigadas en las colonias contratan con pueblos palestinos vecinos cuyos habitantes deben luchar a diario para garantizar sus necesidades de agua”, agrega el informe. NACIÓN/el mundo, (publicado 2009/10/27). [http://www.nacion.com/In\\_ee/2009/octubre/27/mundo2138048](http://www.nacion.com/In_ee/2009/octubre/27/mundo2138048)

<sup>19</sup> Hans van Ginkel, Subsecretario General de las Naciones Unidas durante el Simposio de Agua de Estocolmo, 13 de agosto de 2001 (Financial Times, 14 de agosto de 2001, p.6).

<sup>20</sup> Puede consultarse sobre el tema: Informe sobre Desarrollo Humano del 2006. *Más allá de la escasez: Poder, pobreza y la crisis mundial del agua*. Elaborado por el Programa de la Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD).

70, un israelí con 260, un norteamericano con 700 y un europeo con 200.

En América latina, 77 millones de personas no tienen acceso al agua potable, pese a la riqueza hídrica del continente<sup>21</sup>. En Centroamérica la disponibilidad del agua disminuyó en un 62% en los últimos cincuenta años. En Costa Rica, tenemos un índice de cobertura del consumo humano del 82%, sin embargo las aguas superficiales presentan algún grado de contaminación: 20% de las aguas residuales, 40% de desechos sólidos industriales, 40% del sector agrícola.

Para otros, desde el derecho económico, el derecho humano al agua, no es ilimitado, es finito, vulnerable y desde luego tiene un coste económico, para su preservación, distribución y tratamiento, para este grupo la discusión quedó zanjada desde la Declaración de Dublín de 1992, donde se admite por primera vez que el

---

<sup>21</sup> Latinoamérica es el continente con la disponibilidad del recurso más alta del mundo, sus 3100 m<sup>3</sup> de agua per cápita por año, duplican el promedio per cápita mundial. La gran mayoría de los países cuentan con disponibilidad catalogadas entre altas y muy altas en razón de la superficie y población, sin embargo, ello no garantiza que éste sea accesible a la totalidad de la población. Situación de los Recursos Hídricos en América Latina. *América Latina: Un continente Rico en Agua*. En [http://www.tragua.com/biblioteca\\_virtual/informacion\\_general/situacion\\_recursos\\_hidricos\\_la.html](http://www.tragua.com/biblioteca_virtual/informacion_general/situacion_recursos_hidricos_la.html) (26/10/2009).

*“agua es un bien económico”*. Esto dio lugar a una serie de disfunciones, que han permitido la privatización del agua en América Latina.

**¿Cuál es la respuesta desde la óptica de los derechos humanos?**

Ciertamente el agua, ha sido reconocido en diferentes instrumentos internacionales como un Derecho Humano, entre estos suelen citarse: el Comentario General N. 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de NNUU (2002), tal pronunciamiento refuerza anteriores consideraciones aparecidas por ejemplo, en La Convención de NNUU para la Eliminación de toda Forma de Discriminación de la Mujer (1979) y La Convención sobre los Derechos del Niño (1989). A nivel ministerial, existen diversas declaraciones como la del Foro Mundial del Agua de Kyoto (2003), la Carta Europea de los Recursos del Agua (2001), la recomendación 1731 de 2006 del Consejo de Europa, que le aseguran al derecho una posición privilegiada. En el sexagésimo cuarto período de sesiones de la Asamblea General de Naciones Unidas, en el tema 48 del

programa, se “reconoce que el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos”<sup>22</sup>.

Para parte de la doctrina, estos acuerdos se ven desde la percepción del “*soft law*”, sin ninguna fuerza vinculante.

En nuestro caso, hemos aceptado que el derecho a acceder al agua dulce, es un derecho humano esencial; para nosotros no es tan importante si es un derecho humano accesorio<sup>23</sup> o principal<sup>24</sup>, lo consideramos innecesario, pues lo que importa es su tutela constitucional. Estamos conscientes, de que no basta con reconocerlo normativamente, sino en tornarlo exigible y eficaz. Por ello, lo comprendemos dentro de una concepción más amplia, bajo nuevos enfoques, donde el ambiente juega un papel

---

<sup>22</sup> Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, No. A/RES/64/292, aprobada en la sesión plenaria No. 108, de 28 de julio de 2010.

<sup>23</sup> En general los tribunales constitucionales latinoamericanos, hemos derivado el derecho humano al agua de otros derechos fundamentales, por ejemplo el suministro de agua apta para el consumo humano y del servicio de alcantarillado que lo permita, se han desprendido en el caso colombiano de lo que denominan “el núcleo esencial del derecho a la vida en condiciones dignas”. En esa línea, entonces, la Corte ha dicho que el derecho al agua puede protegerse por medio de la acción de tutela cuando contribuye a la vida, la salud y salubridad de las personas, pero no lo es cuando está destinada a otras actividades, tales como la explotación agropecuaria o a terrenos deshabitados. Así Sentencia T-888 de 2008. Marco Gerardo Monroy Cabra, puede consultarse de la Corte Colombiana Sentencia T-381/09.

<sup>24</sup> Sobre el tema véase en España: Andrés Ollero: “La suave rigidez constitucional: derechos que no son derechos. A propósito de la STC 247/2007 de 12 de diciembre”, en *Fundación para el análisis y los estudios sociales (Faes)*, julio/setiembre, 2008.

esencial, de lo que denominamos un “*enfoque eco sistémico*”, pues el agua, no puede ser vista aisladamente de los demás recursos, los bosques, los suelos, en síntesis del ecosistema. El agua no solo debe satisfacer la sed, sino mantener la biodiversidad, los caudales mínimos de agua en los ríos, el mantenimiento de los humedales, todo ello de conformidad con lo pactado en la Convención de Ramsar.

En nuestro medio, hemos admitido que los instrumentos internacionales sobre derechos humanos e incluso las recomendaciones del orden de la Observación General N. 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de NNUU (2002), tienen un valor vinculante, incluso en algunos supuestos supraconstitucional en el tanto y en el cuanto le otorguen a los ciudadanos mayores derechos que los que brinda nuestra constitución.

De ahí la importancia del pronunciamiento como un instrumento operativo más, pues reafirma lo que el Comité había ya reconocido en la Observación General N. 6 (1995), aunque referido a las personas de la tercera edad, de que el agua es un

*“derecho humano”* amparado por el párrafo 1 del artículo 11 del Pacto<sup>25</sup>. Esta tesis es desarrollada con mayor amplitud y precisión en la Observación general N. 15, que no solo reafirma que el *“agua es un derecho humano”*, sino que le impone a los Estados partes obligaciones y mínimos de cumplimiento inmediato y no progresivo. Se define el derecho al agua como la condición mínima para asegurar la existencia del ser humano. Señala que el derecho humano al agua es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, accesible y asequible para el uso personal y doméstico.

El Comité resalta que los Estados tienen una serie de obligaciones, entre estas: garantizar un mínimo de agua potable a toda su población, lo que conlleva la interdicción de cualquier forma de discriminación para los sectores más vulnerables o marginados. Para estos sectores, el acceso al agua debe llevarse a cabo imponiendo tarifas más bajas y accesibles. Por ello, es indispensable que los Estados cuenten con un plan nacional sobre el agua. Este tema es retomado por las Reglas de Berlín de 2004, sobre recursos hídricos, donde se reafirma la obligación

---

<sup>25</sup> Véanse los párrafos 5 y 32 de la Observación General N. 6 (1995) del Comité, relativa a los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores,

del Estado de garantizar a través de políticas públicas, el acceso de los más necesitados al agua.

La doctrina de los derechos humanos emergentes suele sostener, que el derecho al agua, es un derecho transversal, porque sin agua no hay vida, sin vida no hay dignidad, lo que nos puede llevar a una amplia escalera de derechos interrelacionados, como por ejemplo; el derecho a la salud física y mental, el derecho a la alimentación, el derecho al medio ambiente adecuado, y porque no al derecho a la paz.

La tesis aunque parece novedosa, podría encontrar sustento en el párrafo 6 de la observación N. 15. Y esto tiene importancia, porque la mayoría de las salas y tribunales constitucionales, lo analizamos como un derecho derivado, de otros derechos humanos, pero no como un derecho humano transversal, que nos permita resolver los conflictos constitucionales que afectan a los más necesitados.

Lo anterior, nos brinda una nueva perspectiva para valorar los casos de discriminación y la desigualdad. La Observación general

desarrolla este tema desde la “*discriminación de facto*” por no asignación de recursos para llevar el agua a los sectores más pobres. En ella señala que: “... las inversiones no deben redundar de manera desproporcionada en beneficio de los servicios e instalaciones de suministro de agua que suelen ser accesibles únicamente a una pequeña fracción privilegiada de la población; esos recursos deben invertirse más bien en servicios e instalaciones que redunden en beneficio de un sector más amplio de la población”<sup>26</sup>.

Debemos recordar que la Observación general n.15, tiene como base que el Comité ha constatado que tanto en los países en desarrollo como en los desarrollados se deniega, injustificadamente a los ciudadanos el derecho al agua, y nos recuerda que “los Estados deben adoptar las medidas eficaces para hacer efectivo el derecho al agua sin discriminación alguna”<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> Véase párrafo 14 de la Observación General N. 15 (2002) del Comité, relativa a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

<sup>27</sup> Véase párrafo 1 de la Observación General N. 15 (2002) del Comité, relativa a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

La tarea solo puede lograrse si los Estados tienen obligaciones de cumplimiento inmediato y no supeditadas a un desarrollo progresivo. Desde luego siempre existirá temas que son de desarrollo progresivo, pero el Comité confirma que los Estados Partes tienen la obligación fundamental de asegurar como mínimo la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos enunciados en el Pacto. A juicio del Comité, pueden identificarse al menos algunas obligaciones básicas en relación con el derecho al agua, que tienen efecto inmediato, entre estas señala que los Estados tienen la obligación de:

“a) Garantizar el acceso a la cantidad esencial mínima de agua suficiente y apta para el uso personal y doméstico y prevenir enfermedades; b) Asegurar el derecho de acceso al agua y las instalaciones y servicios de agua sobre una base no discriminatoria, en especial a los grupos vulnerables o marginados; c) Garantizar el acceso físico a instalaciones o servicios de agua que proporcionen un suministro suficiente y regular de agua dulce 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; d) Velar por que no se vea amenazada la seguridad personal cuando las personas tengan que acudir a obtener agua; e) Velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones y servicios de agua disponible; f) Adoptar y aplicar una estrategia y un plan e acción nacional sobre el agua para toda la población; la estrategia y el plan de acción deberán de ser elaborados y periódicamente revisados en base a un proceso participativo y transparente; deberán prever métodos, como el establecimiento de indicadores y niveles de referencia que permitan seguir de cerca los progresos realizados; el proceso mediante el cual se conciben la estrategia y el plan de acción, así como el contenido de ambos, deberán prestar especial atención a todos los grupos vulnerables o marginados; i) Adoptar medidas para prevenir, tratar y controlar las enfermedades asociadas al agua, en particular velando por el acceso a unos servicios de saneamiento adecuados”<sup>28</sup>.

Lo anterior implica que para todos los países suscriptores del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y

---

<sup>28</sup> Ver párrafo 37 de la Observación General N. 15 (2002) del Comité, relativa a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Culturales, dichas pautas son vinculantes, obligatorias y cualquier persona o grupo de personas que haya sido víctima de una violación del derecho al agua esta legitimada para acudir a los tribunales nacionales e internacionales para que les sean restaurados sus derechos<sup>29</sup>. Estos tribunales cuando juzguen los casos de violaciones del derecho al agua, o por lo menos de las obligaciones fundamentales, deben hacerlo invocando directamente el Pacto<sup>30</sup>. Se nos recuerda, los tribunales nacionales, que tenemos la obligación de conceder una indemnización adecuada a las víctimas, que “podrán consistir en restitución, indemnización, satisfacción o garantía de que no se repetirán los hechos”<sup>31</sup>

**¿Realmente garantizamos el acceso al agua sin discriminación alguna?**

---

<sup>29</sup> Ver párrafo 55 de la Observación General N. 15 (2002) del Comité, relativa a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales

<sup>30</sup> Ver párrafo 57 de la Observación General N. 15 (2002) del Comité, relativa a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales

<sup>31</sup> Ver párrafo 55 de la Observación General N. 15 (2002) del Comité, relativa a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales

El cuestionamiento debería llevarnos a reflexionar, a los operadores de la justicia constitucional latinoamericana, sobre las desigualdades que golpean a nuestros pueblos y sobre todo, lo que podemos hacer para que nuestros ciudadanos tengan acceso real al agua potable.

Nuestras realidades, nos demuestran, que en la mayoría de los Estados el agua está mal distribuida, casi siempre, en nuestras sociedades de América Latina, existen zonas satisfechas y grandes zonas marginales, y por ende seres humanos que no tienen acceso al recurso. Estos amplios sectores afectan a gran cantidad de seres humanos excluidos por el lugar de nacimiento y por la falta de recursos económicos. Casi se podría afirmar, que la discriminación en relación al acceso al agua, se convierte en uno de los criterios fundamentales para analizar la justicia social de nuestros Estados.

En nuestros países, cuando se trata de la gestión del agua, suele referirse al sector que la disfruta como “consumidores” o “usuarios”, sin embargo, existen amplios sectores de la población que no cuentan con acceso a las redes formales de

distribución. Estos últimos, no potenciales clientes suelen engrosar las estadísticas de los tribunales o salas constitucionales solicitando amparo o tutela, reclamado el agua como un derecho y por ende, no solo pretenden ser escuchados, sino que se les de la razón y se condene a las compañías de agua y de drenaje sanitario para que ellos también puedan tener acceso al servicio que prestan.

¿Por qué grandes sectores de nuestras poblaciones carecen del acceso a los servicios básicos del agua? Las respuestas, son tantas como nuestras realidades, para unos los factores socio-políticos y económicos son los que determinan quién accede al agua y quién no. Para otros, es un problema de escasez o abundancia del preciado líquido. En otras situaciones, el vivir en zonas rurales o urbanas marca la diferencia. Pero aún, para aquellos que tienen la ventaja de tener su hogar en zonas donde existen redes de distribución, no están exentos de tener problemas de acceso y de nuevo el factor socio-económico, marca la gran diferencia entre los que son propietarios y los que no lo son<sup>32</sup>. El derecho ordinario, se ha encargado de establecer

---

<sup>32</sup> Es un hecho bien documentado que inclusive donde existe suficiente agua, grandes cantidades de seres humanos no logran tener acceso al mínimo necesario para una sobre vivencia digna. Para Amartya Sen esto

requisitos formales, para el acceso a los servicios públicos, agua, luz, teléfono. En consecuencia, aquellos que viven en las zonas pobres de nuestras pequeñas o grandes ciudades y habitan en precarios, tienen, en muchos casos dificultades para acreditar un título de propiedad y por ende el servicio oficial no les es prestado, estos últimos descubren con insatisfacción, que el reconocimiento formal del derecho al agua no necesariamente garantiza un acceso regular a dicho recurso<sup>33</sup>.

En el criterio del profesor de la Universidad de Oxford José Esteban Castro, desde la estructura formal del sistema solo existen los problemas técnicos, y “el carácter social de la gestión del agua permanece inobservable y los factores críticos que subyacen a la emergencia de los *“conflictos por el agua”* son ignorados o, en el mejor de los casos, reducidos a sus determinaciones físico-naturales y técnicas”<sup>34</sup>. En otras palabras el tema es invisible.

---

acontece porque una cantidad de la población es incapaz de reclamar sus derechos o de lo que el denomina el “problema de adquirir”. Amartya Sen: “Food, economics, and entitlements”, en J. Dreze y A. Sen (eds.), en *The Political Economy of Hunger*, Oxford: Clarendon Press, 1990 (34-52).

<sup>33</sup> P.H. Gleick: “Water conflict chronology”, en Oakland. Pacific Institute for Studies in Development, *Environment and Security*, 2000 (a). En igual sentido R. Petrella: *The Water Manifesto. Arguments for a World Water Contract*, Londres y Nueva York: Zed Books, 2001.

<sup>34</sup> José Esteban Castro: “La construcción de nuevas incertidumbres tecnociencia y la política de la desigualdad: el caso de la gestión de los recursos hídricos”, en *Revista Iberoamericana de Ciencia Tecnología, Sociedad e Innovación*, n. 2/Enero-Abril 2002.

Para aquellos que propugnan por la vigencia de los derechos emergentes, la situación interna de los Estados es la misma del ámbito internacional, en este momento 1.100 millones de personas tienen problemas para acceder al agua y 2.400 millones no pueden sanear las aguas residuales<sup>35</sup>.

## **La privatización en América Latina**

Para los técnicos de Ingeniería sin Fronteras (ISF) Lluís Basteiro y Ana Gris<sup>36</sup>, la tesis de que el agua es un bien económico, conlleva un poderoso cambio de paradigma, que sobre todo cuestiona al sector público de los países subdesarrollados como administradores de los sistemas de suministro de agua.

*¿Cómo llegamos a este punto?* En los ochenta el Consenso de Washington, establece que el sector público debe recortar el gasto y darle mayor participación al sector privado en los

---

<sup>35</sup> Declaración Europea por una nueva cultura del agua, (11).  
<http://www.unizar.es/fnca/euwater/docu/declaracioneuropea.pdf> (26/10/2009)

<sup>36</sup> Lluís Basteiro y Ana Gris: *El proceso de la mercantilización de la gestión del agua. Fracasos y alternativas*, en El Derecho Humano al agua potable y al saneamiento. Barcelona, 2007.

servicios del agua y el saneamiento. Los Programas de Ajuste Estructural (PAE), impulsados por el FMI apuntan en idéntica dirección<sup>37</sup>. En 1992, se concreta un principio esencial, que señala que *“el agua tiene un valor económico aplicable a todos sus usos, y tiene que ser reconocido como un bien económico”*<sup>38</sup>. Este principio fue recibido por la banca mundial como un espaldarazo para condicionar el crédito externo en los países en desarrollo a la apertura del agua a alguna forma de privatización<sup>39</sup>. Criterio que ha sido potenciado por el Foro Mundial del Agua, que tiene entre sus principales actividades el financiamiento del sector privado agua en los países subdesarrollados.

*¿Cuáles han sido los resultados de esta política económica en América Latina?* Las grandes compañías ingresan bajo la figura de la concesión de obra pública o bajo la formula del consorcio público-privado. Generalmente asumen la infraestructura y las deudas nacionales. Ofrecen tarifas más ajustadas y servicios más

---

<sup>37</sup> Sara Grusky: “IMF Forces Water Privatization on Poor Countries”, en *Globalization Challenge Initiative*, 2001.

<sup>38</sup> Conferencia Internacional sobre el Agua de Dublín, 1992.

<sup>39</sup> Ver World bank and Center for Public Integrity Analysis. El BID en el “período de 1993-2005 condicionó el 66% de sus créditos a en el sector agua a la promoción de la participación privada” así Sedientos: El BID y las políticas sobre el agua, en *A Food and Water Watch*, 2007.

eficientes, y en principio el estado se libera de los altos costos de mantener servicios denominados “*deficitarios*”. Lo cierto del caso, es que la propuesta fue un espejismo y un absoluto fracaso que llevó a la rescisión de múltiples contratos, por ejemplo, en Buenos Aires y Cochabamba.

En efecto, el descontento de los usuarios degenera en una alta tasa de morosidad, pues se niegan a cancelar los exagerados precios del servicio que les prestan, ante la ineficiencia de las compañías privadas<sup>40</sup>. Estas, por su parte, descubren que las ganancias no se corresponden con las expectativas iniciales<sup>41</sup> y las salidas no se hacen esperar como ocurrió en el 2001 en Bolivia<sup>42</sup>. En Argentina se otorgaron 9 contratos privados y cesaron 7. De estos 6 volvieron al sector público. En Uruguay se suscribieron 3 contratos privados del agua y 3 cesaron y fueron asumidos nuevamente por el sector público. En Venezuela se dieron 3 e igual número, años después, cesaron y regresaron al Estado<sup>43</sup>.

---

<sup>40</sup> El PNUD, en su informe de 2006, señala que los operadores privados son un 20% más caro que los públicos.

<sup>41</sup> *Espejismos en el agua. El fracaso de las inversiones privadas en el servicio de agua de países en desarrollo*. PSI y World Development Movement, 2006.

<sup>42</sup> Lo que la doctrina hoy conoce como la guerra del agua de Cochabamba, dio como resultado la expulsión de los operadores españoles de Bolivia.

<sup>43</sup> *Ibíd.* Lluís Basteiro y Ana Gris (81).

La salida de las grandes compañías privadas del agua, tuvo un alto costo para los países de la región. A estos les quedan pesadas cargas crediticias y además porque las compañías han acudido a demandar a los Estados ante el CIADI, para que les sean reconocidas compensaciones económicas por la interrupción de los contratos.

Actualmente se han fallado varias demandas en el caso de Tucumán, donde se reclamo una indemnización de \$375 millones, la sentencia le otorgo a la compañía Vivendi la suma de \$105 millones como indemnización. En la concesión de la Provincia de Buenos Aires, la compañía Azurix demando a la ciudad por una suma de \$400 millones y recibió \$165 millones. Otras compañías también demandaron a la ciudad de Buenos Aires, por un monto de \$1.700 millones, el caso todavía no ha sido resuelto, pero por los antecedentes posiblemente el costo sea alto para la ciudad<sup>44</sup>. En consecuencia, la experiencia privatizadora para nuestro continente ha sido desfavorable para el ciudadano y el Estado.

---

<sup>44</sup> Ídem Lluís Basteiro y Ana Gris (86).

## El Tribunal Latinoamericano del Agua (TLA)

Las concesiones a compañías privadas del agua, es solo una de la facetas que presenta la competencia por el agua dulce. En otros casos, la minería a cielo abierto tiene una serie de efectos residuales que se traducen en una reducción drástica del recurso hídrico, la exposición a metales pesados y residuos cianurados afectan a poblaciones cercanas a la explotación minera<sup>45</sup>.

La insuficiencia de respuesta a las necesidades de esas personas, da lugar al nacimiento de una instancia alternativa de justicia ambiental: el Tribunal Latinoamericano del Agua<sup>46</sup>. Al igual, que ocurre con los Derechos Humanos Emergentes, este tribunal nace como una necesidad de la sociedad civil, en busca de opciones que tutelen sus derechos básicos de acceso al agua

---

<sup>45</sup> “Muchas compañías, que en sus países de origen evitan realizar vertidos contaminantes sobre ríos o acuíferos, se sienten libres de hacerlo en estos países en desarrollo, practicando lo que se conoce como “*dumping socio-ambiental*”... En los países en desarrollo, donde la fragilidad social y sanitaria es mayor, la salud y la vida de las comunidades dependen de forma más directa del buen estado de los ecosistemas acuáticos. Por ello, la *sostenibilidad* de los ecosistemas es en estos casos más preciosa y necesaria”. Declaración Europea por una nueva cultura del agua, (31-32).

<http://www.unizar.es/fnca/euwater/docu/declaracioneuropea.pdf> (26/10/2009)

<sup>46</sup> Debe recordarse que la Observación general n. 15, no sólo potencia sino que permite los Estados Partes alienten y fomenten la existencia no sólo de jueces, sino también de los *árbitros y demás jurisconsultos* a que en el desempeño de sus funciones, presten mayor atención a las violaciones del derecho al agua. Ver párrafos 58-59 de la Observación General N. 15 (2002) del Comité, relativa a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

en condiciones apropiadas, quizá, los tribunales y salas constitucionales deberíamos analizar en que estamos fallando para que nuestra gente tenga que acudir ante un órgano “sui generis” desde la óptica del derecho constitucional clásico.

¿Será acaso que damos una respuesta eficiente frente a los pequeños caso y otra diferente ante los grandes intereses multinacionales? Lo cierto es que la realidad fáctica nos confronta con un tribunal ético, que funciona desde 1998, primero bajo el nombre de Tribunal Centroamericano del Agua, que luego amplia su competencia y pasa a denominarse Tribunal Internacional del Agua<sup>47</sup>. Este tribunal ha dirimido una amplia gama de controversias en América Latina.

Ha declarado con lugar el 20% de los asuntos que le han sido sometidos a conocimiento. Realiza sus audiencias en diferentes países, así por ejemplo en México, Distrito Federal (2006), otra en Guadalajara (2007), en Guatemala (2008), y la última en Turquía (2009).

---

<sup>47</sup> Actualmente amplió su competencia cambiando su nombre a Tribunal Internacional del Agua (2009).

Utiliza como parámetros de interpretación los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y criterios científicos y técnicos<sup>48</sup>. Tiene como característica que no tiene jueces fijos, sino que funciona bajo el concepto de jurados que son invitados a participar en las audiencias del TLA, por lo general, personas de gran solvencia científica y moral en sus respectivos países<sup>49</sup>.

Solo a modo de ejemplo, mencionamos dos de los casos que han sido resueltos hasta el momento.

El primero de ellos, es el de la “Explotación minera a cielo abierto en Cajamarca: República de Perú<sup>50</sup>. La Empresa Minera Yanacocha S.R.L, fue demanda por la Alcaldía de Huambocancha baja y sus comunidades campesinas. Denuncian que la mina se extiende por cientos de hectáreas en cabecera de

---

<sup>48</sup> Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Naciones Unidas; Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, arts. 5, 11 y 12 e Observación General #15, Carta Mundial de la Naturaleza (1982), Declaración de la Haya sobre Medio Ambiente (1989), Carta de la Tierra (1992), Tratado de Agua Dulce (1992), Declaración del Milenio (2000), Declaración Latinoamérica del Agua (2006), entre otros.

<sup>49</sup> La Audiencia del 2008, estuvo Presidida por el francés Dr. Philippe Texier, magistrado de la Corte de Justicia de Francia y presidente del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas; por Brasil: Dr. Aleixandre Camanho de Asis, investigador, magistrado y procurador regional de Brasil; México: Dr. David Barkin, premio nacional de economía de México y connotado investigador, Costa Rica: Alejandro Swaby, indígena bribri de Costa Rica que se desempeñó como presidente de la Asociación de Desarrollo de Salamanca y como profundo conocedor de la cultura ancestral de su pueblo, también fueron llamados jurados de Guatemala, Cuba, Panamá. Ver [www.tragua.com](http://www.tragua.com)

<sup>50</sup> Caso: Explotación minera a cielo abierto en Cajamarca: República de Perú. Veredicto de la Audiencia Pública Regional, México Tribunal Latinoamericano del Agua, Marzo 2006.

varias cuencas hídricas, donde se removió la vegetación, se realizaron excavaciones, incluyendo tanques para la lixiviación del oro por medio del cianuro, la explotación de la mina provocó impactos considerables en la cantidad y calidad del agua, afectando directamente a la población residente. Sostienen que la empresa minera aceptó su responsabilidad, e indicó estar dispuesta a tomar medidas orientadas a solucionar el conflicto y compensar a los perjudicados.

La sentencia utiliza como parámetro de interpretación, el derecho humano al agua potable en adecuada cantidad y calidad, sostiene que este es un derecho humano fundamental cuyo ejercicio pleno debe ser garantizado por el Estado.

Tiene por cierto que, en el caso concreto, las autoridades públicas representadas por los Ministerios de Energía y Minas y de Salud no realizaron los controles apropiados para asegurar la salud de la población, pues fueron permisivos con la empresa, en diversas ocasiones, otorgándose autorizaciones en situaciones de riesgo comprobado. Razón por la cual se condena a la compañía minera y al Estado Peruano, a suspender de manera inmediata

todas las actividades susceptibles de provocar daños en el ambiente e impactos negativos en la población.

Entre las recomendaciones finales, se potencia el establecimiento de una mesa de diálogo con todas las partes afectadas, que permita establecer un entendimiento orientado a la protección de la población afectada.

En el caso de la explotación minera a cielo abierto de la mina San Xavier<sup>51</sup>, esta se lleva a cabo por una compañía minera canadiense Metallica Resources Inc (Minera San Xavier S.A. de C.V.). La cual inicia los trabajos de exploración sin los permisos respectivos, ni las obligadas consultas a la comunidad. La mina se encuentra en la zona de recarga de un manto acuífero, que se ve seriamente afectado la extracción del material cianurado. El Tribunal tiene por acreditado, que la complejidad del sistema normativo ambiental, propicia que la compañía minera pueda eludir los controles medioambientales. Tal es así que la actividad minera ha continuado pese a una sentencia del Tribunal Federal

---

<sup>51</sup> Caso: Explotación minera a cielo abierto de la mina San Javier. Municipio de Cerro de San Pedro, Estado de San Luis Potosí. República Mexicana. Veredicto de la Audiencia Pública Regional, Guadalajara, México Tribunal Latinoamericano del Agua, Marzo 2007.

de Justicia Fiscal y Administrativa, que anuló, en última instancia, el permiso en materia de impacto ambiental otorgado a la empresa. También se tiene como un hecho acreditado que la empresa ha aceptado que produce contaminación tanto de aguas superficiales como subterráneas en la zona de impacto. Por ello, se resuelve en contra de la empresa y se condena al Estado por su inercia. Llama la atención, que el Tribunal, decide poner en conocimiento del Gobierno del Estado del Canadá el veredicto, “...con el objeto de que se promuevan mecanismos de vigilancia, indemnización y reparación de los daños causados por las empresas mineras canadienses que realicen actividades en el extranjero”<sup>52</sup>. Además, recomienda paralizar el funcionamiento de la empresa Minera San Xavier en Cerro San Pedro, en cumplimiento de los decretos de veda y establecer mecanismos de indemnización por los impactos causados en los sistemas hídricos y el ambiente en general, así como por los posibles daños a la salud de la población<sup>53</sup>.

---

<sup>52</sup> Caso: Explotación minera a cielo abierto de la mina San Javier. Municipio de Cerro de San Pedro, Estado de San Luis Potosí. República Mexicana. Veredicto de la Audiencia Pública Regional, Guadalajara, México Tribunal Latinoamericano del Agua, Marzo 2007; Resuelve, punto 2.

<sup>53</sup> Caso: Explotación minera a cielo abierto de la mina San Javier. Municipio de Cerro de San Pedro, Estado de San Luis Potosí. República Mexicana. Veredicto de la Audiencia Pública Regional, Guadalajara, México Tribunal Latinoamericano del Agua, Marzo 2007; Recomendaciones, punto 1-4.

Estos casos evidencian que normalmente la protección ambiental del agua, riñe con poderosos intereses de la industria, y casi todos ellos tienen en común que no son resueltos por las instancias oficiales del Estado. Ante este panorama la respuesta de la sociedad civil ha sido la creación de una instancia ética, figura que guardando las distancias se asemeja a la creación del defensor del pueblo, quién a pesar de no contar con un criterio jurídico vinculante su fuerza radica en resolver los casos con criterios éticos y jurídicos de gran respeto y siempre en protección de los ciudadanos del Estado que representa.

Solo a modo de muestra, es interesante lo resuelto en el caso de los Estados de Guatemala, El Salvador y Nicaragua, el Tribunal después de analizar lo expuesto de viva voz por los actores, tuvo por ciertos los hechos acusados y resuelve:

“1.- Censurar moralmente los gobiernos de Guatemala, El Salvador y Nicaragua, por favorecer los intereses de compañías transnacionales en detrimento de los derechos e intereses de sus ciudadanos y su bienestar.

2.- Exhortar a los Ministerios de Ambiente de Guatemala, El Salvador y Nicaragua a que establezcan procedimientos de aprobación de proyectos mineros que incluyan estudios técnicos rigurosos e independientes.

3.- Censurar al Banco Mundial y a las instancias financieras internacionales, por apoyar económicamente las actividades de minería del oro y otros metales con impacto en la salud y el ambiente<sup>54</sup>

La decisión puede compartirse o no, sin embargo, las partes encontraron una entidad que les brinda, desde el campo estrictamente moral la justicia que reclaman<sup>55</sup>. La creación de

---

<sup>54</sup> Caso: Expansión de Concesiones y Actividades Mineras en Territorios Centroamericanos. Sección Común. Sección Común. Veredicto de la Audiencia Pública Regional, México Tribunal Latinoamericano del Agua, Marzo 2006 (3).

<sup>55</sup> Véase en igual sentido, lo resuelto en el caso de Guatemala: “1. Censurar moralmente al Gobierno de Guatemala, y particularmente, al Presidente de la República por permitir el establecimiento de operaciones mineras de alta riesgo que pueden afectar la salud y los ecosistemas del país a largo plazo, al tiempo de que se favorece los intereses de particulares y de compañías transnacionales en detrimento de los pueblos de Guatemala. 2. Censurar moralmente al Gobierno de Guatemala por no cumplir con sus obligaciones de consultar de buena fe a los pueblos indígenas de Guatemala afectados por proyectos mineros, así como por desatender y actuar en contra de, la voluntad explícitamente manifestada por las comunidades de Sicacapa y San Miguel Ixtahuacán en contra del proyecto Montana, como resultado de su propia consulta formal al respecto. 3. Censurar moralmente al Ministro de Ambiente y Recursos Naturales de Guatemala por incumplimiento de sus responsabilidades. Se convierte así, en responsable por las pérdidas de cantidad y calidad de agua para las comunidades de las áreas afectadas. 4. Exhortar al Congreso de la República de Guatemala, a agilizar los trámites para la revisión de la Ley de Minería existente o emitir nueva ley en la materia a fin de asegurar que la nueva normativa, contenga artículos que garanticen la soberanía guatemalteca y la defensa de los derechos y del patrimonio de los guatemaltecos. 5. Exhortar al Gobierno de Guatemala a cumplir con las disposiciones de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, cuyo cumplimiento ha asumido en virtud de la aprobación por el congreso y ratificación del presidente de la República. Según el artículo 46 de la Constitución Política del 31 de marzo de 1985, estas tienen preeminencia sobre el derecho interno. Caso: Expansión de Concesiones y Actividades Mineras en Territorios Centroamericanos. Sección Común. Sección relativa a Guatemala. Veredicto de la Audiencia Pública Regional, México Tribunal Latinoamericano del Agua, Marzo 2006 (7).

este tribunal del agua y las constantes peticiones de intervención en múltiples países, deben llamarnos a la reflexión, al menos deberíamos preguntarnos ¿cuáles son las razones para que la justicia se desplace del tribunal ordinario u constitucional a un tribunal ético? ¿Será la ausencia de respuesta oficial oportuna y efectiva? Lo más interesante, es que las grandes compañías, en algunos casos, son representadas ante el tribunal por entidades oficiales del propia Estado, como en el caso del Salvador, donde fue investigada la actuación de empresa minera *Pacif Rim* y el Proyecto “*Mina El Dorado*”<sup>56</sup>. En otros supuestos, las compañías no contestan ni se presentan a la audiencia<sup>57</sup>, pero independientemente de la actitud de las partes, lo cierto del caso, es que los afectados han encontrado una vía alternativa que los escucha, les permite exponer sus dudas y temores y sobre todo surge una nueva entidad que les brinda una respuesta, desde luego, podemos como juristas reflexionar sobre la

---

<sup>56</sup> Caso: Expansión de Concesiones y Actividades Mineras en Territorios Centroamericanos. Sección relativa al Salvador. Veredicto de la Audiencia Pública Regional, México Tribunal Latinoamericano del Agua, Marzo 2006; Recomendaciones, Actores del contradictorio: Centro de Investigación y Comercio (CEICOM) y Asociación de Desarrollo Económico (ADES).

<sup>57</sup> Caso: Usurpación, explotación irracional y contaminación de aguas superficiales y subterráneas atribuidas a la actividad minera en el Valle de Siria. Municipio de San Ignacio, Cedros y el Porvenir, Departamento de Francisco Morazán. República de Honduras. Veredicto de la Audiencia Pública Regional, Guadalajara, México Tribunal Latinoamericano del Agua, Marzo 2007; Procedimiento, punto 2.

efectividad del fallo, pero ello, no le resta la legitimación que ha ganado, quizá por nuestra propia inercia.

## **¿Cuál ha sido la respuesta de la justicia constitucional en Costa Rica?**

El artículo 50 de la Constitución Política, le brinda al ciudadano una amplia legitimación para accionar, cuando estemos en presencia de una posible afectación al derecho humano agua. Los ciudadanos afectados, suelen utilizar como instrumentos de control constitucional el recurso de amparo<sup>58</sup> y la acción de inconstitucionalidad.

En este, sentido el artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, le reconoce a cualquier persona la posibilidad de accionar invocando la existencia de un interés difuso. En este sentido, el recurrente cumple una importante función en la

---

<sup>58</sup> Por ejemplo, cusa que el agua disponible en el Centro Educativo las Guaria no es apta par el consumo humano, pues tiene elevados índices de desechos sólidos y otras bacterias, pese a lo anterior ninguna de las autoridades accionadas ha tomado las medidas pertinentes para solucionar la situación. De la prueba recibida se tiene por cierto los hechos, se condena a las autoridades involucradas y se ordena que se adopten las acciones necesarias y las medidas pertinentes, para corregir los problemas de contaminación originados por el estado del agua potable que se consume en la Escuela. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, res n. 2006-4770, a las 12:34 del 31 de marzo del 2006.

fiscalización y control de la actividad del Estado y de los particulares, cuando por acción u omisión puedan vulnerar cualquiera de los derechos que protegen el ambiente en sentido amplio o restringido<sup>59</sup>.

La Sala Constitucional de Costa Rica tiene, al igual que muchos otros tribunales o salas constitucionales, una amplia jurisprudencia que resuelve los más variados problemas<sup>60</sup>. Desde la reconexión del agua, cuando ha sido cortada ilegalmente por la entidad oficial (AA), aduciendo que la persona no ha cancelado la contraprestación y se determina que lo que existió fue un error administrativo, hasta los casos, donde efectivamente procede la suspensión del servicio por falta de pago; pero aún en estos supuestos siendo el agua potable un bien esencial para la vida humana, la entidad tiene la obligación, como derivación del

---

<sup>59</sup> Es común en las plantaciones de piña, la utilización de grandes cantidades de plaguicidas para controlar las plagas que afectan el producto, el problema es que en nuestro país existen grandes extensiones de mantos acuíferos que son utilizados por los vecinos para acceder al agua, y esta suele estar contaminada por el efecto residual de los químicos que se utilizan. La comunidad rural de Milano de Siquirres, es una de las que sufrió una seria afectación, la Sala luego de escuchar a las partes le ordeno a la Ministra de Salud y al Ministro de Ambiente que: "...se inicie de inmediato el proceso de saneamiento y eliminación de residuos de plaguicidas, de las fuentes de agua de las que se abastece el acueducto de la comunidad". Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, res n. 2009-9041, a las 10:30 del 29 de mayo del 2009.

<sup>60</sup> Véase por ejemplo, el siguiente caso: se trata de un amparo presentado en contra del Comité Administrador del Acueducto Rural de Jicaral de Lepanto, que le deniega la prestación del servicio al recurrente, pues se afirma, que en la zona donde vive no hay agua cuando el criterio técnico dice todo lo contrario. La Sala le da la razón al recurrente y ordena que se le preste el servicio de agua. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, res n. 2007-11430, a las 11:03 del 10 de agosto del 2007.

artículo 50 Constitucional, de poner a disposición de los posibles afectados el acceso a una fuente pública ( a una distancia no mayor de cien metros de la casa del usuario). En otros supuestos, quién impide que el agua le llegue al destinatario es el arrendante del inmueble. Algunos propietarios suelen emplear la técnica de solicitar la suspensión del servicio de agua y luz para tratar de lograr el desalojo del arrendatario. No hemos consentido la práctica y solemos condenar al arrendante y ordenar la reconexión inmediata del servicio.

Con la llegada de las grandes cadenas hoteleras a nuestras playas, se han presentado nuevos conflictos por la distribución y el acceso al agua. Las comunidades suelen quejarse de que los grandes hoteles utilizan el agua dulce para irrigar los campos de golf, y además de que el consumo excesivo del turismo les deja sin el preciado líquido. Algunos casos, son declarados sin lugar, pues no se acredita la afectación, en otros, se condena al Estado por no ejercer la vigilancia apropiada y por descuidar a los sectores más pobres de la población para incentivar la industria turística.

Por ello, en la actualidad, todo proyecto que pueda afectar el ambiente requiere como presupuesto indispensable la realización de un estudio de impacto ambiental previo<sup>61</sup>. También, se ha indicado en diferentes sentencias, que debe realizarse de manera preventiva los estudios hídricos sobre la disponibilidad del agua en la zona que se pretende desarrollar. También, hemos sostenido que debe actuarse preventivamente ante el riesgo de escasez, solo se pueden realizar las construcciones que se ajusten, a las cuotas máximas de aprovechamiento para evitar que el agua les falte a los más necesitados<sup>62</sup>.

Conforme, expusimos en su momento, el problema del acceso y distribución del agua potable, es un tema que no puede verse de manera aislada, todo el ecosistema debe protegerse, esto

---

<sup>61</sup> No siempre fue así, se impuso esta obligación por las serias afectaciones al ambiente que se cometieron. Este tema tiene tal trascendencia, que un grupo de interesados, gestionó y logró que mediante el artículo 14, del Decreto Ejecutivo n. 32734-MINAE-S- MOPT-MAG-MEIC, del 9 de agosto del 2005, el aprovechamiento –por vía de la concesión- , de aguas superficiales o subterráneas que no formen parte de un proyecto, se les eximiera del estudio de impacto ambiental. El asunto fue cuestionado de inconstitucional . La Sala en sentencia analizó: El derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado; la protección del recurso hídrico; la importancia de la evaluación ambiental como instrumento de protección; el principio preventivo en materia ambiental; y concluye que el artículo 14 del Decreto Ejecutivo debe anularse por inconstitucional. Lo anterior, permitió volver a restablecer la protección con carácter general, en especial, si se trata de agua potable. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, res n. 2009-2019, a las 14:55 del 11 de febrero del 2009.

<sup>62</sup> Esto es especialmente serio, cuando el Estado por omisión no fiscaliza la extracción ilegal de agua por medio de pozos en zonas donde su disponibilidad es reducida. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, res n. 2009-494, a las 11:23 del 16 de enero del 2009.

conlleva que el Estado no cumple con su deber si sólo consagra normativamente esa protección, pero en la práctica es omiso y permite o tolera que se pongan en peligro, por ejemplo, los mantos acuíferos o nuestros ríos<sup>63</sup>.

En estos supuestos, aunque partimos de realidades diferentes, la teoría del “*estado de cosas inconstitucionales*” desarrollada por la Corte Constitucional Colombiana, nos ha permitido implementar una serie de controles y obligaciones para diferentes autoridades, con la finalidad de evitar abusos que suelen cometer las grandes compañías constructoras<sup>64</sup>. Las posibilidades que hemos conocido son muchas, desde omitir disponer de los desechos humanos por un mecanismo que garantice la protección de los

---

<sup>63</sup> Durante mucho tiempo nuestros ríos han sido utilizados como los grandes basureros, que se llevan nuestros desechos al mar. La contaminación es más que evidente, así como la inercia de nuestras autoridades locales o municipales. Este fue el tema que se discutió en la sentencia 2007-5894, en el por tanto se le ordena a las autoridades involucradas, que de inmediato adopten las acciones necesarias para eliminar de manera integral los focos de contaminación que existen a lo largo de la cuenca del río Grande de Tárcoles y se tomen las medidas para iniciar el proceso de reparación del daño ambiental ocasionado a esa cuenca, en la medida que ello fuere posible. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, res n. 2007-5894, a las 11:58 del 27 de abril del 2007.

<sup>64</sup> En el expediente 08-005315, los vecinos afectados reclaman contra las actuaciones de la Municipalidad de San Antonio de Belén y del Ministerio del Ambiente y Energía que han permitido que continúe el proyecto constructivo, sin aplicar el criterio técnico del Servicio Nacional de Agua Subterráneas, Riego y Avenamiento, según el cuál debía dejarse el área que señala la ley como zona de protección el pozo. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, res n. 2008-15657, a las 11:45 del 17 de octubre del 2008.

posibles mantos acuíferos hasta la evasión de la prohibición de construir en zonas de protección<sup>65</sup>.

La situación, nos ha obligado a mutar el formato clásico del “*por tanto*”, de tal manera que cada vez son más detallados, señalando el nombre y puesto del funcionario a quién en lo personal se le ordena el hacer o no hacer, el plazo que tiene para su cumplimiento, bajo la advertencia de que el incumplimiento a la orden de la sala le puede acarrear responsabilidades personales, penales y administrativas. Suelen anularse los actos administrativos violatorios del derecho humano al agua, que pueden ser desde el permiso que aprueba el anteproyecto urbanístico hasta el de construcción otorgado a la empresa constructora<sup>66</sup>. Incluso la nulidad puede alcanzar las autorizaciones que fueren dadas en contra de la normativa que

---

<sup>65</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, res n. 2008-12109, a las 15:16 del 5 de agosto del 2008.

<sup>66</sup> En otros casos, las municipalidades, saben que la red sanitaria es defectuosa o no se tiene, ocasionando que el manejo de los desechos sólidos y líquidos, específicamente en manejo de las aguas negras y servidas procedentes de viviendas, comercio e industria, se realiza por medio del sistema de tanque séptico o plantas de tratamiento de aguas residuales. Lo cual ocasiona una seria contaminación a las comunidades afectadas. Sin embargo, el problema no se soluciona porque no se realizan los estudios técnicos correspondientes, que llevarían a una solución integral del problema de alcantarillado. En esos casos, se le ordena a la Contraloría General de la República, que no autorice el presupuesto para el año siguiente a la municipalidad, si no incluye las partidas respectivas para dar cumplimiento a la sentencia. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, res n. 2006-14622, a las 14:58 del 3 de octubre del 2006. En igual sentido, sobre los problemas de contaminación de aguas por plantas de tratamiento en mal estado, véase: Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, res n. 2009-8768, a las 17:25 del 26 de mayo del 2009.

obliga a los entes oficiales a proteger el agua, cuando han sido omisos o negligentes en la fiscalización.

Para dar cumplimiento efectivo a la sentencia, se les ordena a diferentes jerarcas titulares e interinos de los órganos y entes oficiales, implantar medidas complementarias dentro de un plazo concreto. Estos entes tienen la responsabilidad de darle seguimiento al caso, hasta que desaparezca la causa que origino la violación constitucional<sup>67</sup>.

## **Conclusión**

No hemos visto obligados a establecer estos controles, ante la resistencia que suele darse en nuestros países de obedecer lo que suelo denominar “*sentencias sensibles*”, porque en múltiples asuntos el Estado es un simple espectador pasivo. Sin embargo, ni aún estas medidas a veces han sido suficientes, para ejecutar una sentencia que afecta grandes intereses económicos relacionados con el agua.

---

<sup>67</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, res n. 2004-1923, a las 14:55 del 25 de febrero del 2004.

Los abogados de las empresas tras el dictado de la sentencia implementan una increíble actividad recursiva: adiciones y aclaraciones, que en muchos casos, lo que pretenden es revocar la resolución.

Debemos agregar, que si no se fiscaliza de manera adecuada el cumplimiento de la sentencia puede fácilmente derivar en una *“justicia constitucional de papel”*.

El concepto, lo utilizamos para resaltar que, en algunos temas, pese a concedérsele la razón al recurrente, este tiene serias dificultades para que se le conceda lo ordenado, desde luego, este problema solo existe para los tribunales o salas constitucionales, que se atreven a reconocer que existe un *“derecho humano al agua”* y que éste es, una norma jurídica exigible y eficaz.

Desde luego, este es un tema que cada colegio debe decidir si apoya o no, pues también a veces se nos acusa de ser excesivamente activistas de los derechos humanos, lo cual para mi es un honor.

Creo que tener la bendición de laborar como magistrados o ministros de una sala o tribunal constitucional, es una preciosa oportunidad para intentar cambiar las cosas, no tenemos que sentarnos a esperar que otros hagan lo suficiente para crear un efecto. Pero también es una pesada responsabilidad, pues algún día el Creador nos preguntará ¿Qué hiciste para llevarle agua a los sedientos?