
La protección del derecho fundamental al agua en perspectiva internacional y comparada

Carlos Bernal*

Resumen

Este artículo investiga la protección del derecho fundamental al agua. Desde una perspectiva internacional y comparada, pretende establecer cuál es el criterio jurisprudencial más apropiado para el reconocimiento judicial del derecho al agua. Para tal fin, compara y evalúa la utilización de los criterios de razonabilidad, el mínimo vital y el principio de proporcionalidad. Su objetivo es mostrar que, en las circunstancias de reconocimiento judicial del derecho al agua, el empleo del principio de proporcionalidad ofrece más ventajas y menos desventajas que el uso de los criterios de razonabilidad y del mínimo vital. Entre estas circunstancias se encuentran la indeterminación de las disposiciones internacionales y constitucionales que protegen el derecho al agua y el hecho de que su garantía efectiva se surte, por lo general, en el libre mercado de los servicios públicos, en el que participan agentes públicos y privados en competencia.

Palabras clave: derecho al agua, principio de razonabilidad, principio de proporcionalidad, criterio del mínimo vital.

Abstract

This paper investigates the enforcement of the constitutional right to water. From an international and comparative perspective, it aims to establish that proportionality analysis is the most appropriate standard for the judicial enforcement of this right. In order to accomplish this aim, it compares and assesses the use of the standards of reasonableness, the minimum core and proportionality analysis. It shows that proportionality offers more advantages and fewer disadvantages than reasonableness and the minimum core in the circumstances of adjudication of the constitutional right to water. These circumstances include the facts that the international and constitutional provisions guaranteeing this right are indeterminate, and that the right to water is generally satisfied in a free market in which public and private actors participate.

Key words: right to water, principle of reasonableness, principle of proportionality, minimum core criteria.

* Profesor de derecho. Macquarie Law School, Sidney, Australia, carlos.bernal-pulido@mq.edu.au

Introducción

Los derechos sociales son una de las grandes innovaciones del constitucionalismo contemporáneo. A lo largo del último siglo, su aplicación ha transformado radicalmente las prácticas constitucionales, sobre todo, en el, así llamado, sur global. Desde la Constitución Mexicana de Querétaro de 1917, y la Constitución de Weimar de 1919, numerosos instrumentos internacionales y constituciones nacionales han establecido, respectivamente, derechos humanos y derechos fundamentales con contenido social. Esta se ha convertido en una estrategia usual para hacer frente a la pobreza, a las necesidades básicas insatisfechas, a la falta de recursos para una vida digna y para el ejercicio de las libertades y de los derechos políticos, y para aminorar la distribución inequitativa de oportunidades y de la riqueza. Asimismo, instituciones internacionales de derechos humanos y cortes constitucionales y supremas, de países tales como Sudáfrica, Colombia, Costa Rica, Argentina, México, Brasil, India y Alemania, han aplicado estos derechos mediante novedosas técnicas de razonamiento judicial y se han atrevido a impartir órdenes dirigidas a poderes públicos y privados, sin precedente en el derecho constitucional.¹ Estas cortes han aplicado directamente las disposiciones constitucionales que establecen los derechos fundamentales a la salud, al agua, a la nutrición, a la vivienda, a la protección laboral, y a la educación. Del mismo modo, han exhortado y conminado a autoridades políticas, empresas e individuos particulares para que adopten medidas jurídicas, financieras y administrativas, a fin de asegurar el cumplimiento de los deberes que dichas disposiciones establecen.

182

No obstante, la aplicación judicial de los derechos sociales ha suscitado agudas objeciones. Ellas se despliegan a lo largo de un espectro variado. Este espectro comprende, desde los reparos filosófico-políticos a la tipificación constitucional de los derechos sociales,² hasta críticas institucionales relativas a la capacidad de los tribunales para aplicar estos derechos, y la aparente incompatibilidad entre, por una parte, su aplicación judicial, y, por otra, los principios del estado de derecho y de separación de poderes, y los fundamentos de la democracia

1 Sobre las novedades en la aplicación de los derechos sociales en el derecho comparado y los desafíos a los que ellas dan lugar, *cfr.* Gauri y Brinks (2008: 2 y s.).

2 Sobre este aspecto, dos de las más influyentes teorías de los derechos fundamentales catalogan como fundamentales solo a las libertades y dejan por fuera a los derechos sociales. *Cfr.* Rawls (1993: 338) y Habermas (1996: 83). Una crítica de esta visión reduccionista se encuentra en Arango (2003: 143). Una interesante discusión y defensa de la inclusión de los derechos fundamentales en la constitución, por lo menos de países con condiciones políticas estables se encuentra en King (2012: 3 y s. y 17 y s.). Un análisis de los más importantes argumentos filosófico-políticos a favor de la tipificación (e interpretación) constitucional de los derechos sociales se halla en: Young (2012: 34 y s.).

representativa. A ello se aúna la discusión sobre la efectividad de la inclusión de los derechos sociales en la Constitución para alcanzar los fines redistributivos antes mencionados. Existe evidencia de que, por lo menos en ciertas regiones de América Latina, la aplicación constitucional de estos derechos no ha beneficiado a los más pobres sino a ciudadanos de clase media que, de una manera u otra, tienen la capacidad de satisfacer sus necesidades básicas mediante estrategias ordinarias del mercado (Landau, 2012: 190-247). Algunas de estas objeciones han llevado a diversos autores a proclamar el declive en la protección de los derechos sociales (O'Connell, 2011: 532-554). La causa de este declive estribaría en que la mundialización de los principios del libre mercado se habría impuesto sobre el imperativo de proteger estos derechos en países del sur global durante las últimas décadas.

Sin embargo, un análisis detallado del reconocimiento y la aplicación del derecho al agua, como derecho fundamental a nivel constitucional, y como derecho humano a nivel internacional, mostraría que, al menos en lo que concierne a este derecho social, no ha existido ninguna mengua en su protección. Justo ha sucedido todo lo contrario. Como en seguida se mostrará, su protección se ha intensificado tanto a nivel internacional como nacional. Con todo, esta protección suscita interesantes preguntas teóricas y prácticas.

Una de las preguntas más relevantes tanto desde la perspectiva teórica como desde el punto de vista práctico es cuál es el criterio jurisprudencial más apropiado para el reconocimiento judicial del derecho al agua. En el derecho colombiano, comparado e internacional, existen tres criterios que pueden ser utilizados para este fin: el criterio de razonabilidad, el criterio del mínimo vital y el principio de proporcionalidad. Este artículo pretende mostrar que de estos criterios, el más apropiado es el principio de proporcionalidad, habida cuenta de la indeterminación de las disposiciones internacionales y constitucionales que protegen el derecho al agua y de que su garantía efectiva se surte, por lo general, en el libre mercado de los servicios públicos, en el que participan agentes públicos y privados en competencia (7). Sin embargo, de antemano es necesario explicar la manera en que este derecho ha sido reconocido como derecho humano en el derecho internacional (2) y como derecho fundamental en las constituciones de ciertos países emblemáticos (3). Asimismo, es necesario exponer la estructura del derecho al agua, su indeterminación y las dificultades interpretativas que de ella derivan (4). Tras ello, se mostrará y se evaluará la forma en que la jurisprudencia constitucional de los países más relevantes ha utilizado los criterios de razonabilidad y del mínimo vital (5) y los primeros intentos de empleo del principio de proporcionalidad con este fin (6).

1. La protección del derecho humano al agua en el derecho internacional

1.1. El derecho al agua en los tratados de derecho internacional de los derechos humanos

No existe un reconocimiento expreso del derecho al agua en los principales tratados internacionales sobre derechos humanos. Este derecho no aparece reconocido como derecho humano ni en la Declaración Universal de Derechos Humanos, ni en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ni en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Sin embargo, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer sí se refiere al agua como objeto de un derecho humano, en su artículo 14.2.h., en los siguientes términos:

“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, su participación en el desarrollo rural y en sus beneficios, y en particular le asegurarán el derecho a:

h. Gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, el transporte y las comunicaciones” (ONU, 1979).

Con todo, en este contexto, se trata de un derecho conexo a la igualdad, atinente solo a la prohibición de discriminación de las mujeres que viven en áreas rurales, en el disfrute de condiciones de vida adecuadas.

Otra referencia al agua como objeto de un derecho humano se encuentra en la Convención sobre los Derechos del Niño. Su artículo 24.2.c. atribuye al Estado la obligación de asegurar el derecho a la salud de los niños y de adoptar las medidas apropiadas para:

“c. Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente” (ONU, 1989).

Esta referencia al derecho al agua también es dependiente de otro derecho humano, el de la salud. Asimismo, el ámbito de sus titulares se circunscribe solo a los niños.

Algo similar ocurre con la referencia al derecho al agua que hace el artículo 28.2 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad del 2006. Este artículo define el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias. En particular, reconoce el derecho de las personas con discapacidad “a la protección social y a gozar de ese derecho sin discriminación por motivos de discapacidad”. Asimismo, hace explícito el compromiso de los Estados signatarios de adoptar las medidas pertinentes para proteger y promover el ejercicio de este derecho, entre otras cosas, en cuanto a: “asegurar el acceso en condiciones de igualdad de las personas con discapacidad a servicios de agua potable y su acceso a servicios, dispositivos y asistencia de otra índole adecuados a precios asequibles para atender las necesidades relacionadas con su discapacidad” (ONU, 2006).

1.2. El derecho humano al agua en la Observación General número 15 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de Naciones Unidas

El reconocimiento del derecho al agua como un derecho humano autónomo deriva de la Observación General número 15 que, en 2002, emitió el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de Naciones Unidas. En esta Observación, dicho Comité define el derecho al agua como un “derecho humano” “de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico”. El Comité lo considera como un derecho adscrito a los derechos humanos a “un nivel de vida adecuado” y a la “salud física”,³ protegidos por los artículos 11.1 y 12.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.⁴ En concreto, el Comité sostuvo que la garantía del derecho al agua es indispensable para asegurar un nivel de vida adecuado, como quiera que disponer de agua es una “condición fundamental para la supervivencia” (parágrafo 3 y s.).

Particularmente relevante para el objetivo de este artículo resulta la definición que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales hace acerca de la estructura del derecho humano al agua. De acuerdo con la Observación General número 15, el Estado tiene el deber de “respetar”, “proteger” y “cumplir” o “hacer efectivo” el derecho al agua. El deber de respetar el derecho al agua, no implica, en estricto sentido, que el Estado deba llevar a cabo acciones positivas. Más bien, este

3 Cfr. Sobre el concepto de derecho adscrito: Bernal (2007).

4 Dichos artículos establecen lo siguiente. Artículo 11.1. “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia”. Artículo 12.1. “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”. Cfr. ONU (1996).

deber exige al Estado abstenerse de “injerir directa o indirectamente en el ejercicio del derecho al agua” (parágrafo 21).⁵

Los deberes del Estado que implican acciones positivas son los de proteger y cumplir o hacer efectivo el derecho al agua. El deber de proteger “exige que los Estados Partes impidan a terceros que menoscaben en modo alguno el disfrute del derecho al agua”. Este deber entraña, entre otras cosas, el deber de adoptar “medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias y efectivas para impedir, por ejemplo, que terceros denieguen el acceso al agua potable en condiciones de igualdad y contaminen o exploten en forma no equitativa los recursos de agua, con inclusión de las fuentes naturales, los pozos y otros sistemas de distribución de agua” (parágrafo 23). Así mismo, cuando los servicios de suministro de agua sean explotados o estén controlados por terceros, el Estado debe “impedirles que menoscaben el acceso físico en condiciones de igualdad y a un costo razonable a recursos de agua suficientes, salubres y aceptables” (parágrafo 24).

Finalmente, el deber de cumplir implica los deberes de “facilitar, promover y garantizar”. El deber de facilitar impone al Estado la adopción de “medidas positivas que permitan y ayuden a los particulares y las comunidades a ejercer el derecho” al agua. El deber de promover exige del Estado “la adopción de medidas para que se difunda información adecuada acerca del uso higiénico del agua, la protección de las fuentes de agua y los métodos para reducir los desperdicios de agua”. El deber de garantizar implica que el Estado debe hacer efectivo el derecho al agua cuando, por razones ajenas a su voluntad, ciertos individuos o grupos no puedan “ejercer por sí mismos ese derecho con los medios a su disposición” (parágrafo 25).

Estos deberes del Estado son correlativos a ciertos derechos específicos del individuo. En la Observación General número 15, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales estableció que el individuo tiene derecho a acceder a una “cantidad esencial mínima de agua que sea suficiente y apta para el uso personal y doméstico y prevenir las enfermedades” (parágrafo 37). Asimismo, el agua que le sea proporcionada debe cumplir con ciertas especificaciones mínimas de calidad. El derecho al agua, entonces, se concreta en poderes jurídicos específicos atinentes a la disponibilidad, calidad y accesibilidad del agua.

La disponibilidad denota la cantidad mínima de agua para los usos personales y domésticos (bebida, cocción de alimentos, limpieza y saneamiento) que una

5 El Comité aclara que el objeto de este comprende, entre otras cosas: “el abstenerse de toda práctica o actividad que deniegue o restrinja el acceso al agua potable en condiciones de igualdad, de inmiscuirse arbitrariamente en los sistemas consuetudinarios o tradicionales de distribución del agua, de reducir o contaminar ilícitamente el agua, por ejemplo, con desechos procedentes de instalaciones pertenecientes al Estado o mediante el empleo y los ensayos de armas, y de limitar el acceso a los servicios e infraestructuras de suministro de agua o destruirlos como medida punitiva, por ejemplo durante conflictos armados, en violación del derecho internacional humanitario”.

persona necesita. Según el Comité, “la cantidad de agua disponible para cada persona debería corresponder a las directrices de la Organización Mundial de la Salud (OMS)” (párrafo 12). De acuerdo con esta Organización, la cantidad necesaria para este fin es de “50 litros por persona al día” (OMS, 2003). La disponibilidad también tiene que ver con que “la periodicidad del suministro de agua sea suficiente para los usos personales y domésticos” (párrafo 12). Esta propiedad del derecho al agua lleva consigo varios deberes correlativos a cargo del Estado. Se trata de un deber de abstención (abstenerse de interrumpir o desconectar de manera arbitraria o injustificada los servicios o instalaciones de agua) y de cuatro deberes de prestación: regular y controlar eficazmente los servicios de suministro de agua; garantizar que los establecimientos penitenciarios y los servicios de salud cuenten con agua limpia y potable, y con condiciones sanitarias adecuadas; asegurar la prestación eficiente del servicio público de agua a todos los habitantes del territorio del Estado; y garantizar la sostenibilidad de los recursos hídricos.

El atributo de la calidad implica que el agua necesaria para uso personal o doméstico debe ser salubre. Esto quiere decir que no puede contener microorganismos o sustancias químicas o radiactivas que puedan constituir una amenaza para la salud de las personas. Asimismo, el agua debe tener un color, un olor y un sabor aceptables para cada uso personal o doméstico. Este atributo también hace que el derecho fundamental al agua sea correlativo a varios deberes concretos a cargo del Estado. Los más importantes consisten en que el Estado se abstenga de eliminar o contaminar el agua; adopte medidas para impedir que terceros contaminen o exploten en forma indebida los recursos hídricos; proteja los sistemas de distribución de agua de la injerencia indebida, el daño y la destrucción; adopte medidas para prevenir, tratar y controlar las enfermedades asociadas al agua; y vele por el suministro adecuado de agua limpia potable y por la creación de condiciones sanitarias básicas como componente de la higiene ambiental e industrial.

Por último, la accesibilidad tiene que ver con que “el agua y las instalaciones y servicios de agua deben ser accesibles para todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado”. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones: accesibilidad física (el agua y las instalaciones de agua deben estar al alcance físico de todos los sectores de la población); accesibilidad económica (el agua y los servicios e instalaciones deben estar al alcance económico de todos los individuos); la prohibición de discriminación (consiste en que el agua y los servicios e instalaciones de agua deben ser accesibles a todos los individuos, incluso a los sectores más vulnerables y marginados de la población sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos internacionalmente); y el acceso a la información (que comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información sobre asuntos relacionados con el agua) (párrafo 12).

1.3. El derecho humano al agua en la Resolución 64/292 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 28 de julio de 2010

Mediante 122 votos a favor, ninguno en contra y 41 abstenciones, el 28 de julio de 2010, la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas adoptó la Resolución 64/292. Esta resolución declaró el acceso al agua potable como un derecho humano, e instó a los Estados a garantizarlo. La resolución reconoce el “derecho al agua potable y el saneamiento” como “un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos”. Esta misma resolución reconoció el derecho de los habitantes del mundo al saneamiento ambiental. Por último, instó a todos los países y organizaciones internacionales a aportar recursos financieros y tecnología para lograr un acceso universal poco costoso al agua potable y al saneamiento.

1.4. El derecho humano al agua en la Resolución 15/9 de Septiembre de 2010 del Consejo de Derechos Humanos

Tras la Resolución 62/292 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en Septiembre de 2010, el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas expidió la Resolución 15/9. En dicha resolución, el Consejo señaló que el derecho humano al agua y al saneamiento es parte integral del derecho internacional vigente. Asimismo, reiteró que los deberes que derivan de este derecho son jurídicamente vinculantes para los Estados. Del mismo modo, exhortó a los Estados para que, entre otras cosas, “elaboren instrumentos y mecanismos adecuados [...] para alcanzar paulatinamente la plena realización de las obligaciones de derechos humanos referentes al acceso al agua potable segura y los servicios de saneamiento”; “velen por la total transparencia del proceso de planificación y ejecución en el suministro de agua potable segura y servicios de saneamiento y la participación activa, libre y auténtica de las comunidades locales afectadas y los interesados pertinentes”; “presten especial atención a las personas que pertenecen a grupos vulnerables y marginados, especialmente respetando los principios de no discriminación e igualdad entre los géneros”; “integren los derechos humanos en las evaluaciones de impacto a lo largo de todo el proceso encaminado a garantizar la prestación de los servicios, según sea necesario”; “aprueben y apliquen marcos reguladores eficaces para todos los proveedores de servicios conforme a las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos, y permitan que las instituciones reguladoras públicas con capacidad suficiente se ocupen de vigilar y hacer cumplir esa reglamentación”; y “garanticen la existencia de remedios eficaces para las violaciones de derechos humanos estableciendo mecanismos de rendición de cuentas accesibles al nivel adecuado”. En fin, la resolución recordó que los Estados deben asegurar que los proveedores no estatales del servicio

de agua “cumplan con sus responsabilidades en materia de derechos humanos en todos sus procesos de trabajo, en especial dedicándose activamente, junto con el Estado y otros interesados, a detectar posibles abusos contra los derechos humanos y encontrar soluciones para paliarlos”; “contribuyan a proveer un suministro constante de agua potable segura, aceptable, accesible y asequible y servicios de saneamiento de buena calidad y en cantidad suficiente”; “integren los derechos humanos en las evaluaciones de impacto cuando sea pertinente, a fin de determinar los desafíos en materia de derechos humanos y contribuir a superarlos”; y “elaboren mecanismos eficaces de reclamación para los usuarios y se abstengan de obstaculizar el acceso a los mecanismos de rendición de cuentas de base estatal”.

2. La protección del derecho fundamental al agua en derecho constitucional comparado

2.1. Disposiciones constitucionales sobre el derecho al agua

La protección del derecho al agua en el derecho internacional de los derechos humanos ha influido de manera notable para su reconocimiento a nivel constitucional, como derecho fundamental, en varios países. Es así como la Constitución de Uruguay de 1967, reformada en 1989, 1994, 1996 y 2004, en el artículo 47, inciso 2º, dispone que: “El agua es un recurso natural esencial para la vida”, y en el inciso tercero del mismo artículo establece que: “El acceso al agua potable y el acceso al saneamiento, constituyen derechos humanos fundamentales”. Asimismo, la sección 27 de la Constitución de Sudáfrica de 1996, establece en su inciso (1) que “Todos gozan del derecho de tener acceso a [...] (b) suficiente alimento y agua”. Por su parte, el Artículo 12 de la Constitución de la República del Ecuador de 2008 señala que “El derecho humano al agua es fundamental e irrenunciable. El agua constituye patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida”. En este mismo sentido, el Artículo 16 de la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009 dispone que: “Toda persona tiene derecho al agua y a la alimentación”. Y su Artículo 20 reconoce que: “Toda persona tiene derecho al acceso universal y equitativo a los servicios básicos de agua potable, alcantarillado, electricidad, gas domiciliario, postal y telecomunicaciones”, así como 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”.

189

2.2. El derecho al agua como derecho fundamental implícito

En otros países, el derecho al agua se reconoce como un derecho fundamental implícito. El ejemplo más emblemático a este respecto es el de Colombia. En la

Sentencia T-740 de 2011, de los argumentos de la Corte Constitucional puede deducirse que a pesar de que la Constitución Política de 1991 no incluye el derecho al agua dentro de la lista de derechos fundamentales, este es un derecho fundamental implícito. De acuerdo con la Corte Constitucional, el derecho al agua es fundamental por su conexión con el derecho a la vida y con la dignidad humana.⁶ Como la Corte Constitucional ha sostenido en una jurisprudencia cada vez más depurada y consistente, el agua, y por tanto el acceso a la misma, es indispensable para la existencia del ser humano,⁷ y para que este tenga una vida digna.⁸ Asimismo, el derecho al agua es fundamental en virtud de su reconocimiento internacional. Como establece el Artículo 93 de la Constitución Política de Colombia, en Colombia el derecho internacional de los derechos humanos no solo representa una fuente de derechos fundamentales sino también un conjunto de pautas para la interpretación de tales derechos. Dentro de este amplio cuerpo normativo, además de las fuentes antes mencionadas, son relevantes las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos de las comunidades indígena Yakye Axa (de 2005) y Sawhoyamaya (de 2006) contra Paraguay. En dichas sentencias, la Corte Interamericana protegió el derecho al agua y ordenó el suministro inmediato y periódico de una cantidad suficiente de agua potable para los miembros de estas comunidades indígenas.

190

Israel es otro país en el que el derecho al agua tiene el rango de derecho fundamental implícito. Al igual que otras jurisdicciones herederas de la tradición del Common Law, Israel no tiene una constitución escrita. Sin embargo, en Israel existen ciertas leyes fundamentales. Una de ellas es la Ley Fundamental: Dignidad Humana y Libertad de 1992. Esta ley fundamental tiene una jerarquía superior a la ley y fuerza constitucional. En el caso 9535/06 *Abadallah Abu Massad and Others v Water Commissioner and Israel Lands Administration (2011)*,⁹ la Corte Suprema de Israel estableció que el derecho al agua era un derecho implícito dentro del

6 La tesis según la cual el derecho al agua tiene un carácter fundamental por su conexión con otros derechos, había sido proclamada previamente por la Corte Constitucional de Colombia. A este respecto, es de particular importancia la Sentencia T-616 de 2010, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

7 Cfr. Corte Constitucional de Colombia, Sentencias T-578 de 1992, M. P. Alejandro Martínez Caballero; T-140 de 1994, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa y T-207 de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero, y la propia T-740 de 2011, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

8 Cfr. Corte Constitucional de Colombia, Sentencias T-1104 de 2005, M. P. Jaime Araújo Rentería; T-539 de 1993, M. P. Carlos Gaviria Díaz; T-244 de 1994, M. P. Hernando Herrera Vergara; T-523 de 1994, M. P. Alejandro Martínez Caballero; T-092 de 1995, M. P. Hernando Herrera Vergara; T-379 de 1995, M. P. Antonio Barrera Carbonell; T-413 de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero; T-410 de 2003, M. P. Jaime Córdoba Triviño; T-1104 de 2005, M. P. Jaime Araújo Rentería; T-270 de 2007, M. P. Jaime Araújo Rentería; T-022 de 2008, M. P. Nilson Pinilla Pinilla; T-888 de 2008, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, y T-381 de 2009, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

9 Cfr. CA 9535/06 Adalah (2011). Cfr. Sobre este caso, Murthy, Williams y Baskin (2013: 25-59).

marco de la Ley Fundamental: Dignidad Humana y Libertad. La Corte Suprema fundamentó este derecho en la dignidad humana, que en dicha ley fundamental se menciona en enunciados como “no habrá violaciones de la vida, la integridad o la dignidad de ninguna persona” o “todas las personas tienen derecho a la protección de su vida, su integridad y su dignidad”.¹⁰ En algunas decisiones anteriores, la Corte Suprema había aclarado que “la dignidad de una persona, como derecho subjetivo, también incluye el derecho a un mínimo vital, en cuanto a vivienda, alimentación y acceso a los servicios de salud”.¹¹ Con esta base, en *Abu Massad*, la Corte Suprema concluyó que “el acceso a fuentes de agua para consumo humano básico cae dentro del ámbito del derecho a disponer de mínimo para llevar una vida digna”.¹²

3. La estructura del derecho fundamental al agua como derecho social positivo

Las disposiciones internacionales y constitucionales que establecen el derecho al agua como derecho humano y fundamental judicialmente aplicable dan lugar por lo menos tres tipos de posiciones jurídicas.¹³ Ellas fundamentan derechos negativos, derechos de igualdad, y derechos positivos. La Observación General número 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales especifica estos derechos cuando atribuye al Estado los deberes, correlativos, de respetar, no discriminar y cumplir. El deber de respeto es correlativo a derechos negativos. El deber de no discriminar es el correlato de los derechos de igualdad. Por último, el deber de cumplir es la otra cara de la moneda de los derechos positivos.

Esta triple diversidad de posiciones jurídicas es propia de todos los derechos sociales. Como Michelman explica, las constituciones y cartas de derechos humanos que garantizan derechos sociales se proponen alcanzar “un conjunto de resultados sociales deseados”; en concreto: que “los titulares de estos derechos nunca carezcan de acceso a niveles adecuados de los bienes necesarios para la subsistencia, vivienda, salud, educación y seguridad, o a los medios para obtener dichos niveles (es decir, mediante el ejercicio de trabajo remunerado) para ellos mismos y para sus dependientes” (2008: 667). La intención de alcanzar este conjunto de resultados sociales implica que los titulares de los derechos sociales puedan hacer valer judicialmente por lo menos tres tipos de pretensiones. Primero, pretensiones de no-

191

10 Cfr. Los artículos 2 y 4 de esta Ley Fundamental en: http://www.knesset.gov.il/laws/special/eng/basic3_eng.htm (consultado el 10 de octubre de 2013).

11 Cfr. Corte Suprema de Israel, Legislative Appeal 3829/04 Twito v Municipality of Jerusalem 2004 PD 59 (4) 769, 779.

12 Cfr. Adalah, *op. cit.*, párrafo 23.

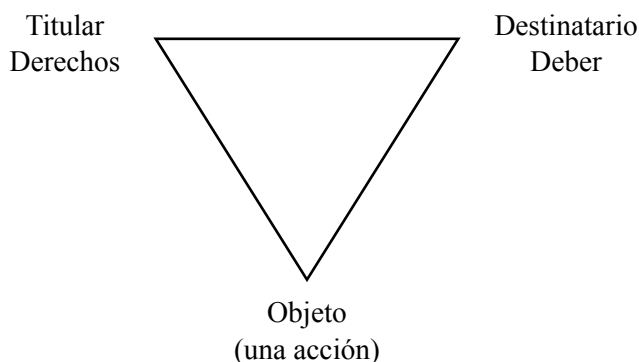
13 Cfr. Sobre el concepto de posición jurídica como explicación de los derechos subjetivos en que se concretan los derechos fundamentales: Alexy (2002: 120 f).

interferencia por parte del Estado y de otros individuos en el acceso y disfrute de los beneficios que los titulares de estos derechos ya tienen (derechos negativos). Segundo, pretensiones concernientes al acceso y disfrute de dichos beneficios por parte del titular del derecho, en condiciones de igualdad frente a otros individuos (derechos de igualdad). Por último, pretensiones de habilitación, promoción, protección o garantía del acceso y disfrute a niveles adecuados de los beneficios conferidos por los derechos sociales por parte de los titulares de estos derechos (derechos positivos).

Este artículo se enfoca, a continuación, en los derechos positivos derivados del derecho al agua. Estos derechos confieren a sus titulares la pretensión de obtener del Estado y de otros actores el despliegue de acciones dirigidas a garantizar el acceso y el disfrute de niveles adecuados de provisión de agua. Su aplicación judicial es la más fascinante y, a la vez, la más problemática entre los tres tipos de posiciones jurídicas que el derecho al agua fundamentan. En tanto pretensiones de no-interferencia, la aplicación judicial de los derechos negativos sigue, *mutatis mutandi*, la metodología para la aplicación judicial de las libertades. Del mismo modo, la aplicación judicial de los derechos de igualdad puede llevarse a cabo mediante el empleo de los métodos para aplicar, en general, los derechos de igualdad.

Los derechos positivos que derivan del derecho al agua son posiciones jurídicas triádicas en las que el titular tiene un derecho frente al destinatario, quien, de forma correlativa, tiene un deber. El objeto tanto del derecho como del deber es una acción que el destinatario debe desarrollar a favor del titular del derecho o de un tercero.¹⁴ Es posible representar esta relación de la siguiente manera:

La estructura de los derechos positivos al agua



14 Cfr. Sobre esta estructura: Alexy (2009: 1 y s.).

La aplicación judicial de los derechos positivos derivados del derecho al agua no sería diferente de la de las obligaciones ordinarias de derecho privado, tales como las obligaciones contractuales de pagar un préstamo o de pagar el precio de un terreno, si su destinatario y su objeto fueran determinados. Esto sucedería si la constitución indicara con claridad quién es el destinatario del derecho, y cuáles son las acciones que este debe llevar a cabo para satisfacer este derecho. Sin embargo, esto no suele ocurrir. Los casos constitucionales de exigibilidad judicial del derecho al agua son casos difíciles en el sentido de Dworkin. Se trata de casos en los cuales la constitución no ofrece una dirección clara en cuanto a cuál debe ser la decisión.¹⁵ Las disposiciones internacionales y constitucionales que garantizan el derecho al agua son indeterminadas. Enuncian este derecho en abstracto y no especifican una lista de acciones que los destinatarios de este derecho deban llevar a cabo. Algunas de estas disposiciones tienen una estructura muy flexible. Ellas garantizan el acceso a ciertos beneficios y no los beneficios como tales. Así ocurre, por ejemplo, con la sección 27 de la Constitución de Sudáfrica. Esta sección garantiza “el acceso” a una provisión suficiente de agua. En todo caso, así las disposiciones internacionales o constitucionales fueran más concretas, ellas no podrían especificar la manera en la que el destinatario del derecho al agua debe garantizar el acceso y el disfrute a este bien por parte de todos los titulares del derecho. Dichas disposiciones no pueden ni podrían enunciar con todo detalle las políticas concretas que los estados deben diseñar para satisfacer este derecho en las circunstancias económicas, políticas y sociales de cada sociedad. El diseño de estas políticas implica disponer de ciertos conocimientos empíricos y normativos de alta complejidad. La complejidad es aún mayor en mercados neo-liberales, privatizados, en los que, además de los actores estatales, debe tenerse en cuenta el comportamiento de actores privados, sobre todo, de empresas que, con ánimo de lucro, intervienen en la prestación del servicio público de acueducto. Finalmente, la elaboración de políticas correlativas a la satisfacción del derecho al agua presupone tener en cuenta restricciones de tipo financiero. Solo conocimientos económicos especializados pueden ser la base de una valoración plausible de dichas restricciones.

193

Como consecuencia, las disposiciones que establecen el derecho al agua (ni siquiera después de tener en cuenta su especificación en la Observación General número 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) dejan sin determinar en qué circunstancias puede considerarse que el destinatario de este derecho ha dejado de cumplir con los deberes que son correlativos a este derecho. Tampoco determinan cuáles deben ser las órdenes judiciales apropiadas para enervar un incumplimiento en caso de que este se presente.

15 Cfr. Dworkin (1975: 1057 y s.).

4. En búsqueda de un criterio judicial para hacer efectivo el derecho positivo al agua

4.1. Razonabilidad, mínimo vital y proporcionalidad

La aplicación judicial del derecho al agua exige que los jueces sean capaces de dar una respuesta a todas estas preguntas. Para llevar a cabo esta tarea de manera racional, los jueces deben utilizar algún criterio interpretativo. De no mediar criterio alguno, la aplicación de este derecho quedaría librada a la arbitrariedad de quien tiene que decidir los casos en los que se exige la protección del derecho humano y fundamental al agua.

En el área de los derechos sociales, en el derecho constitucional comparado, existen, por lo menos, dos criterios interpretativos relevantes: la razonabilidad y el mínimo vital. La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Sudáfrica que encuentra su inicio en el caso *Grootboom*, representa un uso paradigmático del criterio de razonabilidad.¹⁶ Las secciones 26 (2) y 27 (2) de la Constitución de Sudáfrica ordenan al Estado “adoptar medidas legislativas razonables, habida cuenta de la disponibilidad de recursos existente, para alcanzar una progresiva realización de los derechos a la vivienda, a la salud, a la alimentación, al agua y a la seguridad social”. De manera consistente con estas disposiciones, la Corte Constitucional ha sostenido que el criterio de la razonabilidad “define y limita” el ámbito de los deberes del Estado dirigidos a satisfacer los derechos sociales (incluido el derecho al agua).¹⁷ No obstante, emblemáticos académicos y jueces en Sudáfrica y en otros países sostienen que este criterio es demasiado débil y, como consecuencia, no conduce a un control de constitucionalidad adecuado para los derechos sociales. Por ello, aducen que estos derechos deben ser aplicados mediante la verificación de que su mínimo vital será respetado de manera absoluta en todos los casos.¹⁸

La jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana ofrece una variedad de ejemplos de uso del criterio del mínimo vital en el área de los derechos sociales.¹⁹ La Corte ha creado una doctrina relativa a la existencia de un mínimo vital. De acuerdo con esta doctrina, cada ciudadano tiene un derecho fundamental a disponer de los medios necesarios para un nivel básico de subsistencia. Asimismo, la jurisprudencia constitucional ha interpretado el principio de “estado social” del artículo primero de la Constitución Política de 1991 en el sentido de que el Estado tiene el deber de construir, mantener y expandir una red de beneficios sociales capaz de garantizar

16 Cfr. Corte Constitucional de Sudáfrica (2000).

17 Cfr. Corte Constitucional de Sudáfrica (2002: 30-39).

18 Cfr. Por ejemplo, Bilchitz (2007: 187 y s.).

19 Cfr. Landau (2014).

el mínimo vital a cada persona. Sin embargo, quienes se oponen a esta tendencia jurisprudencial la consideran incompatible con la democracia, y con los principios del estado de derecho y de separación de poderes. Asimismo, algunos economistas ven en ella una causa de caos institucional de algunos servicios sociales, tales como el sistema de salud creado por la Ley 100 de 1993.²⁰

Junto a lo anterior, algunos comentaristas han sugerido que el principio de proporcionalidad puede ser un criterio apropiado para la aplicación judicial de los derechos sociales.²¹ El principio de proporcionalidad es un criterio jurídico utilizado alrededor del mundo para la protección de los derechos fundamentales, sobre todo para la aplicación judicial de los derechos fundamentales de libertad. Aunque el concepto de proporcionalidad no es unívoco,²² la mayoría de jueces y juristas coinciden en que se trata de un principio conformado por tres sub-principios a saber: idoneidad, necesidad, y el mandato de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto. Cada sub-principio establece una exigencia que cualquier limitación en derechos fundamentales debe de satisfacer. El sub-principio de idoneidad exige que la limitación sea adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. El sub-principio de necesidad exige que la limitación sea la menos gravosa, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad, para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto. El sub-principio de proporcionalidad en sentido estricto exige que la limitación alcance el fin que se propone en un grado que justifique el grado en que se limita el derecho.

195

Un primer problema de esta sugerencia consiste en que, tanto en obras de la década pasada como en publicaciones previas,²³ el principio de proporcionalidad ha sido objeto de feroces críticas. Tsakyrakis ha sostenido que este principio es “un atropello a los derechos humanos” y un “camino equivocado en busca de precisión y objetividad” (2009: 468). Por su parte, Webber lamenta el hecho de que el principio de proporcionalidad haya creado un infundado “culto académico a los derechos fundamentales”, que ha desembocado en una concepción extremadamente individualista de la constitución y un simultáneo desprecio hacia las leyes democráticas que persiguen la protección de intereses sociales (2010: 180, 190-191; 2009: 88 y s.). Algunos jueces y juristas critican la ponderación y la consideran irracional. Otros autores deploran el uso de la proporcionalidad pues, según ellos,

20 Cfr. Sobre el impacto negativo de la jurisprudencia constitucional sobre la sostenibilidad financiera del sistema de salud en Colombia: Melo y Ramos (2010: 1-24). Asimismo, sobre estas críticas, y una respuesta a ellas, cfr.: Yamin y Parra-Vera (2009: 147-150).

21 Cfr: Contiades y Fotiadou (2012: 660-686).

22 Cfr. Sobre los diferentes conceptos de proporcionalidad: Schlink (2012: 721). Cfr. También: Bomhoff (2010: 108-139).

23 Cfr. Para un análisis crítico sobre la ponderación en el derecho constitucional estadounidense: Aleinikoff (1987: 943-1005).

desvirtúa la esencia de los derechos fundamentales como limitaciones sobre el ejercicio del poder público. Por ejemplo, Habermas sostiene que este principio elimina la “firmeza” de los derechos fundamentales como quiera que, en ocasiones, tales derechos están llamados a ceder ante otros intereses jurídicamente protegidos (1996: 254).²⁴ Finalmente, una objeción común es que este principio permite al poder judicial inmiscuirse ilegítimamente en competencias del legislativo y de la Administración Pública. En ese sentido, Lord Ackner consideró en el caso *Brind* que el uso judicial de la proporcionalidad implicaba un “análisis de fondo de las decisiones políticas”. En una democracia, estas decisiones deben ser adoptadas solo por las autoridades políticas.²⁵

Un segundo problema es que, así la proporcionalidad fuera un criterio adecuado para la aplicación judicial de los derechos fundamentales de libertad, no es claro que también lo sea para la aplicación de derechos sociales, como los derechos positivos que derivan del derecho al agua. Finalmente, tampoco es claro que la proporcionalidad sea un criterio más apropiado que la razonabilidad y el mínimo vital.

5.3. Razonabilidad y mínimo vital en la jurisprudencia constitucional comparada sobre el derecho al agua

196 Los criterios de razonabilidad y del mínimo vital han sido utilizados para el reconocimiento judicial del derecho al agua.

5.3.1. La razonabilidad en *Mazibuko*

Una aplicación emblemática de la razonabilidad se encuentra en el caso *Mazibuko*.²⁶ En este caso, la Corte Constitucional de Sudáfrica se pronunció sobre el contenido del derecho al agua consagrado en la sección 27 de la Constitución Sudafricana. Esta sección establece el derecho de todo ciudadano a acceder a una cantidad de “agua suficiente”. El caso *Mazibuko* se refiere a una política implementada por la ciudad de Johannesburgo, en relación con el suministro de agua en Phiri, un suburbio de Soweto. El acueducto de Soweto databa de 1940. Estaba muy corroído y poroso. A los habitantes de Phiri se les cobraba una tarifa plana mensual por un suministro ilimitado de agua. Esta tarifa se había calculado con base en un consumo mensual de 20 kilolitros de agua por hogar. Estudios señalaban que el consumo real era de 67 kilolitros mensuales. Sin embargo, estos datos eran inciertos, pues parte de esta cantidad correspondía a escapes. Con todo,

24 Cfr. Para un análisis de este aspecto: Kumm (2007: 131 y s.).

25 Cfr. Cámara de los Lores del Reino Unido (1991).

26 Cfr. Corte Constitucional de Sudáfrica (2009).

muchos de los habitantes de esta área nunca pagaban la factura del agua. Durante la época del apartheid se había creado una cultura de evasión frente al pago de los servicios públicos. Como consecuencia, la empresa de aguas de Johannesburgo (*Johannesburg Water (Pty) Ltd*), de tipo estatal, estimaba que los habitantes de Soweto dejaban de pagar el 75% del agua que recibían.

En estas circunstancias, *Johannesburg Water* decidió cambiar las políticas de distribución de agua en Soweto. Phiri fue escogido como el suburbio piloto para implementar y evaluar la efectividad de las nuevas medidas. La política de tarifa plana se aboliría. En su lugar, se ofrecería suministrar a cada hogar 6 kilolitros de agua al mes de forma gratuita. Si los residentes querían disponer de agua por encima de dicha cantidad, debían pagarla de antemano. Esto implicaba la instalación de medidores prepago para el cobro del servicio a los usuarios. Dichos medidores estarían diseñados de manera tal que cuando la cantidad de agua gratuita o prepagada se acabara, ellos impedirían que se siguiera distribuyendo el agua. Desde luego, esto implicaba que se eliminaban para el usuario las salvaguardas procesales consistentes en un aviso acerca de la posible desconexión, así como la discusión acerca de las razones que habían impedido el pago de la factura del agua.

La Corte Suprema de Sudáfrica concedió en 2008 la petición de la señora Mazibuko y de otros cuatro residentes de Phiri de que se prohibiera la instalación de los medidores de agua prepago, por considerar que era contraria a los derechos fundamentales. Al aceptar la opinión del juez Tsoka, la Corte consideró que la Ciudad de Johannesburgo aducía razones plausibles para suprimir la política de suministro ilimitado de agua a cambio de una tarifa plana. La Corte aceptó que dicha política era insostenible. No obstante, la Corte decidió que la instalación de los medidores de agua prepago vulneraba el derecho fundamental al debido proceso. Asimismo, determinó que la cantidad de agua gratuita mensual de 6 kilolitros por hogar, que correspondía en promedio a 25 litros diarios por persona, era insuficiente y, por tanto, irrazonable. La Corte ordenó a la Ciudad de Johannesburgo proveer 50 litros gratis de agua por persona para consumo básico diario a los demandantes y demás residentes de Phiri. En el expediente, existía evidencia de que la cantidad de agua gratuita mensual de 6 kilolitros solo era suficiente para las primeras dos semanas. Esto quiere decir que cada hogar quedaba sin agua dos semanas al mes.²⁷ Asimismo, la Corte Suprema tuvo en cuenta que los residentes de Phiri eran, en su mayoría, pobres, ancianos, personas que sobrevivían con pensiones o subsidios estatales y enfermos de VIH. Informes de expertos señalaban que el cálculo de la cantidad de agua gratis de 6 kilolitros mensuales por hogar se había hecho con base en el estimativo de que en cada casa vivían 8 personas. Sin embargo, el promedio

27 Cfr. Langford y Russell (2008: 73 y s.).

de residentes por cada casa en Phiri era el doble de esa cifra, es decir, 16 personas. No obstante, la sentencia de la Corte Suprema no se refirió con detalle al problema del costo en el aumento de la cantidad de agua gratis. El juez Tsoka solo sostuvo, a manera de especulación, que la empresa de aguas de Johannesburgo “tenía capacidad de proveer más de 25 litros diarios por persona” (parágrafo 181).²⁸

La decisión fue apelada ante la Corte Suprema de Apelaciones. Esta Corte sostuvo que en un área como Phiri, 42 litros de agua por día por persona podría considerarse como la cantidad “suficiente de agua” de acuerdo con la intención del constituyente. Asimismo, la Corte Suprema de Apelaciones estimó que la instalación de medidores prepago para el suministro de agua era una medida contraria al derecho. Sin embargo, esta Corte no adoptó ninguna medida concreta. Tuvo en cuenta que el derecho de acceso a una cantidad suficiente de agua depende de la disponibilidad de recursos para garantizar este derecho. Por esta razón, decidió suspender por dos años la política adoptada por la empresa de aguas de Johannesburgo y exigir a la Ciudad la expedición de una nueva política a la luz de las consideraciones de la sentencia de la Corte Suprema de Apelaciones.

El caso entonces llegó al conocimiento de la Corte Constitucional. Esta Corte declaró que no existía una vulneración de la sección 27 de la Constitución. De acuerdo con el razonamiento expuesto por el Juez O’Regan, la Corte sostuvo que era “inapropiado que una Corte se ocupara de determinar con precisión qué es aquello que la satisfacción de un derecho social implica y cuáles son los pasos que el gobierno debe dar para asegurar la realización progresiva de tal derecho”.²⁹ La Corte señaló que, dado que existen diferentes respuestas para la pregunta acerca de qué constituye una cantidad suficiente de agua, la determinación del contenido del derecho fundamental que protege el acceso a esta cantidad es un asunto de política pública que debe dejarse en manos del legislador y del gobierno. El gobierno había decidido que la cantidad mensual de 6 kilolitros por casa representaba un “suministro suficiente” de este líquido. Según el Juez O’Regan, dado que el censo de 2001 de Johannesburgo había indicado que en cada casa vivían 3.2 personas, 6 kilolitros mensuales por casa representaban aproximadamente 60 litros de agua diarios por persona.³⁰ La Corte no consideró que dicha política fuera irrazonable porque aún más de 100.000 hogares en Johannesburgo todavía carecían del acceso al servicio básico de agua. Finalmente, la Corte concluyó que la instalación de medidores no era ni injusta ni discriminatoria, pues esta política de suministro obedecía a un plan progresivo de aumento de la cobertura en la prestación del servicio.

28 Cfr. Sobre este aspecto, véase el análisis del caso que hace Wesson (2011: 396).

29 Cfr. Corte Constitucional de Sudáfrica (2009), parágrafo 61.

30 Wesson objeta a la Corte que, de acuerdo con el censo de 2001, en Phiri vivían 8.8 personas por casa. De esta forma, la política de 6 kilolitros por casa mensuales implicaba que, en promedio, en Phiri cada persona tenía derecho solo a 23 litros de agua. Cfr. Wesson (*op. cit.*: 400).

5.3.2. El mínimo vital en la Sentencia T-740 de 2011 de la Corte Constitucional colombiana

En contraste con lo que ocurre en Sudáfrica, la Corte Constitucional colombiana ha utilizado el criterio del mínimo vital en su extensa jurisprudencia sobre derechos sociales y, en particular, sobre el derecho al agua. Un uso paradigmático de este criterio se encuentra en la Sentencia T-740 de 2011.³¹ En esta sentencia la Corte Constitucional resolvió una acción de tutela, por medio de la cual, una peticionaria solicitaba la protección de su derecho fundamental al acceso al agua. La peticionaria aducía que este derecho le había sido vulnerado por parte de la junta administradora de un acueducto. La presunta vulneración habría sido causada por la suspensión, por falta de pago, del servicio de agua. La peticionaria afirmaba que sus precarias condiciones familiares y económicas, derivadas de su imposibilidad para trabajar en razón de su edad y de diversos problemas de salud, le impedían pagar para recibir este servicio público. De sus argumentos se sigue que, en estas circunstancias, la falta de pago no era una razón que justificara la decisión de suspender el servicio y que dicha suspensión implicaba la vulneración del derecho fundamental al acceso al agua.

La contraparte en el proceso de tutela, es decir, la entidad prestadora del servicio público de agua, sostuvo que los argumentos de la accionante desconocían lo establecido por el contrato de servicios públicos que la peticionaria había suscrito con tal entidad. Dicho contrato establecía la obligación de pago de la factura y preveía la suspensión del servicio en caso de mora. Asimismo, la entidad demandada señaló que, en razón de las condiciones económicas y familiares de la peticionaria, la había invitado a suscribir acuerdos alternativos de pago e, incluso, le había otorgado un subsidio del 70%. La entidad prestadora del servicio público estaba dispuesta a asumir la carga financiera correlativa a este subsidio. Esta entidad afirmó que, a pesar de tales beneficios, la peticionaria no había cumplido con sus obligaciones contractuales y que este incumplimiento justificaba la suspensión del servicio.

A pesar de que el demandado en dicho proceso no era el Estado sino la junta administradora de un acueducto, la Corte Constitucional adoptó las siguientes decisiones: conceder la acción de tutela y ordenar a dicha junta restablecer el flujo de agua potable en la vivienda de la accionante; y revisar los acuerdos de pago suscritos entre la junta y la accionante a fin de implementar una fórmula mediante la cual la accionante, de acuerdo con su capacidad económica, pudiera ponerse al día en sus obligaciones. En todo caso, la Corte ordenó que, si la accionante probaba que no cuenta con los recursos económicos para sufragar la deuda, la junta le debía proveer a la accionante por lo menos 50 litros de agua al día por cada persona

31 Cfr. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-740 de 2011, M. P. Humberto Sierra Porto. Cfr. Para un análisis detallado de esta sentencia, Bernal (2012: 23-48).

que habite en su vivienda. Esto puede hacerlo por dos medios alternativos: o bien mediante la utilización del acueducto en uso y la instalación en el mismo de un reductor de flujo que garantice por lo menos dicha cantidad de agua, o por medio de la provisión a la accionante de una fuente pública del recurso hídrico que le asegure el suministro de la cantidad mínima de agua. Junto a lo anterior, la Corte Constitucional impartió una orden a una autoridad estatal. Ordenó al municipio en el que habitaba la accionante “asignar de la partida de agua y saneamiento básico transferida a éste por el Gobierno Nacional, los dineros necesarios para garantizar el cubrimiento del 50% del costo del agua” que le fuere proporcionada a la accionante y a su grupo familiar como garantía mínima del suministro de este recurso hídrico.

La Corte Constitucional reconoció que el acceso al agua, además de formar parte del contenido de un derecho fundamental, es el resultado de la prestación de un servicio público domiciliario. Por esta razón, en principio debe regirse por la regulación legal de este servicio. Esta regulación establece que las empresas de servicios públicos tienen competencia para prestar este servicio “a cambio de un precio” (art. 128 de la Ley 142 de 1994) y, por tanto, para cobrar una tarifa. La Corte Constitucional admite que esta característica del suministro de agua no es caprichosa, sino que cumple varias funciones: “(i) permite asegurar el equilibrio económico y financiero de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios; (ii) contribuye al fortalecimiento de las mismas; (iii) incentiva la participación de los particulares en el mercado de los servicios públicos, lo cual contribuye a la ampliación de la cobertura en la prestación de los mismos, y (iv) permite que el Estado pueda establecer políticas de orden social que permitan asegurar la prestación de los servicios domiciliarios a las personas de escasos recursos [en virtud del principio constitucional de solidaridad]”.

Estas razones llevan a colegir que, junto al derecho fundamental al agua, existen otros derechos y bienes jurídicos que son relevantes en situaciones como la del caso que se comenta, y que jugarían a favor de exigir el pago por la prestación de este servicio. Entre ellos se destacan los derechos de las empresas prestadoras del servicio público a la libre empresa, al patrimonio, así como las expectativas legítimas y la seguridad jurídica, que son principios constitucionales implícitos y explícitos, respectivamente. A estos derechos se añan los bienes colectivos que tienen que ver con la estabilidad financiera del sistema de servicios públicos domiciliarios y con la posibilidad de que exista solidaridad entre los usuarios.

Tales derechos y bienes fundamentan no ya únicamente la competencia sino la obligación a cargo de las empresas de servicios públicos de cobrar la factura del agua y de suspender el servicio cuando un usuario haya dejado de pagar tres facturas. El artículo 18 de la Ley 689 de 2001, que modificó el artículo 130 de la Ley 142

de 1994, establece dicha obligación. En la Sentencia C-150 de 2003,³² la Corte Constitucional había establecido que dicha obligación se ajustaba a la Constitución. No obstante, en esta misma sentencia había sostenido que la suspensión del agua tiene dos limitaciones: una procesal y una sustancial. La limitación procesal consiste en que la empresa de servicios públicos debe llevar a cabo un debido proceso con el usuario para intentar recaudar el pago. Este proceso debe incluir la posibilidad de suscripción de acuerdos de pago que tengan en cuenta la capacidad económica de cada usuario. Por su parte, la limitación sustancial se traduce en la prohibición de suspender el agua a establecimientos y sujetos de especial protección constitucional.³³ Entre los primeros se cuentan los centros penitenciarios,³⁴ las instituciones educativas,³⁵ y los hospitales.³⁶

En la sentencia T-740 de 2011, la limitación relevante es sustancial en cuanto concierne a los sujetos de especial protección constitucional. Según la Corte, esta limitación sustancial deriva de la protección del derecho fundamental al agua y de otros derechos fundamentales de estos sujetos. Además, la Corte sugiere que estos derechos deben prevalecer sobre los derechos de las empresas de servicios públicos domiciliarios. Así, en esta sentencia, el alto tribunal hace una ponderación entre estos dos tipos de derechos que muestra que la suspensión del servicio a los sujetos de especial protección constitucional resulta “especialmente desproporcionada”: “aunque ésta persigue un fin constitucionalmente legítimo [añade], que es la garantía de la prestación eficiente, continua e ininterrumpida de los servicios públicos a todos los usuarios y es idónea para alcanzar el objetivo perseguido, los beneficios obtenidos con su aplicación son menores que los sacrificios a que son expuestos los titulares del derecho fundamental al agua”.

Lo cierto es que la Corte nunca lleva a cabo la ponderación anunciada. No fundamenta explícitamente por qué los beneficios de la suspensión del servicio público del agua son menores que los sacrificios que de ella derivan para los sujetos de especial protección constitucional. La Corte simplemente asume la prevalencia del derecho al agua de estos sujetos y determina que si uno de estos sujetos no puede cumplir los acuerdos de pago que la empresa de servicios públicos le ha ofrecido,

32 Cfr. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-150 de 2003, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

33 Cfr. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-150 de 2003, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

34 Cfr. Corte Constitucional de Colombia, Sentencias T-235 de 1994, M. P. Antonio Barrera Carbonell y T-881 de 2001, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

35 Cfr. Corte Constitucional de Colombia, Sentencias T-380 de 1994, M. P. Hernando Herrera Vergara y T-018 de 1998, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

36 Cfr. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-1205 de 2004, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

y manifiesta y prueba que no cuenta con la capacidad económica para pagar por el servicio, “la empresa prestadora deberá instalar, a cuenta de esta, 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 recurso hídrico que asegure el suministro de igual cantidad de agua.” A partir de ese momento, si la empresa de servicios públicos ha llevado a cabo el debido proceso, ha ofrecido acuerdos de pago al usuario y ha instalado el restrictor, puede utilizar las acciones judiciales correspondientes en contra del usuario para recaudar la deuda no pagada y puede aspirar a que el Estado pague un subsidio de hasta el 50% del precio del agua de consumo mínimo que le suministre al usuario. De la sentencia parece desprenderse que este subsidio es un caso especial de aquél que las entidades territoriales pueden conceder a los usuarios de servicios públicos, de acuerdo con el artículo 99 de la Ley 142 de 1994. Como dicho artículo establece, en ningún caso este subsidio podrá ser superior al 15% del costo medio del suministro del servicio público para el estrato 3, al 40% del costo medio del suministro para el estrato 2, ni superior al 50% de éste para el estrato 1. Ahora bien, si, por el contrario, la empresa ha omitido este debido proceso, deberá asumir por entero el costo del servicio hasta que cambie la situación económica del beneficiario del servicio. No podría, en consecuencia, aspirar al pago del subsidio estatal.

202 La Corte Constitucional utiliza todas estas premisas jurídicas para solucionar el caso concreto. En el último paso de su razonamiento solo constata que el acueducto que sirve a la peticionaria no ha recibido los subsidios estatales. En igual sentido, considera acreditado que la peticionaria es sujeto de especial protección por ser madre cabeza de hogar de dos hijos menores y por estar enferma. La conclusión es que la suspensión del servicio de agua vulnera sus derechos fundamentales y que, a pesar de no haber pagado las facturas, ella y sus hijos tienen derecho a recibir hasta 50 litros de agua diarios cada uno. En lugar de hacer una ponderación entre el derecho al agua y los principios constitucionales que colisionaban con él, en las circunstancias del caso concreto, la Corte termina utilizando el criterio del mínimo vital. En definitiva, estima que la provisión de 50 litros de agua diarios por persona es el mínimo vital del derecho fundamental al agua y exige la garantía de este mínimo vital a la empresa demandada en la acción de tutela.

6. El principio de proporcionalidad como criterio para la aplicación judicial del derecho positivo de acceso al agua

Como más adelante se verá, el uso de los criterios de razonabilidad y del mínimo vital suscita interesantes problemas. Una posibilidad alternativa consiste en emplear el principio de proporcionalidad.

Este principio ya ha sido utilizado para hacer efectivo el derecho al agua en Israel. Así lo hizo la Corte Suprema de Israel en el antes mencionado caso *Abu Massad*.³⁷ En aquel caso, la Corte Suprema israelí debía responder la pregunta de hasta qué punto los beduinos que vivían en ciertos lugares del Negev, en los que su asentamiento era ilegal, tenían derecho a pedir que el Estado les instalara conexiones privadas de agua en sus lugares de habitación. Como antes se señaló, la Corte aceptó que el derecho al agua era un derecho fundamental implícito en la Ley Fundamental: Dignidad Humana y Libertad de 1992. Sin embargo, señaló que este no era un derecho absoluto sino que en casos, como Abu Massad, debía ser ponderado con intereses contrarios mediante el uso del principio de proporcionalidad.

Al aplicar este principio en las circunstancias de aquel caso, la Corte estimó que la política del gobierno dirigida a rehusar la instalación de acueductos que llegaran hasta las casas de los beduinos en asentamientos ilegales y ciudades no reconocidas cumplía con las exigencias del sub-principio de idoneidad. Era un medio idóneo para conseguir un objetivo legítimo. Se trataba de un incentivo para que los beduinos se reubicaran en ciudades y municipios planeadas y reguladas por el gobierno. Asimismo, el gobierno había sido cuidadoso en estipular que, por razones humanitarias, debía proveerse agua a los asentamientos beduinos mediante centros comunitarios de agua. De acuerdo con la Corte Suprema, gracias a esta estipulación, la política del gobierno también se ajustaba a las exigencias del sub-principio de necesidad. La existencia de centros comunitarios de agua permitía a los beduinos transportar el agua a reservas que ellos estaban en capacidad de construir dentro de sus asentamientos. De esta forma, la política del gobierno era la forma más benigna de incentivar la reubicación de los beduinos en ciudades estructuradas y gobernadas por planes estatales. Finalmente, en el análisis de proporcionalidad en sentido estricto, la Corte llegó a la conclusión de que la política del gobierno no vulneraba el derecho fundamental al acceso al agua porque solo generaba para los beduinos la molestia y los costos de tener que transportar el agua desde los centros comunitarios de agua hasta sus hogares en los asentamientos informales. De acuerdo con la Corte Suprema, la proporcionalidad se respeta siempre y cuando se mantenga el derecho fundamental de las personas a acceder a fuentes de agua, a pesar de que esto implique molestias y costos para los titulares del derecho. Si bien los centros comunitarios de agua no ofrecían a los beduinos una posibilidad de satisfacción plena de su derecho de acceso al agua, ellos podrían optar por dicha satisfacción si decidían reubicarse en ciudades sujetas al gobierno y la planeación ofrecida por el Estado.

37 Cfr. CA 9535/06 Adalah, op. cit. Cfr. Sobre este caso: Murthy, Williams y Baskin (op. cit., 25-59).

7. El principio de proporcionalidad como el criterio judicial más apropiado para la aplicación de los derechos positivos al agua

En esta última sección quisiera defender la tesis de que el principio de proporcionalidad es el criterio judicial más apropiado para la aplicación de los derechos positivos al agua.

Como antes se expuso, las disposiciones internacionales y constitucionales que protegen el derecho al agua son indeterminadas. Asimismo, la garantía efectiva de este derecho se surte, por lo general, en el libre mercado de los servicios públicos, en el que participan agentes públicos y privados en competencia. Dadas estas circunstancias, es imposible imaginar la existencia de algún criterio objetivo para la protección del derecho al agua, es decir, un criterio que otorgue respuestas que no den lugar a incertidumbre o a desacuerdos. Esto no solo es cierto respecto del principio de proporcionalidad sino de la razonabilidad o del mínimo vital. No obstante, esto no implica que todo lo que queda es arbitrariedad o decisionismo. En los sistemas jurídicos contemporáneos, la protección de los derechos fundamentales en la constitución va de la mano de ciertos valores que emanan del constitucionalismo, la democracia deliberativa y el Estado de Derecho. Esos valores son racionalidad, imparcialidad, no arbitrariedad, previsibilidad de las decisiones futuras, respeto por la separación de poderes, legitimidad en el ejercicio del control de constitucionalidad, y la prioridad de los derechos fundamentales. La aplicación judicial del derecho al agua debe respetar en la mayor medida posible estos valores que a continuación se explican.

204

La democracia deliberativa implica los valores de racionalidad e imparcialidad. Las decisiones políticas que resuelven problemas de coordinación social y moral son legítimas cuando se adoptan mediante un proceso de deliberación que tiene en cuenta todos los argumentos relevantes. Dentro de dicho proceso, es necesario justificar todas las decisiones políticas y adoptarlas dentro de un intercambio público de argumentos “defendidos por todos los participantes que defienden los valores de racionalidad e imparcialidad”, y en el que todos los afectados por la decisión puedan participar de manera directa o indirecta por medio de sus representantes.³⁸ En este contexto, el principio de imparcialidad exige otorgar “una adecuada consideración a los intereses de todos los posibles afectados”,³⁹ y el principio de racionalidad se refiere a ciertas exigencias que deben cumplir las decisiones judiciales. Aunque no existe un consenso acerca de estas exigencias, generalmente es aceptado que para ser racional, una decisión judicial debe ser justificada conforme a derecho. Esto sucede cuando la justificación se expresa de manera conceptualmente clara y en términos consistentes, y

38 Cfr. Elster (1998: 8). En el mismo sentido, Gutma y Thompson (2004: 3).

39 Sobre el concepto de imparcialidad, y su crítica: Jollimore (2011).

cuando se cumplen las exigencias de respaldo por premisas completas y exhaustivas, respeto de lógica y de las cargas de la argumentación que sean relevantes.

El Estado de Derecho implica el principio de no arbitrariedad, previsibilidad de las decisiones de los jueces y de las autoridades políticas, el respeto a la separación de poderes y la imparcialidad. De acuerdo con el principio del Estado de Derecho,⁴⁰ las decisiones judiciales de protección de los derechos fundamentales no pueden ser arbitrarias. Ellas deben poder fundamentarse en razones plausibles. Además, deben ser previsibles, de tal manera que individuos y autoridades puedan conocer el derecho aplicable. Aunado a ello, deben respetar la integridad de las competencias de las autoridades políticas.⁴¹ En particular, las decisiones judiciales deben ser el resultado de un ejercicio legítimo del poder judicial que respete los márgenes de discrecionalidad de los representantes del pueblo en la toma de decisiones políticas. En una democracia representativa, la legitimidad asociada con la representación política mitiga la falta de certeza acerca de la idoneidad de las decisiones políticas, y acerca de las valoraciones normativas y empíricas relevantes que la adopción de tales decisiones implica. Por último, en el constitucionalismo, la protección de los derechos fundamentales tiene prioridad sobre otros bienes e intereses políticos colectivos e individuales.

En comparación con los criterios de razonabilidad y de mínimo vital, el principio de proporcionalidad faculta a los jueces para velar por los valores antes mencionados en mayor grado. El principio de proporcionalidad protege la prioridad de los derechos fundamentales en mayor grado que el principio de razonabilidad.⁴² Esto salta a la vista en un análisis del caso *Mazibuko*. La Corte Constitucional de Sudáfrica no hizo valer la prioridad del derecho al agua como derecho fundamental. Soslayó por completo que, de acuerdo con el censo de 2001, en Phiri vivían 8.8 personas por casa. De esta forma, la política de 6 kilolitros por casa mensuales que la Corte declaró ajustada a la Constitución implicaba que, en promedio, en Phiri cada persona tenía derecho solo a 23 litros de agua. Esta provisión solo era suficiente para dos semanas y no para un mes entero.

Además de lo anterior, y a diferencia del criterio de razonabilidad y del mínimo vital, el principio de proporcionalidad tiene una estructura argumentativa racional y

40 Sobre la afirmación según la cual el Estado de Derecho excluye la arbitrariedad: Krygier (2012: 235 y 241).

41 T. R. S. Allan (*op. cit.*, capítulo 2) sostiene que cuando el Estado de Derecho se interpreta como un principio del constitucionalismo, implica el principio de separación de poderes.

42 Como sostuvo Lord Diplock, cuando emitió el juicio decisivo para la Sentencia que la Cámara de los Lores del Reino Unido dictara en el caso *GCHQ*, el criterio de razonabilidad exige una clase de irracionalidad que solo puede tener lugar en una "decisión que sea tan atroz en su oposición con la sana lógica y la moral, que ninguna persona sensata pudiera haber llegado a esa conclusión". La exigencia de este grado extremo de irracionalidad socava la prioridad de los derechos fundamentales. *Cfr. Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service* [1985] 1 AC 410.

transparente.⁴³ Es un criterio que tiene en cuenta, de forma abierta, todas las razones jurídicas, metodológicas y morales a favor y en contra de la constitucionalidad de las limitaciones a los derechos fundamentales, así como los intereses de todas las partes que pueden verse afectadas por dicha limitación.⁴⁴ De esta manera, el principio de proporcionalidad permite que haya una crítica informada de las decisiones judiciales. A su vez, este principio impide decisiones arbitrarias atinentes a los derechos. Los jueces y las autoridades políticas deben justificar las limitaciones a los derechos fundamentales una vez que hayan considerado todos los argumentos e intereses en juego.⁴⁵ Por el contrario, el criterio del mínimo vital lleva a que los jueces se preocupen únicamente por uno de los factores relevantes en el análisis de constitucionalidad, esto es, determinar si el mínimo del derecho ha sido satisfecho. Además, el principio de proporcionalidad es más respetuoso de la separación de poderes y la democracia representativa que la razonabilidad y el mínimo vital, y hace posible que las autoridades judiciales lleven a cabo el control de constitucionalidad en una manera más legítima. La estructura del principio de proporcionalidad permite la inclusión de un análisis de los márgenes de discrecionalidad de las autoridades políticas.⁴⁶ Asimismo, el principio de proporcionalidad alienta un diálogo entre los jueces, el legislador y el ejecutivo (Barak, 2012: 465 y s.).

206 Este carácter comprensivo y abierto del principio de proporcionalidad se muestra, con toda claridad, en la Sentencia del caso *Abu Massad*, en la que la Corte Suprema de Israel tiene en cuenta tanto el derecho fundamental al agua de los beduinos como el objetivo estatal de incentivar la reubicación de estos pueblos en ciudades formalizadas. En este sentido, el principio de proporcionalidad es superior al criterio de la razonabilidad. Si el Juez Tsoka de la Corte Suprema hubiera utilizado el principio de proporcionalidad, habría considerado el costo que para la ciudad de Johannesburgo ocasionaba su sentencia de primera instancia en *Mazibuko*, al incrementar la cantidad de agua gratuita de 25 a 50 litros de agua diarios por persona.

Asimismo, en cuanto a este aspecto también puede verse la superioridad del principio de proporcionalidad sobre el criterio del mínimo vital. Si la Corte Constitucional colombiana hubiera utilizado el principio de proporcionalidad en su Sentencia T-740 de 2011, habría tomado en cuenta con suficiencia los derechos de la empresa de servicios públicos domiciliarios a la que, en definitiva, impone la carga de subsidiar en un 50% el agua gratuita que se suministra a la peticionaria en la acción

43 Cfr. Barak (2012: 375 y s., 460 y s.).

44 Cfr. Möller (2012: 717, 726); y Panaccio (2011: 109-128).

45 Cfr. Kumm (2010: 142-175).

46 Cfr. Sobre el desarrollo de una teoría del principio de proporcionalidad dentro de los márgenes discrecionales del juez, véase: Rivers (2007: 108); y Klatt y Schmidt (2012: 69-105).

de tutela.⁴⁷ En el marco de un Estado Social de Derecho, en principio, el destinatario del derecho al agua, es decir, quien tiene el deber de satisfacer al titular del derecho, es el Estado y no las empresas de servicios públicos domiciliarios. En el marco del régimen constitucional de un Estado Social de Derecho, la comunidad política, representada por el Estado, es aquella que, en estricto sentido, tiene la función de satisfacer las necesidades básicas del individuo cuando este o su familia no tengan capacidad para hacerlo. Esta no es una función propia de las empresas de servicios públicos. Si esto es así, entonces no se entiende por qué la empresa de servicios públicos domiciliarios solo puede recuperar el 50% del valor del agua mínima que debe proveer a los sujetos de especial protección constitucional, además de instalar a su cargo los restrictores correspondientes. El destinatario de este derecho es el Estado que, por ende, debería restituir a estas empresas el 100% del costo del agua que ellas suministran a los sujetos de especial protección constitucional. Atribuir a las empresas de servicios públicos el subsidio en un 50% del agua desconoce las exigencias que derivan de la libertad de empresa y los demás derechos constitucionales y legales de las empresas de servicios públicos domiciliarios.

Tras una aplicación adecuada del principio de proporcionalidad, la Corte Constitucional colombiana, en principio habría tenido que concluir que resulta proporcionado que los sujetos de especial protección constitucional reciban una cantidad mínima de agua diaria. El Estado es el destinatario de este derecho fundamental y, por tanto, el competente para sufragar el costo de esta cantidad de agua. La proporcionalidad de esta medida deriva de la constatación de que mientras la carencia de agua mínima representa una afectación severa de los derechos fundamentales de los sujetos de especial protección constitucional, el suministro de este subsidio por parte del Estado solo puede suponer una intervención media o leve en las finanzas públicas. Ahora bien, por razones técnicas y logísticas, es proporcionado que las empresas de servicios públicos domiciliarios no suspendan el servicio del agua, ante la falta de pago de la factura por parte de un sujeto de especial protección constitucional y que continúen el suministro de la cantidad mínima de agua diaria. Sin embargo, el Estado debería reembolsar a estas empresas el 100% del costo del agua gratuita que distribuyan. Reembolsar solo el 50% de este costo enajena al Estado Social su responsabilidad y la traslada a las empresas de servicios públicos. De esta forma, esta regla afecta desproporcionadamente los derechos constitucionales de estas empresas, en especial, la libertad de empresa, las demás libertades económicas fundamentales y el derecho a la estabilidad y al respeto de los derechos adquiridos, que está ligado con los principios de legalidad, buena fe y confianza legítima.

47 Cfr. Para una crítica detallada a esta sentencia, Bernal (2012: 23-48).

Una última consideración debe hacerse en relación con la posibilidad de considerar a las empresas de servicios públicos domiciliarios como destinatarios del derecho fundamental al agua. Como ha mostrado Anna F. S. Russell, investigadora de la Universidad de Oxford, existe un creciente temor entre las empresas multinacionales que se dedican a la prestación del servicio público de agua potable (como la francesa Suez) frente a la posibilidad de que se establezca a su cargo el deber de proveer agua gratuita y que el suministro de agua gratuita repercuta negativamente en desperdicios de agua que hagan peligrar la sostenibilidad de este recurso (2010: 1-12). Sin embargo, Russell también ha mostrado que en este terreno tales empresas han comenzado a aplicar los principios de la responsabilidad social empresarial, para hacerse a sí mismas responsables de cumplir en su actividad con los estándares internacionales de derechos humanos (2011: 1-30). Es así como la multinacional francesa Suez se considera a sí misma como un agente “implementador” del derecho humano al agua (Russell, 2011: 12). AquaFed, por su parte, reconoce sin ambages la existencia de este derecho (Russell, 2011: 13). Desde luego, este papel de las empresas prestadoras de servicios públicos también está reconocido en la Observación General número 15, antes citada. En los párrafos 27, 49 y 50 enfatiza en la necesidad de colaboración entre los estados y el sector privado para garantizar la eficaz protección del derecho al agua. Las empresas prestadoras del servicio de agua pueden ver en la protección de este derecho una inmensa oportunidad de negocios. Si los estados obran decididamente para garantizar la universalidad del derecho al agua dentro de su territorio, muy probablemente recurrirán a las empresas prestadoras de este servicio para que suministren agua de la manera más eficaz posible. Por ello, no sorprende el interés de Suez en la promoción del derecho humano al agua (su eslogan principal es: “convertir el derecho al agua en una realidad”), ni que sus ejecutivos consideren que este derecho ofrece más oportunidades de negocios que riesgos (Russell, 2011: 14). Es por esta razón que compañías como Suez han decidido desarrollar planes de responsabilidad social empresarial para facilitar el acceso de los más pobres al suministro de agua en países de Latinoamérica (Argentina y Bolivia) y de África en los que tiene contratos. Con todo, estos planes de responsabilidad social empresarial dependen de la autorregulación y la voluntad de cada compañía. Como los ejecutivos de AquaFed señalan, el papel del sector privado consiste en hacer efectivo el derecho al agua. Sin embargo, este sector “solo lleva a cabo las tareas que le encargan las autoridades públicas, quienes tienen el deber de satisfacer el derecho al agua” (Russell, 2011: 18).

Al hilo de lo anterior, una pregunta relevante en los casos en los que se aplique el principio de proporcionalidad, en relación con la satisfacción del derecho al agua sería si, en el marco general del régimen de prestación de los servicios públicos, existe alguna razón ligada a los beneficios económicos que las empresas prestadoras

públicas y privadas derivan de dicha actividad, que justifique la atribución a ellas de deberes de subsidio atinentes a la provisión de agua a todos los individuos. Si en las circunstancias de un caso concreto mediase una razón semejante, entonces, en virtud de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, estaría justificado considerar a una empresa prestadora del servicio de agua como un destinatario del derecho fundamental al agua. Por el contrario, de no mediar una razón semejante, el Estado debería permanecer como el destinatario de este derecho y como el responsable exclusivo de su satisfacción. De modo paralelo, la asunción de deberes a este respecto por parte de las empresas prestadoras del servicio sería voluntaria. Dependería de la voluntad de cada empresa asumir y satisfacer este derecho como parte de su responsabilidad social empresarial.

Bibliografía

Fuentes primarias de derecho internacional:

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Observación General No. 15. Disponible en: http://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html (consultado el 25 de septiembre de 2013).

209

Organización de Naciones Unidas, Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Disponible en: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm> (consultado el 10 de octubre de 2013).

Organización de Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Disponible en: <http://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?navid=13&pid=497> (consultado el 10 de octubre de 2013).

Organización de Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos del Niño. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm> (consultado el 10 de octubre de 2013).

Organización de Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cescr.htm> (consultado el 10 de octubre de 2013).

Organización de Naciones Unidas, Resolución 64/292 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 28 de julio de 2010. Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N09/479/38/PDF/N0947938.pdf?OpenElement> (consultado el 15 de septiembre de 2013).

Organización de Naciones Unidas, Resolución 15/9 de septiembre de 2010 del Consejo de Derechos Humanos. Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/166/36/PDF/G1016636.pdf?OpenElement> (consultado el 25 de septiembre de 2013).

Organización Mundial para la Salud (OMS) (2003). Informe *sobre la cantidad de agua domiciliaria, el nivel del servicio y la salud* y ONU/WWAP (Naciones Unidas/Programa Mundial de Evaluación de los Recursos Hídricos). *1er Informe de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos en el Mundo: Agua para todos, agua para la vida*. París, Nueva York y Oxford. UNESCO (Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura) y Berghahn Books. Disponible en: http://www.who.int/water_sanitation_health/diseases/WSH03.02.pdf (consultado el 11 de octubre de 2013).

Fuentes primarias de derecho comparado:

Constitución de la República Oriental del Uruguay. Disponible en: <http://www.rau.edu.uy/uruguay/const97-1.6.htm> (consultado el 12 de octubre de 2013).

Constitución de la República de Sudáfrica. Disponible en: <http://www.southafrica.org.ar/pdf/Constituci%F3n.pdf> (consultado el 12 de octubre de 2013).
Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia. Disponible en: <http://bolivia.infoleyes.com/shownorm.php?id=469> (consultado el 12 de octubre de 2013).

Ley Fundamental: Dignidad Humana y Libertad de Israel. Disponible en: http://www.knesset.gov.il/laws/special/eng/basic3_eng.htm (consultado el 10 de octubre de 2013).

Jurisprudencia

Cámara de los Lores del Reino Unido

Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service [1985] 1 AC 410.

Regina v. Secretary of State for the Home Department ex parte Brind [1991] 1 AC 696.

Corte Constitucional colombiana

Sentencia T-578 de 1992, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia T-539 de 1993, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

Sentencia T-140 de 1994, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Sentencia T-235 de 1994, M. P. Antonio Barrera Carbonell.
Sentencia T-244 de 1994, M. P. Hernando Herrera Vergara.
Sentencia T-380 de 1994, M. P. Hernando Herrera Vergara.
Sentencia T-523 de 1994, M. P. Alejandro Martínez Caballero.
Sentencia T-092 de 1995, M. P. Hernando Herrera Vergara.
Sentencia T-207 de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero.
Sentencia T-379 de 1995, M. P. Antonio Barrera Carbonell.
Sentencia T-413 de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero.
Sentencia T-018 de 1998, M. P. Carlos Gaviria Díaz.
Sentencia T-881 de 2001, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
Sentencia C-150 de 2003, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.
Sentencia T-410 de 2003, M. P. Jaime Córdoba Triviño.
Sentencia T-1205 de 2004, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
Sentencia T-1104 de 2005, M. P. Jaime Araújo Rentería.
Sentencia T-270 de 2007, M. P. Jaime Araújo Rentería.
Sentencia T-022 de 2008, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.
Sentencia T-888 de 2008, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
Sentencia T-381 de 2009, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
Sentencia T-616 de 2010, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.
Sentencia T-740 de 2011, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

211

Corte Constitucional de Sudáfrica

Government of the Republic of South Africa v. Grootboom 2000 (11) BCLR 1169 (CC) (S. Afr.).

Minister of Health v. Treatment Action Campaign (No. 2) 2002 5 SA 721 (CC).

Mazibuko v. City of Johannesburg 2009 (39) BCLR 239 (CC) (S. Afr.).

Corte Suprema de Israel

Legislative Appeal 3829/04 Twito v. Municipality of Jerusalem 2004 PD 59(4) 769, 779.

CA 9535/06 Abadallah Abu Massad and Others v. Water Commissioner and Israel Lands Administration. Adalah, “Israeli Supreme Court: Arab Bedouin in the Unrecognized Villages in the Negev Have the Right to “Minimal Access to Water””, 6 June 2011. Disponible en: <http://adalah.org/eng/?mod=articles&ID=1634> (consultado el 10 de octubre de 2013).

Corte Suprema de Sudáfrica

Mazibuko et al v. City of Johannesburg et al, 2008 (4) SA 471 (W).

Doctrina

Adalah, “Israeli Supreme Court: Arab Bedouin in the Unrecognized Villages in the Negev Have the Right to “Minimal Access to Water””, 6 Junio 2011. Consultado el 10 de octubre de 2013 en: <http://adalah.org/eng/?mod=articles&ID=1634>.

Aleinikoff, Thomas Alexander (1987). “Constitutional Law in the Age of Balancing”, *The Yale Law Journal* 96, 943 y s.

Alexy, Robert (2002). *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press.

-- (2009). “On Constitutional Rights to Protection”, *Legisprudence* 3, 1 y s.

Allan, T. R. S. (2003). *Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press.

Arango, Rodolfo (2003). “Basic Social Rights, Constitutional Justice, and Democracy”, *Ratio Juris*, 16(2), 143 y s. Consultado el 12 de enero de 2016.

Barak, Aharon (2012). *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*. Cambridge: Cambridge University Press.

Bernal, Carlos (2007). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (3ª ed.). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

-- (2012). “El derecho fundamental al agua y su intrincada satisfacción”, *Letras Jurídicas* 17(1), 23 y s.

Bilchitz, David (2007). *Poverty and Fundamental Rights: The Justification and*

- Enforcement of Socio-Economic Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- Jacco, Bomhoff (2010). “Genealogies of Balancing as Discourse”, *Law & Ethics of Human Rights* 1(4), 108 y s.
- Contiades, Xenophon y Fotiadou, Almene (2012). “Social Rights in the Age of Proportionality: Global Economic Crisis and Constitutional Litigation”, *International Journal of Constitutional Law* 10(3), 660 y s.
- Dworkin, Ronald (1975). “Hard Cases”, *Harvard Law Review*, 88(6), 1057 y s.
- Elster, Jon (1998). “Introduction”. En *Deliberative Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 8
- Gauri, Varun y Brinks, Daniel M. (2008). “Introduction: The Elements of Legalization and the Triangular Shape of Social and Economic Rights”, Varun Gauri y Daniel M. Brinks (Eds.), *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*. Cambridge: Cambridge University Press, 2 y s. falta numeración
- Gutma, Amy y Thompson, Dennis (2004). *Why Deliberative Democracy*. Princeton: Princeton University Press, 3 y s.
- Habermas, Jürgen (1996). *Between Facts and Norms. Contributions to Discourse Theory of Law and Democracy*. Cambridge, Mass.: The MIT Press. 213
- Jollimore, Troy (2011). “Impartiality”, En *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Consultado el 9 de septiembre de 2013 en: <http://plato.stanford.edu/entries/impartiality/>.
- King, Jeff (2012). *Judging Social Rights*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Klatt, Matthias y Schmidt, Johannes (2012). “Epistemic Discretion in Constitutional Law”, *International Journal of Constitutional Law* 1(10), 69 y s.
- Krygier, Martin (2012). “Rule of Law”. En Michel Rosenfeld y Andrés Sajó (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 235 y s.
- Kumm, Matthias (2007). “What Do You Have in Virtue of Having a Constitutional Right? On the Place and Limits of Proportionality Requirements”. En George Pavlakos (Ed.), *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*. Oxford: Hart Publishing, 131 y s.
- (2010). “The Idea of Socratic Constestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review”, *Law and Ethics in Human Rights* 1(4), 142 y s.

- Landau, David (2012). "The reality of Social Rights Enforcement", *Harvard International Law Journal* 53, 190 y s.
- (2014), "The Promise of a Minimum Core Approach: The Colombian Model for Judicial Review of Austerity Measures", En Aoife Nolan (Ed.), *Economic and Social Rights after the Global Financial Crisis*. Cambridge: CUP.
- Langford, Malcolm y Russell, Anna (2008). "Global Precedent or Reasonable No More?: the Mazibuko case", *Water Law* 19, 73 y s.
- Melo, Ligia Alba y Ramos, Jorge Enrique (2010). "Algunos aspectos fiscales y financieros del sistema de salud en Colombia", *Borradores de economía* 624, 1 y s.
- Michelman, Frank I. (2008). "Socioeconomic Rights in Constitutional Law: Explaining America Away", *International Journal of Constitutional Law* 6, 667 y s.
- Möller, Kai (2012). "Proportionality: Challenging the Critics", *International Journal of Constitutional Law* 3(10), 717 y s.
- Murthy Sharmila L, Williams, Mark y Baskin, Elisha (2013). "The Human Right to Water in Israel: A Case Study of the Unrecognised Bedouin Villages in the Negev", *Israel Law Review* 46(1), 25-59.
- 214 O'Connell, Paul (2011). "The Death of Socio-Economic Rights", *Modern Law Review* 74(4), 532 y s.
- Panaccio, Carles-Maxime (2011). "In Defence of Two-Step Balancing and Proportionality in Rights Adjudication", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 24, 109 y s.
- Rawls, John (1993). *Political Liberalism*. New York, N. Y.: Columbia University Press.
- Rivers, Julian (2007). "Proportionality and Discretion in International and European Law". En N. Tsagourias (Ed.), *Transnational Constitutionalism: International and European Perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press, 108 y s.
- Russell, Anna F. S. (2010). "International Organizations and Human Rights: Realizing, Resisting or Repackaging the Right to Water?", *Journal of Human Rights* 9(1), 1 y s.
- (2011). "Incorporating Social Rights in Development: Transnational Corporations and the Right to Water", *International Journal of Law in Context* 7, 1 y s.
- Schlink, Bernhard (2012). "Proportionality (1)". En Michel Rosenfeld y Andrés Sajó (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 721 y s.

- Tsakyrakis, Stavros (2009). "Proportionality: An Assault on Human Rights", *International Journal of Constitutional Law* 3(7), 468 y s.
- Webber, Grégoire (2009). *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights*. Cambridge: Cambridge University Press.
- (2010). "Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 23, 180 y s.
- Wesson, Murray (2011). "Reasonableness in Retreat? The Judgment of the South African Constitutional Court in *Mazibuko v City of Johannesburg*", *Human Rights Law Review* 11(2), 400 y s.
- Yamin, Alicia E. y Parra-Vera, Oscar (2009). "How Do Courts Set Health Policy? The Case of the Colombian Constitutional Court", *PLoS Med* 6(2), 147 y s.
- Young, Katherine (2012). *Constituting Economic and Social Rights*. Oxford: Oxford University Press.

