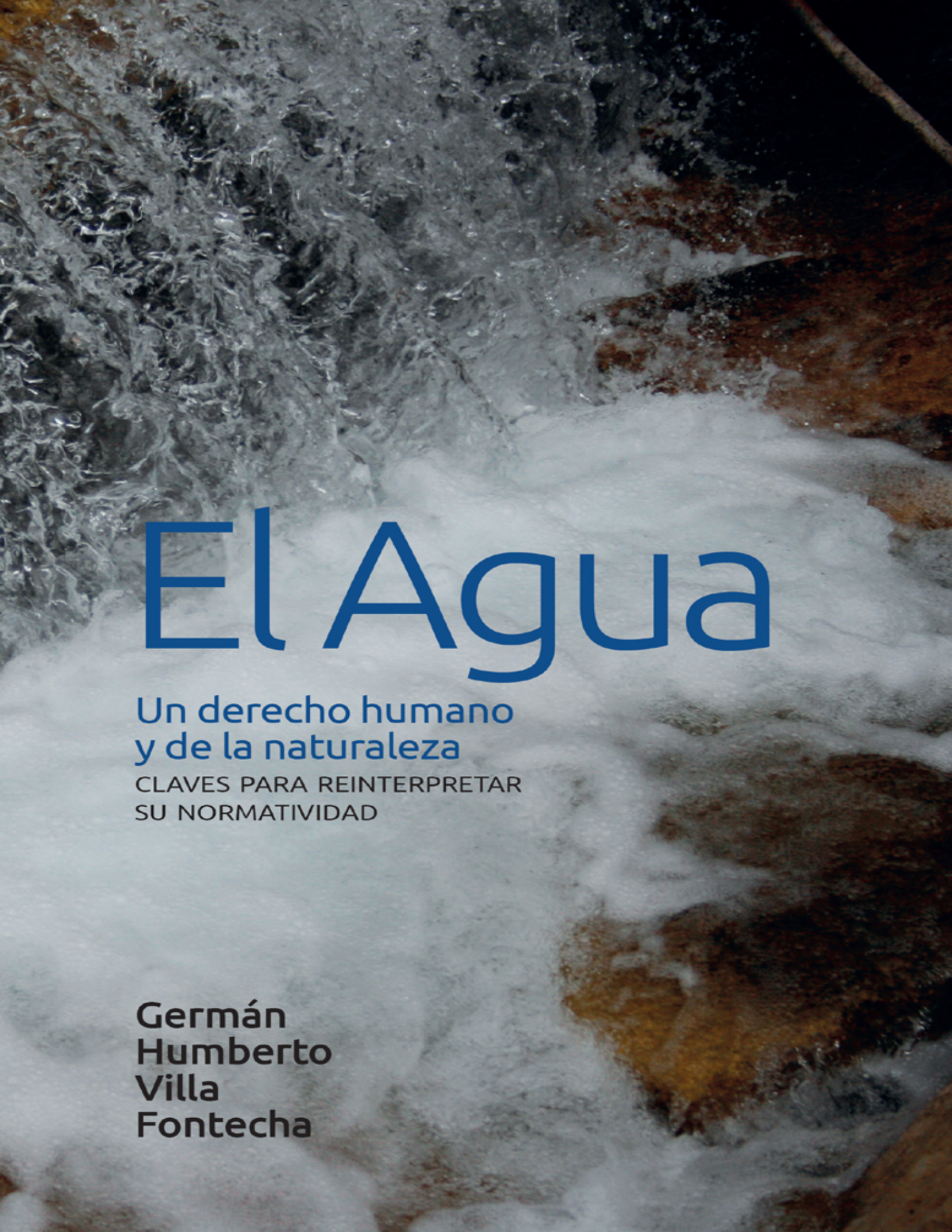




El Agua

Un derecho humano
y de la naturaleza

CLAVES PARA REINTERPRETAR
SU NORMATIVIDAD

Germán
Humberto
Villa
Fontecha



Universidad del
Rosario

El agua: un derecho humano y de la naturaleza

El agua: un derecho humano y de la naturaleza. Claves para reinterpretar su normatividad

Reseña

Este libro tiene como punto de partida el examen de algunos documentos elaborados en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, para después viajar a través de diferentes espacios conceptuales como la filosofía del derecho, la bioética, la biopolítica y la filosofía de la biología, de los que se tomaron algunos conceptos apropiados para formular una explicación de los fundamentos del derecho humano al agua. Así, la obra ofrece una mirada alternativa, crítica y propositiva al contenido normativo del derecho humano al agua existente, apuntando, en última instancia, a entenderlo como un potencial *punto* para avanzar en la reintegración del humano y la naturaleza, necesaria después de varios siglos de modernidad occidental, además de útil para todos aquellos que aborden el estudio e investigación de este tema en general y, más específicamente, del derecho humano al agua.

Palabras clave: derecho, legislación en Colombia, derechos humanos, derecho al agua, abastecimiento de agua.

Water: A human and natural right. Keys to reinterpret its normativity

Summary

This book starts by examining some documents elaborated in the field of international human rights law. Subsequently, it travels through different conceptual spaces, such as the philosophy of law, bioethics, biopolitics, and the philosophy

of biology, from where it borrows some appropriate concepts to formulate an explanation of the foundations of the human right to water. Thus, the work offers an alternative, critical, and propositional look at the normative content of the existing human right to water. Ultimately, it aims to understand it as a potential *bridge* to advance in the reintegration of the human world and nature, necessary after several centuries of Western modernity, as well as helpful for all those who approach the study and research of this topic in general and, more specifically, of the human right to water.

Keywords: law, legislation in Colombia, human rights, right to water, water supply.

Citación sugerida / *Suggested citation*

Villa Fontecha, G. H. (2022). *El agua: un derecho humano y de la naturaleza. Claves para reinterpretar su normatividad*. Editorial Universidad del Rosario.
<https://doi.org/10.12804/urosario9789587849844>

**El agua: un derecho humano y de la
naturaleza**
Claves para reinterpretar su normatividad

Germán Humberto Villa Fontecha

Villa Fontecha, Germán Humberto

El agua: un derecho humano y de la naturaleza. Claves para reinterpretar la subjetividad / Germán Humberto Villa Fontecha. – Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2022.

Incluye referencias bibliográficas.

1. Agua - Legislación. 2. Derecho de aguas. 3. Derecho ambiental. 4. Derechos civiles. 5. Servicios públicos - Legislación. I. Villa Fontecha, Germán Humberto. II. Universidad del Rosario. III. Título.

346.04691

SCDD 20

Catalogación en la fuente - Universidad del Rosario. CRAI

DJGR

Agosto 8 de 2022

Hecho el depósito legal que marca el Decreto 460 de 1995



© Editorial Universidad del Rosario
© Universidad del Rosario
© Germán Humberto Villa Fontecha

Editorial Universidad del Rosario
Carrera 7 No. 12B-41, of. 501
Tel: 601 297 02 00, ext. 3113
<https://editorial.urosario.edu.co>

Primera edición: Bogotá, D. C., 2022

ISBN: 978-958-784-983-7 (impreso)

ISBN: 978-958-784-985-1 (ePub)

ISBN: 978-958-784-984-4 (pdf)

<https://doi.org/10.12804/urosario9789587849844>

Corrección de estilo: Eduardo Franco

Diseño de cubierta: Luz Arango y César Yepes

Diagramación: Martha Echeverry

Conversión ePub: Lápiz Blanco S.A.S.

Hecho en Colombia

Made in Colombia

Los conceptos y opiniones de esta obra son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no comprometen a la Universidad ni sus políticas institucionales.

El contenido de este libro fue sometido al proceso de evaluación de pares, para garantizar los altos estándares académicos. Para conocer las políticas completas visitar: editorial.urosario.edu.co

Todos los derechos reservados. Esta obra no puede ser reproducida sin el permiso previo escrito de la Editorial Universidad del Rosario.

Autor

Germán Humberto Villa Fontecha

Filósofo de la Universidad Nacional de Colombia, magíster en Estudios Políticos de la misma universidad y doctor en Derecho de la Universidad del Rosario (Colombia). Se ha desempeñado como asesor de la Secretaría de Gobierno y Desarrollo Comunitario de la Gobernación de Casanare para el tema de derechos humanos, como catedrático de la Universidad del Rosario y de la Universidad Autónoma de Colombia. También ha trabajado como profesor ocasional del Instituto IEPRI de la Universidad Nacional de Colombia y como profesor de tiempo completo de la Fundación Universitaria Internacional del Trópico Americano (Unitrópico). Entre sus publicaciones se encuentran “A propósito de la gestión del agua en el mundo contemporáneo. Un enfoque biopolítico” (*Análisis Político*, n.º 73, 2012) y “Crítica a la racionalidad económica: a propósito del debate sobre el uso del agua de la Amazonía” (*Papers NAEA*, n.º 269, 2010).

Contenido

Introducción

Capítulo 1. Antecedentes de la investigación: marco teórico

Introducción

Marco empírico de referencia

Marco histórico-filosófico de referencia

La relación humano-naturaleza en la naciente modernidad

Especialización y superespecialización en el conocimiento

Racionalidad instrumental utilitarista: un producto moderno

Ruptura en el ámbito del derecho y los derechos humanos

Capítulo 2. Formulación del derecho humano al agua en el derecho internacional de los derechos humanos

Introducción

Aproximación sintética a la definición del contenido normativo del derecho humano al agua desde el derecho internacional de los derechos humanos

Observación general N.º 15 (2002) y otros documentos que se refieren directamente al derecho

humano al agua

El Programa de trabajo del Grupo ad hoc para la realización de un estudio tendiente a contribuir a las bases de una declaración internacional sobre los derechos humanos y la extrema pobreza José Bengoa

La Observación general N.º 36

El problema en torno al modelo de gestión para el cumplimiento del derecho al agua

Mecanismos de protección del derecho humano al agua en el nivel internacional

Mecanismos de protección en el derecho internacional de los derechos humanos

Mecanismos alternativos de protección

Capítulo 3. Núcleo teórico

Introducción

La estrecha conexión entre el derecho al agua y el derecho a la vida

Obviedad

Bíos y zoé

La distinción entre lenguaje descriptivo y lenguaje prescriptivo: el “ser” y el “deber ser”

Hart, las verdades obvias sobre la naturaleza humana y el contenido mínimo del derecho natural

Aclaraciones en torno al abordaje de lo biológico

Los sistemas vivos y el humano biológico

Necesidad y libertad

La dignidad del viviente

El derecho a la vida

Aterrizar en el derecho humano al agua

Capítulo 4. La visión del agua como bien económico

Aclaración inicial

Caracterización de la acción del agente económico: el principio de maximización del beneficio

Caracterización del agua vista como bien económico o mercancía

Conceptos generales de la gestión del servicio de agua como bien económico (servicio privado).

Las mayores corporaciones del agua de la escena global

Impactos de la gestión privada de los servicios de agua en el derecho humano al agua y en otros derechos humanos

Financiarización y economía verde: el nuevo horizonte de la visión economicista del agua y la naturaleza

Conclusiones a manera de propuestas

Introducción

Biomímesis

El “Estado emprendedor” como referente para un nuevo Estado

Bibliografía

Introducción

El trabajo que se presenta a continuación se inscribe en el campo de la filosofía del derecho, más exactamente en el área de la filosofía de los derechos humanos, y constituye una aproximación teórica y conceptual a los fundamentos del contenido normativo del derecho humano al agua. Tiene como punto de partida el examen de algunos documentos elaborados en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, para después viajar a través de diferentes espacios teóricos, como la filosofía del derecho, la bioética, la biopolítica y la filosofía de la biología, de los que se toman algunos conceptos apropiados para integrar una explicación no reduccionista ni trivial de los fundamentos del derecho humano al agua. Se trata de una elaboración conceptual con un enfoque crítico y propositivo, que apunta, en última instancia, a entender el derecho humano al agua como un posible *punto* para avanzar en la reintegración del humano y la naturaleza, necesaria después de varios siglos de modernidad occidental.

El problema jurídico que aborda el trabajo se sitúa en la discusión en torno al mejor modelo de prestación de los servicios de agua y saneamiento: el modelo público o estatal y el modelo privado. El abordaje parte de observar que cada uno de estos modelos está asociado a la

realización efectiva o a la posibilidad de realización de una *lógica de acción* determinada en la prestación de los servicios de agua y saneamiento.¹ Entiéndase por *lógica de acción* el modo de diseñar, ordenar y ejecutar racionalmente un conjunto de acciones con arreglo a ciertos principios y a la consecución de ciertos fines. La postura que mantuvo hasta julio de 2020 la relatoría especial de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) para el derecho humano al agua y el saneamiento en la mencionada discusión es que este derecho es neutral frente a los modelos de prestación del servicio de agua. Es decir, que el derecho al agua se puede garantizar a partir de *cualquier* modelo de prestación del servicio. Esto implica que se puede garantizar a partir de *cualquier lógica de acción*. Así, el problema jurídico de la investigación puede expresarse a través de la pregunta: ¿requiere o no el derecho humano al agua para su realización de una *lógica de acción determinada* implementada por cierto modelo de prestación de servicios?

El capítulo uno presenta un doble marco de referencia: uno empírico y otro histórico-filosófico, que sirven de contexto para introducir el tema del trabajo y justificar su importancia. Así, se parte de la exposición de algunos de los problemas contemporáneos más acuciantes del agua y el medio ambiente como referentes ineludibles, para luego pasar a las que se consideran las causas históricas de estos, los cuales echan raíces en la cultura, en la ciencia y en la filosofía moderna dominante, que tenían en el dualismo cartesiano *res cogitans*, *res extensa*, en la concepción mecanicista del mundo heredada de la revolución científica del siglo xvii y en el “espíritu analítico” de entonces sus pilares intelectuales. En esta línea, la herencia de la mentalidad moderna clásica para los siglos

por venir en Occidente fue, por un lado, la ruptura de la relación humano-naturaleza con la consiguiente visión fragmentada de la realidad y del ser humano mismo, que desembocó en una especialización y superespecialización de las áreas del conocimiento, y por otro, el surgimiento y la entronización de una visión utilitaria o “economicista” del mundo. Esta última ha experimentado, a su vez, una *doble expansión*, sobre todo, en la últimas décadas con la globalización: la expansión del universo de las mercancías y las prácticas mercantiles, y la expansión teórico-intelectual, por la cual su ideario ha penetrado en las disciplinas del conocimiento, en las institucionales y en la opinión pública. La visión economicista ha terminado por integrar, a la manera de un tejido que entrelaza objetos diversos, todo aquello que durante siglos se ha ido fragmentando y rompiendo en la cultura, en el conocimiento y en la naturaleza. *Pero* lo ha hecho bajo su lógica, principios y lenguaje. Ese proceso de fragmentación y posterior integración bajo la lógica “economicista” alcanzó, por supuesto, al derecho. Esto es visible no solo en el proceso de crecimiento del derecho internacional en general, sino también en la forma asimétrica como se han ido estructurando los mecanismos de protección de los derechos humanos frente a los mecanismos del derecho internacional de las inversiones y el derecho mercantil, más concretamente.

Como reacción a este panorama general de fragmentación, este trabajo tendrá una óptica futurista y se encaminará a pensar la posibilidad de una *reintegración* del humano y la naturaleza, sobre la base de los conceptos de *interrelación* e *interdependencia*: *interrelación* que se entenderá como la conexión, la ligazón o el enlace entre elementos, que posibilita su integración como partes de un

todo, así como la consistencia y unidad de este. A su vez, la *interdependencia* se entenderá como el tipo de interrelación en la que existe una dependencia recíproca entre los elementos o las partes de un todo, o para su desenvolvimiento, o para su conservación, o para el logro de ciertos fines, o para su existencia en cuanto tal. Estos conceptos aparecen siempre juntos, emulando y haciendo eco del modo en que aparecen en los documentos normativos sobre derechos humanos en el derecho internacional de los derechos humanos, y serán claves para entender, no solo los derechos humanos en su conjunto, sino también las dinámicas propias de las formas de vida en el planeta. A partir de esto, también permitirán comprender la conexión entre derechos humanos y derechos de la naturaleza.

El capítulo dos es una exposición de los elementos del derecho internacional de los derechos humanos seleccionados por su relevancia para la comprensión del contenido normativo del derecho humano al agua, bajo la premisa fundamental de que ese contenido no puede comprenderse adecuadamente, sino desde la perspectiva de la *interrelación e interdependencia* del derecho al agua con otros derechos humanos. Se escoge el derecho internacional de los derechos humanos por ser la instancia normativa más alta existente y, por tanto, de mayor universalidad en la definición y el tratamiento de los derechos, y también por la influencia (al menos formalmente hablando) que tiene su producción normativa en lo que atañe al reconocimiento y la definición de los derechos en los marcos jurídicos nacionales y subnacionales. De entre los documentos que se consideran con este propósito, hay que destacar cuatro.

Primero, la Observación general N.º 15 (2002) que enuncia el contenido normativo propiamente tal del derecho humano al agua con los aspectos de disponibilidad, calidad, accesibilidad, asequibilidad, no discriminación y acceso a la información, y se afirma la responsabilidad de los Estados por la realización del derecho, los cuales deben adoptar medidas deliberadas y concretas, y destinar el máximo de recursos disponibles para tal fin. Es importante considerar que en el *Informe de la experta independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y el saneamiento, Catarina de Albuquerque*, se afirma: “Se han de cumplir *todos* los aspectos anteriormente mencionados, para poder afirmar que se está garantizando el derecho efectivamente”.

El segundo documento es el *Programa de trabajo del Grupo ad hoc para la realización de un estudio tendiente a contribuir a las bases de una declaración internacional sobre los derechos humanos y la extrema pobreza José Bengoa*. El Grupo *ad hoc* se conformó en la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos que hace parte de la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social (ECOSOC) de la ONU. Este documento aporta una clave importante para el desarrollo de este trabajo, pues en él se afirma que el nivel más esencial del derecho a la vida es la manutención del *nivel biológico* de los seres humanos. Enuncia cuatro derechos esenciales que conforman el contenido del derecho a la vida: el agua potable, la alimentación adecuada, la vivienda adecuada y el derecho a la salud. También se afirma que la defensa de la especie en los niveles más básicos de su existencia permite la construcción de imperativos jurídicos universales.

El tercer documento es la A/RES/64/292, 3 de agosto de 2010 (Asamblea General de las Naciones Unidas), en que esta “Reconoce: que el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos”.

Y el cuarto y último documento es la Observación general N.º 36 (2019) sobre el derecho a la vida. Esta considera la degradación del medio ambiente, el cambio climático y el desarrollo insostenible como algunas de las amenazas más graves a la capacidad de las generaciones presentes y futuras de disfrutar del derecho a la vida, e insta a los Estados a adoptar medidas adecuadas para evitar la degradación del medio ambiente y garantizar el acceso a las personas a los alimentos, al agua y saneamiento, al alojamiento, a la electricidad y a la atención de la salud.

Observados en conjunto, estos documentos permiten vislumbrar que existe *interrelación e interdependencia* entre la esfera del derecho humano a la vida, compuesta por cierto grupo de derechos, el derecho humano al agua, que hace parte de esa esfera, y el derecho del medio ambiente (derecho ecológico). También posibilitan trazar una distinción, *que jamás debe dejar de ser meramente analítica o formal*, útil solo para el ejercicio teórico, entre la vida, entendida como *simple vivir* y el nivel de vida adecuado, condición de la vida digna. En la práctica, la vida “sin más” siempre debe estar integrada en la vida digna.

Esto da paso al capítulo tercero, que contiene el núcleo teórico y argumentativo. Constituye una reinterpretación en el plano conceptual de los elementos relevantes para la comprensión del contenido normativo del derecho humano al agua expuestos en el capítulo dos. A partir de esta reinterpretación, se elabora un constructo teórico que busca

constituirse en explicación no trivial de la relación entre agua y vida, es decir, que la saque del terreno de lo obvio, y tiene como punto de partida el examen de esta relación en los diferentes niveles en los que esta acontece, para llegar a constatar que es, precisamente, en el nivel de la *zoé* o *nuda vida*, para hablar con Agamben (1998, 2006), donde esta relación acontece de manera más primaria y elemental. Por tanto, es ahí donde el derecho al agua, junto con sus otros derechos conexos, encuentra su fundamento.

El nivel de la *zoé*, o *nuda vida*, diferente del de la *bíos*, o vida cualificada, puede ser entendido y expresado en el lenguaje de *lo biológico*, de ahí que la *nuda vida* asimilada a vida biológica se defina, siguiendo a Maturana Romesín y Varela García (1994), como *autopoiesis*, o “autoproducción”, y a los seres vivientes como *sistemas vivos*. Estos *sistemas vivos* pueden caracterizarse como cerrados en su organización, pero abiertos en su estructura, siguiendo en este último caso a Von Bertalanffy (1989). Tienen, además, dos propiedades: la clausura operativa por la cual se entienden como sistemas circulares, autorreferenciales y autónomos, y la propiedad del determinismo estructural en cada instante, derivada del hecho de poseer una estructura determinada.

Una aclaración importante es que el determinismo estructural en cada instante no debe interpretarse como una versión del determinismo biológico, ni como una forma de reduccionismo, es decir, como el intento de explicar una totalidad dada a partir de una característica o un grupo de rasgos parciales, por cuanto se trata, más bien, de la delimitación de un cierto *dominio de regularidades* circunscrito a un tiempo y un espacio dados.

Ahora, y esto es muy importante, se puede predicar el determinismo estructural del dominio de regularidades que

es coextensivo con las *interrelaciones e interdependencias* entre los seres vivos y su medio ambiente. Esto quiere decir que los seres vivos están estructuralmente determinados a cumplir con ciertas relaciones energéticas y, por tanto, a necesitar ciertos elementos de la naturaleza para la existencia y conservación de su vida. Para hablar con categorías concretas, están determinados a necesitar el aire (oxígeno), el agua, los alimentos y el hábitat o “vivienda adecuada”, en función de mantener la homeostasis o equilibrio sistémico, que es asimilable a la buena salud. Ese dominio de regularidades configura así un “reino de la necesidad biológica”, que durará mientras haya vida en el planeta.

Un eje transversal de la construcción teórica de este capítulo será el concepto de *vulnerabilidad*, primero, enunciada por Hart (1963) como una de las verdades obvias sobre la naturaleza humana, verdades que, por demás, delimitan para él un contenido mínimo de derecho natural. Y de verdad obvia pasa a reivindicarse como principio bioético de importancia capital, en la bioética principialista. El principio de vulnerabilidad es clave para poner de presente la fragilidad y finitud de la vida, representada por la posibilidad permanente del dolor, el sufrimiento y la muerte.

Y así es como, en virtud de la conjunción del principio bioético de vulnerabilidad con la figura de la *autopoiesis*, dinámica definitoria de lo vivo, se abre un espacio de identidad entre el humano y los demás vivientes, espacio en el que se restituye, al menos en esta explicación teórica, la unidad entre humano y naturaleza. De este modo, es el espacio de *lo biológico*, con su entramado de relaciones naturales, el fundamento o fuente material del derecho a la vida y del derecho al agua, con sus demás derechos

conexos. Estos derechos son, en efecto, derechos humanos, pero no pueden entenderse adecuadamente como tales si no se entienden *primero* como derechos de la naturaleza.

Ahora, para justificar por qué el derecho al agua, junto con los demás derechos, son, precisamente, eso, *derechos*, se plantea un paralelo entre libertad y necesidad, nociones que guardan correspondencia con las de *bíos* y *zoé*, respectivamente.

La necesidad biológica se deriva del determinismo estructural propio de los entes biológicos, por lo cual es anterior, autónoma e independiente de las formas de la *bíos* humana. De ahí que no puede ser alterada, modificada o suprimida por un acto del pensamiento o la conciencia, ni tampoco por un ejercicio de la libertad. Antes bien, esta forma de determinismo condiciona y delimita toda manifestación del pensamiento y de la libertad. Por esta razón, ningún ejercicio de libertad de terceros individuos o agentes debería poder tener injerencia o capacidad de disponer de la esfera de la necesidad biológica de un individuo, ya que ese individuo no tiene libertad de modificar la necesidad que reside en su propio cuerpo. Si no cabe libertad, propia ni ajena, *¿qué cabe?* Protección. Jurídicamente hablando: caben *derechos*.

Existe, pues, un modo de cumplir con la responsabilidad por el derecho humano al agua y es a través de una *lógica de acción particular* que buscaría plegarse o adecuarse a la naturaleza y a la relación entre agua y vida, en tanto regida por la necesidad biológica. A partir de esto, se debe afirmar que sí existe una *lógica de acción particular* para la realización del derecho humano al agua, que ojalá pudiera integrarse en el contenido normativo de este derecho para hacerlo más específico, ante los desafíos que se le

plantean. Esta lógica consta de cinco elementos fundamentales:

- La consideración del derecho humano al agua como un *derecho de la naturaleza*.
- La optimización de los elementos del contenido normativo del derecho humano al agua existentes (disponibilidad, calidad, accesibilidad, asequibilidad, etc.).
- La protección de las fuentes de agua y sus entornos naturales.
- La introducción del principio bioético de vulnerabilidad en la gestión, lo que excluye la injerencia de agentes cuyas acciones no estén regidas exclusivamente por esta lógica.
- La promoción de lógicas de acción semejantes a la caracterizada, para la gestión de los demás derechos humanos conexos.

En el capítulo cuatro, se desarrolla un examen de la visión del agua como bien económico y de la acción de los agentes económicos con actuación en el sector de los servicios de agua, en tanto regida por el principio de la maximización del beneficio. Esta indagación es pertinente para poder saber si esta es una lógica adecuada o compatible respecto de su adherencia a la naturaleza, para cumplir con el derecho al agua.

El desarrollo de la primera parte de este capítulo guarda afinidad y mantiene una línea semejante a la del *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos al agua potable y al saneamiento, Sr. Léo Heller*, en particular, en la afirmación de que los modelos de prestación del servicio de agua no son neutrales frente al derecho humano al

agua. Asimismo, este se basa en los conceptos de *maximización del beneficio*, *monopolio natural* y *desequilibrios de poder*, los cuales también se usan en este trabajo, pero tomados de estudios de años anteriores sobre el tema, y añadiéndole los de *economía de escala*, *poder de mercado* y *concentración de mercado*.

La diferencia más significativa, no obstante, es que este tiene por objeto exponer los *riesgos potenciales* de la prestación privada de los servicios de agua para el derecho humano, para lo cual hace referencia a una serie de casos en los que el derecho humano al agua y otros derechos se ven impactados negativamente por la gestión privada; pero este trabajo va un poco más allá al afirmar que, en la medida en que los riesgos potenciales de incumplimiento del derecho humano al agua y de otros derechos humanos se materializan en hechos concretos, se trata de impactos reales cuya ocurrencia no es accidental o fortuita, sino que se derivan de la lógica de acción de los agentes económicos aplicada a la gestión del agua.

Precisamente, un fenómeno que da qué pensar y que puede interpretarse como reacción a la gestión del agua como bien económico por parte de actores privados es la “desprivatización” (renacionalización o remunicipalización) de los servicios del agua, de gran auge en los últimos años en todo el mundo, con alrededor de 300 casos entre 2000 y 2019. De ahí que la propuesta central de ese capítulo es introducir una ampliación de la Observación general N.º 15 (2002) por la cual se especifique el contenido normativo del derecho humano al agua, al enunciar de manera explícita que la gestión de los servicios del agua y saneamiento debe ser llevada a cabo exclusivamente por agentes públicos estatales, al ser esto, no garantía, pero sí condición de