

**EL DERECHO AL AGUA EN EUROPA:
OBSTÁCULOS PARA SU RECONOCIMIENTO Y GARANTÍA.
LA NUEVA PROPUESTA DE DIRECTIVA DE CALIDAD DEL AGUA
DESTINADA A CONSUMO HUMANO**

*THE RIGHT TO WATER IN EUROPE:
OBSTACLES FOR ITS RECOGNITION AND GUARANTEEING.
THE NEW DIRECTIVE PROPOSAL ON THE QUALITY
OF WATER INTENDED FOR HUMAN CONSUMPTION*

ANAÍS VARO BARRANCO
Universidad de Girona

Fecha de recepción: 13-3-18

Fecha de aceptación: 25-6-18

Resumen: *El derecho humano al agua ha generado amplios debates y ambivalencias, tanto en su conceptualización teórica y su reconocimiento como en su realización práctica. El pasado mes de febrero de 2018 la Comisión Europea presentó la propuesta de revisión y modificación de la Directiva 98/83/CE, que en respuesta a la Iniciativa Ciudadana Europea Right2Water incluye una previsión en relación al derecho al agua. En el presente artículo analizamos críticamente la propuesta, centrándonos en el contenido y alcance del nuevo texto de la Directiva en relación al derecho al agua, cuya principal crítica es su abandono de la lógica universalista del derecho humano para adoptar una lógica de exclusión y segmentación, limitando las políticas públicas de garantía del derecho a los colectivos llamados "vulnerables".*

Abstract: *The human right to water has generated broad debates and ambivalence, both in its theoretical conceptualization and its recognition as well as in its practical realization. Last February 2018 the European Commission presented the proposal for revision and modification of Directive 98/83 / EC, which in response to the European Citizen Initiative Right2Water includes a forecast*

* Este trabajo ha sido parcialmente financiado por el Ministerio de Educación y Formación profesional a través de las Ayudas para formación del profesorado universitario (FPU/1605526).

regarding the right to water. In this article we critically analyse the proposal, focusing on the content and scope of the new text of the Directive in relation to the right to water, whose main criticism is its abandonment of the universalist logic of the human right to adopt a logic of exclusion and segmentation, limiting public policies to guarantee the right to collectives called "vulnerable".

Palabras clave: derecho al agua y al saneamiento, suministros básicos, necesidad básica, derechos humanos, vulnerabilidad

Keywords: right to water and sanitation, basic supplies, basic necessity, human rights, vulnerability

1. INTRODUCCIÓN

El agua constituye un elemento fundamental para la especie humana, por su carácter imprescindible para garantizar la supervivencia en sentido material, pero también en un sentido simbólico, como elemento que ha acompañado el desarrollo de todas las civilizaciones. En las últimas décadas el agua ha tomado un papel cada vez más protagónico en los debates políticos, sociales y jurídicos, tanto por su carácter medioambiental, geoestratégico y su vinculación con derechos humanos básicos. El reconocimiento del derecho humano al agua se ha pregonado desde múltiples instancias internacionales. Aun así, los discursos en torno a él no son pacíficos y se reflejan en una gran diversidad de miradas que dimensionan de formas distintas el alcance, contenido y posibilidades de realización de este derecho.

En lo que respecta al carácter del agua, las perspectivas son múltiples, en este sentido podemos mencionar los paradigmas del agua propuestos por Shiva¹, que distingue entre dos visiones: el agua concebida como derecho humano y como bien mercantil. En este caso optamos por entenderla como un derecho humano, fundamentado en la necesidad vital del agua para el ser humano y la relación intrínseca entre el agua y la vida. No debe olvidarse que la concepción del agua como bien económico ocupa un lugar protagónico en la mayoría de discursos hegemónicos. A modo de ejemplo de su gran expansión, la Conferencia Internacional sobre Agua y Medio Ambiente de Dublín² marcó

¹ V. SHIVA, *Las guerras del agua: contaminación, privatización y negocio*, Icaria, Barcelona, 2004. ISBN 9788474266986.

² La Conferencia Internacional sobre Agua y Medio Ambiente se llevó a cabo en Dublín, del 26 al 31 de enero de 1992, en la que concurrieron más de 500 participantes. En el marco de la conferencia se elaboró un Informe con recomendaciones para las esferas local, nacional e internacional bajo cuatro principios rectores. El cuarto principio rector establece

la entrada en la arena internacional del paradigma económico del agua³. En esta declaración se afirma el valor económico del agua en todos sus usos y la necesidad de su reconocimiento como bien económico, justificado en la utilidad de su valorización económica para alcanzar un uso eficiente y evitar el desperdicio.

El escenario europeo no se ha librado de esta discusión y las reivindicaciones en torno al derecho al agua han tenido un impacto relevante. En el 2013 se presentó la primera Iniciativa Ciudadana Europea titulada '*El derecho al agua y el saneamiento como derecho humano ¡El agua no es un bien comercial, sino un bien público!*'. En esta iniciativa se demandaba el reconocimiento del derecho al agua en el marco normativo europeo. En respuesta a esta demanda, junto con otros factores detonantes, en febrero del 2018 la Comisión Europea presentó una propuesta de revisión y modificación de la Directiva 98/83/CE del Consejo, de 3 de noviembre de 1998, relativa a la calidad de las aguas destinadas al consumo humano. En esta propuesta de modificación se incluye un nuevo artículo con previsiones relacionadas con el derecho al agua, mediante las cuales pretende responder a la iniciativa ciudadana (tal como explicitan en su justificación y motivación). El objetivo del presente trabajo será estudiar las novedades en la propuesta y analizar su alcance y contenido en relación al derecho al agua.

El artículo se estructura en cuatro apartados: el primero expondrá los fundamentos, características y contenido básico del derecho al agua desde una perspectiva de los derechos humanos y del derecho internacional. En el segundo bloque abordaremos la situación del derecho al agua en el marco de la Unión Europea, partiendo de su realidad de marco normativo multinivel, y dedicando un breve apartado a la situación del derecho al agua en el ordenamiento jurídico español. En tercer lugar, presentaremos las modificaciones de la Directiva 98/83/CE y sus principales novedades en relación al reconocimiento del derecho al agua. En este sentido, analizaremos el alcance y potencial impacto de la propuesta de modificación de la Directiva, así como pondremos en relación el contenido de esta propuesta con los factores y elementos desencadenantes de la modificación. Por último, problematizaremos la fórmula optada por la Comisión para la inclusión parcial del reco-

que el agua tiene un valor económico en todos sus diversos usos en competencia a los que se destina y debe ser reconocida como un bien económico.

³ G.H.V. FONTECHA, "A propósito de la gestión del agua en el mundo contemporáneo: un enfoque biopolítico", *Análisis Político*, vol. 25, núm. 74, 2012, pp. 109-133.

nocimiento y garantías del derecho al agua a través de la fórmula de protección de los colectivos vulnerables.

2. EL DERECHO HUMANO AL AGUA

Thielbörger⁴ apunta que la problemática en torno al reconocimiento del derecho al agua se inicia cuando este no es reconocido en dos de los documentos legales sustantivos más importantes en materia de derechos humanos: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵ y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁶. Según este autor, esta omisión puede leerse en un doble sentido: como un silencio deliberado de los estados –que daría a entender un acuerdo sobre el no reconocimiento del derecho– o como un silencio negligente. Ahora bien, tanto en la Convención para la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer⁷ (art. 14.2) como en la Convención Internacional de los Derechos de los Niños⁸ (art. 24) se reconoce el derecho al agua para ambos colectivos de forma explícita. Partiendo de este escenario ambivalente, podemos ver que bajo las instituciones legales internacionales desarrolladas por el sistema de derechos humanos de Naciones Unidas, el derecho al agua ha evolucionado de una forma de responsabilidad implícita –derivada de otros derechos– a una obligación explícita⁹.

El primer gran jalón fue la Conferencia del Agua de Naciones Unidas en Mar del Plata¹⁰, que reconoció un derecho al agua potable en cantidad y calidad suficiente para la satisfacción de las necesidades básicas. En las siguientes décadas, si bien no se avanzó en ningún reconocimiento explícito convencional, el reconocimiento no convencional se extendió a través de de-

⁴ P. THIELBÖRGER, "Re-Conceptualizing the Human Right to Water: A Pledge for a Hybrid Approach" *Human Rights Law Review*, vol. 15, núm. 2, 2015, pp. 225-249.

⁵ NACIONES UNIDAS, Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos, 1966.

⁶ NACIONES UNIDAS, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966.

⁷ NACIONES UNIDAS, Convención para la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, 1979.

⁸ NACIONES UNIDAS, Convención Internacional de los Derechos de los Niños, 1989.

⁹ J. GUPTA, A. RHODANTE y A. LAWAL, "The human right to water: moving towards consensus in a fragmented world", *Review of European Community & International Environmental Law*, vol. 19, núm. 3, 2010, pp. 294-305.

¹⁰ NACIONES UNIDAS, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua, 1977.

claraciones e interpretaciones de órganos de Naciones Unidas respecto de las obligaciones legales sobre agua y saneamiento¹¹.

En 2002, el Comité de Naciones Unidas para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su 15º Observación General (15º OG, en adelante), estableció el agua como elemento indispensable para una vida digna y prerequisite para la realización de otros derechos humanos. Este documento desarrolla el contenido sustantivo del derecho humano al agua, fundamentándolo en otros derechos humanos (a un estándar de vida adecuado y a la salud). Posteriormente, el Alto Comisionado para los Derechos Humanos concluye «que es tiempo para considerar el acceso al agua segura y al saneamiento como derechos humanos»¹². En 2008 se crea la figura del Experto Independiente en obligaciones derivadas del derecho humano al agua segura y al saneamiento, y en 2009, Catarina de Albuquerque (Experta Independiente) emite su primer informe, donde conceptualiza las obligaciones relacionadas con el saneamiento y recomienda que los estados reconozcan los derechos al agua y al saneamiento de forma interconectada pero independiente¹³. Finalmente, el derecho humano al agua y al saneamiento fue reconocido formalmente en la Resolución 64/292 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 28 de julio de 2010. De acuerdo con la Observación 15¹⁴ del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas (ECOSOC), el derecho humano al agua se define como «el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico».

Peñalver caracteriza el derecho humano al agua de acuerdo con tres características esenciales: en primer lugar, se trata de un *derecho individual* ya que se re-

¹¹ S.M.A. SALMAN y S. MCINERNEY-LANKFORD, *The human right to water: legal and policy dimensions* [en línea], 2004, pp. 17-28 [Consulta: 12 mayo 2017]. Disponible en: <http://documents.worldbank.org/curated/en/219811468157522364/The-human-right-to-water-legal-and-policy-dimensions>.

¹² OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the scope and content of the relevant human rights obligations related to equitable access to safe drinking water and sanitation under international human rights instruments*. [en línea]. New York, 2007 Disponible en: <https://www.ircwash.org/resources/report-united-nations-high-commissioner-human-rights-scope-and-content-relevant-human> [Consulta: 12 mayo 2017].

¹³ C. DE ALBUQUERQUE, *Report A/HRC/12/2 of the independent expert on the issue of human rights obligations related to access to safe drinking water and sanitation*, New York, 2009.

¹⁴ NACIONES UNIDAS, 2002. *Observación General núm. 15, aprobada en noviembre de 2002 por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que constituye una interpretación oficial sobre la aplicación de los artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, 2002*.

fiere a una situación jurídica individual y exclusiva¹⁵. Ahora bien, tal como apunta Serrano, el derecho al agua tiene una vertiente colectiva-comunitaria (que se materializa en su ejercicio colectivo o por grupos concretos), y según esta autora se puede hablar de una titularidad individual y colectiva¹⁶. En segundo lugar, se trata de un *derecho prestacional*, ya que requiere una actividad de los poderes públicos, y en este sentido Peñalver sitúa el derecho al agua en la órbita de los derechos humanos de segunda generación de carácter prestacional. Por último, el derecho al agua es un *requisito básico para la vida y la salud de las personas*; por lo tanto, el derecho al agua se vincula íntimamente con la necesidad vital del líquido, pero no por esto podemos prescindir de la concepción de derecho fundamental. A estas características señaladas por Peñalver podemos añadir el carácter de *derecho de realización progresiva*¹⁷, por su consideración como derecho económico, social y cultural, y su reconocimiento a través del PIDESC¹⁸. Esto implica que los Estados firmantes se comprometen a la realización de los derechos a largo plazo, pero no podrán aplicarse medidas que supongan un retroceso, considerándose una vulneración del Pacto. Ahora bien, esta obligación es y ha sido transgredida de forma común, especialmente con las actuales políticas de austeridad en Europa o los planes de ajuste estructural latinoamericanos en los años 80¹⁹.

El contenido del derecho humano al agua se ha ido definiendo en diversos documentos dentro del sistema de Naciones Unidas²⁰. Nos interesa, en

¹⁵ À. PEÑALVER, "Aproximació al marc jurídic del dret humà a l'aigua: una perspectiva des del dret intern" en À. PEÑALVER, P. ARROJO, L. BASTEIRO, J. DELCLÒS, A. GRIS y J. SAURA (eds.), *El derecho humano al acceso al agua potable y al saneamiento*, Institut Drets humans de Catalunya, Barcelobna, 2007, pp. 5-31.

¹⁶ L. SERRANO, *Aguas dulces y derecho internacional: el agua como bien común y como derecho humano desde la perspectiva del desarrollo sostenible*, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2014.

¹⁷ L. SERRANO, *Aguas dulces y derecho internacional: el agua como bien común y como derecho humano desde la perspectiva del desarrollo sostenible*, cit. p.277.

¹⁸ NACIONES UNIDAS, Pacto por los DESC, cit.

¹⁹ L. SERRANO, *Aguas dulces y derecho internacional: el agua como bien común y como derecho humano desde la perspectiva del desarrollo sostenible*, cit.

²⁰ El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece el contenido del Derecho al Agua en su Observación general N° 15 (2002). La Experta Independiente, en su informe sobre las obligaciones de Derechos Humanos relacionadas con el saneamiento (A/HRC/12/24), describe un contenido normativo (esencial) y unos principios comunes. A estas primeras definiciones del derecho, cabe añadir el Informe de la Relatora Especial sobre el derecho humano al agua potable y el saneamiento (A/HRC/18/33/Add.1), de 29 de junio de 2011, en que se definen los criterios para la evaluación de buenas prácticas que, siguiendo la lógica del informe anterior, se dividen en elementos normativos y elementos comunes.

este trabajo, partir del último informe de 2011, posterior al reconocimiento formal del derecho, por dos motivos. En primer lugar, se trata del texto propuesto por la relatora especial más reciente y actualizado que, a pesar de no tratarse de una institución en el sistema de Naciones Unidas, se trata de una figura reconocida; en segundo lugar, se trata del documento más trabajado colectivamente, ya que su contenido –en forma de criterios– fue debatido con las partes interesadas en una consulta que se llevó a cabo en Lisboa en 2009²¹. El contenido normativo incluye los componentes de disponibilidad, accesibilidad, calidad y seguridad, aceptabilidad y asequibilidad. En el mismo informe se establecen unos criterios transversales (no discriminación, participación y rendición de cuentas) para la detección de buenas prácticas desde una perspectiva de los derechos humanos²². Es importante tener en cuenta que, aunque todos los documentos tratan el alcance y límites del derecho al agua, no se establece una política o forma de gestión particular, si no que se admiten multiplicidad de fórmulas, siempre que se cumplan las exigencias y contenido del derecho.

3. EL DERECHO AL AGUA EN UN CONTEXTO NORMATIVO MULTINIVEL

3.1. La defensa de los derechos en un contexto normativo multinivel

Tal como apunta Estévez Araujo, nos encontramos en una situación de constitucionalismo multinivel²³ a escala europea, lo cual tiene dos significa-

²¹ El Informe A/HRC/18/33/Add.1, de la Relatora Especial sobre el derecho humano al agua potable y el saneamiento, Catarina de Albuquerque, consiste en una compilación de buenas prácticas en el cumplimiento del derecho al agua y al saneamiento, en respuesta a la Resolución 7/22 del Consejo de Derechos Humanos. Antes de realizar la compilación, la Relatora decidió determinar los criterios de evaluación de las buenas prácticas –que son los criterios de referencia que usaremos en este trabajo– a partir del debate de las partes interesada en una consulta convocada en octubre de 2009 en Lisboa.

²² Para un estudio más exhaustivo del alcance y contenido del Derecho al agua y al saneamiento, nos remitimos a J. SAURA ESTAPÀ, “Noción, fundamento y viabilidad de los derechos humanos emergentes: una aproximación desde el Derecho internacional” en *VVAA, Derecho internacional y comunitario ante los retos de nuestro tiempo. Homenaje a la profesora Victoria Abellán Honrubia*, Marcial Pons, Barcelona-Madrid, 2009, pp. 679-698; y también L. SERRANO, *Aguas dulces y Derecho internacional*, cit.

²³ J.A. ESTÉVEZ ARAUJO, “Crisis de la soberanía estatal y constitución multinivel”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 40, 2006, pp. 43-57. Para una lectura en profundidad en torno al constitucionalismo multinivel en Europa nos remitimos a I. PERNICE, “Multilevel cons-

dos: en primer lugar, nos indica un sistema de normas conformado por los tratados constitutivos, las constituciones estatales y las normas superiores de los ordenamientos territoriales en los Estados compuestos; en segundo lugar, la «imposibilidad de reconstruir la pirámide kelseniana a escala europea»²⁴ y, en consecuencia, la problemática en torno a la resolución de conflictos jurídicos que esta situación acarrea.

Freixes²⁵ nos habla de la positivización multinivel de los valores y sus efectos en los derechos fundamentales en los ‘sistemas jurídicos multinivel’: no puede hablarse de un único sistema jurídico, sino que los niveles normativos y de protección jurídica sobre las distintas materias, entre ellas el agua, son diversos y se superponen. Este fenómeno se ha agudizado después del fracaso de la Constitución Europea, y el posterior Tratado de Lisboa, que internalizaba gran parte del contenido positivo de la propuesta constitucional. Esta autora entiende que dentro de una lógica de constitucionalismo multinivel deben tenerse en cuenta el orden jurídico internacional, comunitario y estatal en sus distintos subniveles (en el caso español: estatal, autonómico y local). Este enfoque plural y complejo es especialmente interesante en el ámbito del agua y del derecho al agua, en que no sólo deberemos tener en cuenta distintos niveles jurídicos al analizar su reconocimiento formal, sino que tendremos que mantener esta visión ampliada en el momento de formular y estudiar las opciones de garantía y protección de este derecho.

3.2. El derecho al agua en la regulación comunitaria

El acervo comunitario no incluye el reconocimiento explícito del derecho humano al agua en ninguno de los instrumentos jurídicos del sistema europeo de protección de los derechos humanos. Por lo tanto, de nuevo, nos encontraremos en un terreno de difícil definición jurídica en cuanto a la exi-

titutionalism in the European Union” [en línea], *WHI-Paper 5/02*, 2001 [Consulta: 10 de marzo de 2017]. Disponible en: www.whi-berlin.de/pernice-constitutionalism.htm; I. PERNICE, “La dimensión global del Constitucionalismo Multinivel. Una respuesta legal a los desafíos de la globalización”, *CEU Documento de Trabajo Serie Unión Europea y Relaciones Internacionales* [en línea], 2012 [Consulta: 10 de marzo de 2018]. Disponible en: <http://www.ideo.ceu.es/Portals/0/Publicaciones/Docuweb doc. 61 UE.pdf>; A. D’ATENA, “La Constitución oculta de Europa (antes y después de Lisboa)”, *Revista de Derecho constitucional europeo*, núm. 13, 2010, pp. 17-46, núm. 13, pp. 17-46.

²⁴ J.A. ESTÉVEZ ARAUJO, “Crisis de la soberanía estatal y constitución multinivel”, *cit.*, p.50.

²⁵ T. FREIXES, “Els drets fonamentals en perspectiva multinivell. Reflexions entorn dels seus efectes”, *Revista catalana de dret públic*, núm. 50, 2015, pp. 32-41.

gibilidad y establecimiento del derecho y los deberes correlativos. La Carta Social Europea de 1961, en su versión de 1996, no reconoce expresamente el derecho al agua, pero sí el derecho a la protección de la salud (art. 11), la protección contra la pobreza y la exclusión social (art. 30) y el derecho a la vivienda (art. 31). De la misma forma, el derecho al agua tampoco se encuentra reconocido en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE de 2000, aunque sí reconoce el derecho a la protección de la salud (art. 35) y al principio de desarrollo sostenible para la protección del medio ambiente y la mejora de su calidad (art. 37).

Ahora bien, en el marco europeo deben destacarse tres documentos que influyen en el posible desarrollo del derecho humano al agua y, por otra parte, nos dan pistas de las tendencias europeas en torno a la gestión del agua.

En primer lugar, debemos tener en cuenta la *Carta Europea sobre Recursos Hídricos de 2001*²⁶ (que actualiza la anterior Carta Europea del Agua de 1967²⁷), con carácter de recomendación. Allí se reconoce el derecho a la disposición de una cantidad de agua para satisfacer las necesidades esenciales y se reitera el carácter de recurso ecológico, económico y social del agua. Según Serrano²⁸, la Carta se centra en parámetros económicos, reconociendo y regulando el agua como una mercancía con un valor social, y en oposición a un enfoque de derechos humanos.

En este contexto debemos situar la *Directiva Marco del Agua* (en adelante, DMA)²⁹ del año 2000, que no tiene en cuenta el derecho humano al agua pero establece parámetros de gestión que nos interesaran por sus implicaciones en las posibilidades de reconocimiento y aplicación del derecho al agua. La DMA afirma en su parte expositiva que el agua no es un “bien comercial

²⁶ Este documento fue aprobado por el Consejo de Ministros del Consejo de Europa el 17 de octubre de 2001, evocando la decisión N.º CM/708/151298 para encomendar al Comité de Actividades del Consejo de Europa en materia de Diversidad Biológica y del Paisaje la pertinencia y actualización de la Carta Europea del Agua de 26 de mayo de 1967.

²⁷ En 1968 se aprueba en Estrasburgo la Carta Europea del Agua, como una breve declaración de principios, estructurada en 12 artículos, para una correcta gestión del agua. Cabe destacar que la Carta de 1968 era mucho más avanzada en diversos aspectos respecto las posteriores resoluciones en esta temática. Un ejemplo de esta característica es que en la Carta Europea del Agua se reconoce de forma explícita el agua como bien común, fórmula que no se volverá a usar en documentos posteriores.

²⁸ L. SERRANO, *Aguas dulces y derecho internacional*, cit.

²⁹ Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas.

como los demás, sino un patrimonio que hay que proteger, defender y tratar como tal". Por lo tanto, vemos que no hay un reconocimiento del derecho al agua. De hecho, la configuración jurídica del agua como patrimonio, tal como se entrevé con la afirmación de que se trata de un bien comercial especial, es ambigua, y esta ambivalencia se materializa con la consideración de la necesidad de vetar la gratuidad exigiendo una recuperación de costes de los servicios relacionados con el agua (art. 9). Retomaremos esta temática en un epígrafe posterior, en que nos centraremos en la relación entre el derecho al agua y la DMA.

El tercer instrumento que nos interesa aportar al análisis es la *Resolución de 4 de septiembre de 2003 sobre la Comunicación de la Comisión sobre política de gestión del agua en los países en desarrollo y prioridades de la cooperación en la Unión Europea al desarrollo*³⁰. Este texto reconoce el acceso al agua potable limpia en cantidad y calidad suficiente como un derecho humano. Sin embargo, presenta una actitud ambigua ante la entrada en la gestión del agua de agentes privados, apuntando levemente algunas de las problemáticas en torno a este fenómeno (que las soluciones privatizadoras no han solucionado el problema de acceso al agua potable de la población o que las privatizaciones basadas en el principio de *full recovery cost* han supuesto subidas de tarifas, dificultando aún más el acceso al agua). Según Serrano³¹ la Resolución apunta a una tendencia mercantilista y liberalizadora, ya que "las actuaciones de cooperación a través de dicho Fondo favorecen la privatización del servicio, pues se insta a la Comisión y a los Estados Miembros a que pidan al Banco Mundial (BN) y al Fondo Monetario Internacional (FMI) que den muestras de flexibilidad en cuanto al tipo de servicios de gestión y abastecimiento de agua necesarios, como condición para la concesión de subvenciones y préstamos". En otras palabras, la concesión y uso del Fondo Europeo para el Agua estarían sujetos al cumplimiento de condiciones que se alinean con una perspectiva de gobernanza privatizadora del agua. Esta perspectiva se complementa con la afirmación de la necesidad de tarificación del agua

³⁰ PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución del Parlamento Europeo sobre la Comunicación de la Comisión sobre política de gestión del agua en los países en desarrollo y prioridades de la cooperación en la Unión Europea al desarrollo* (COM (2002) 132 - C5-0335/2002 - 2002/2179(COS)), 2002. El objetivo de la Resolución es crear un Fondo Europeo para el Agua, destinado a financiar el aprovisionamiento y el saneamiento del agua en los países ACP (África, Caribe y Pacífico) con un fondo inicial de mil millones de euros.

³¹ L. SERRANO, *Aguas dulces y Derecho internacional*, cit., p. 227.

como garantía para su utilización eficaz, a través de la responsabilización de los usuarios.

Por último, destaca la Resolución 1693/2009 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en que se declaró que el acceso al agua debe ser reconocido como un derecho humano fundamental ya que es esencial para vivir en la tierra y se trata de un recurso que debe compartir la humanidad. Debe hacerse notar que el texto aparentemente más garantista de los presentados, el último de ellos, se trata de una simple resolución, de carácter no vinculante, a diferencia de la Directiva que será de obligada transposición a los ordenamientos jurídicos nacionales. Vale la pena cuestionarse por qué, disponiendo de una Directiva específica sobre el agua, no se ha procedido a su reconocimiento como derecho, generando un discurso ambiguo en torno a su garantía y, en todo caso, tomando compromisos superficiales en instrumentos no vinculantes.

3.3. Mención al derecho al agua en España

Muchos autores han reflexionado en torno al derecho humano al agua en el plano internacional, pero existe menos literatura relativa a ese derecho en el ordenamiento jurídico español. Entre otros³², destacamos el trabajo de Menéndez Rexach³³, que se centra en la garantía de disponibilidad para la satisfacción de necesidades vitales y domésticas (excluyendo otros usos, como el uso de riego, industria, etc.). A juicio del autor, en el contexto español, el derecho al agua se infiere de los derechos sociales de protección de la salud, medio ambiente y vivienda, y se interpreta la exigencia un mínimo existencial de agua para la satisfacción de las necesidades vitales, como elemento inherente al derecho a la vida. Menéndez Rexach separa el acceso libre al recurso para uso común de la prestación del servicio de abastecimiento, calificando el primero como derecho subjetivo³⁴, mientras que degrada la

³² En este sentido, puede verse A. CABO, A. GARCÍA MORALES, "Principio de solidaridad y gestión del agua en España: hacia el derecho humano al agua" En J. M. VIDAL BELTRÁN, M. A. GARCÍA HERRERA (eds.), *El estado autonómico: integración, solidaridad, diversidad*, 2005, Madrid: Colex.

³³ A. MENÉNDEZ REXACH. *El Derecho al agua en la legislación española*. Conferencia pronunciada el 3 de junio de 2011 en la Facultad de Derecho de A Coruña en el Acto de Clausura del Postgrado en Derecho del curso 2010-2011, 2011, p. 32.

³⁴ Menéndez Rexach citando a Mayer (1997) considera que no se trata de un derecho subjetivo en si mismo, sino "una manifestación concreta de la libertad individual, que los poderes públicos están obligados a respetar y cuya efectividad no requiere actuación alguna de aquéllos" (Menéndez Rexach, 2011).

segunda a mandato o principio. Esta distinción también le sirve para justificar la gratuidad del derecho al uso común, pero, en cambio, para defender la necesidad de pago en el caso de la prestación del servicio.

3.3.1. Regulación vigente y derecho al agua

Tal como apunta Menéndez Rexach³⁵ no existe ninguna norma vigente que establezca la dotación mínima por habitante como derecho subjetivo. Ni la Ley de Aguas de 1985³⁶ ni el Texto Refundido de la Ley de Aguas de 2001 señalan una dotación mínima por habitante; los Planes Hidrológicos de Cuenca definen una dotación pero no la constituyen como derecho subjetivo (art. 40.4 del Texto Refundido de la Ley de Aguas). Tampoco el Reglamento del Dominio Público Hidráulico³⁷ (1986) cuantifica la dotación. El Reglamento de Planificación Hidrológica³⁸ permite el cálculo de la demanda de abastecimiento, pero sin dotaciones preestablecidas, aunque incorpora el principio de recuperación de costes de la DMA en su artículo 42.1.

Los aspectos de gestión del servicio de abastecimiento se encuentran regulados de forma más amplia. Debe destacarse que la actual Ley de Bases de Régimen Local³⁹ (LBRL en adelante) reconoce el derecho de los vecinos a exigir la prestación de los servicios municipales obligatorios (art. 18.1.g), entre los que se encuentra el abastecimiento domiciliario de agua potable, de forma obligatoria para todos los municipios (art. 26.1). Por lo tanto, vemos que la escala local, al atribuirse la obligatoriedad de prestación de los servicios de abastecimiento, recupera un peso muy importante. Por lo tanto, valdrá la pena fijarnos en la normativa municipal, en forma de ordenanzas, como posible bastión de garantía del derecho al agua. En esta misma línea, los servicios municipales –en ocasiones– requieren una coordinación supramunicipal, que permite la intervención de las comunidades autónomas.

³⁵ A. MENÉNDEZ REXACH, *El Derecho al agua en la legislación española*, cit.

³⁶ Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, derogada actualmente y sustituida por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas.

³⁷ Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, que desarrolla los títulos preliminar I, IV, V, VI y VII de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas.

³⁸ Real Decreto 907/2007, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Planificación Hidrológica.

³⁹ Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

3.3.2. *Legislación autonómica en torno al derecho al agua*

Entre las Comunidades Autónomas que tienen algún tipo de regulación o normativa propia, sin reconocer ni garantizar el derecho al agua, encontramos la Ley 17/1984, de la Comunidad de Madrid, reguladora del abastecimiento y saneamiento del agua, que establece la progresividad en las tarifas, y la Ley 12/2002, de Castilla-La Mancha, reguladora del Ciclo Integral del Agua, que se marca como objetivo la garantía del suministro. La Ley de Aguas de Andalucía va un paso más allá, incluyendo en su texto un catálogo de derechos y obligaciones de los usuarios (no ciudadanos) entre los cuales se encuentra el derecho a “obtener la prestación del servicio con garantía y calidad adecuada a su uso” (art. 7) ⁴⁰.

Los Estatutos de Autonomía han tenido un papel relevante en el posible reconocimiento y materialización del derecho al agua en los distintos territorios (un proceso en parte impulsado por la polémica sobre la transferencia de recursos hídricos entre cuencas y territorios). Sin duda, el ejemplo más importante es el Estatuto valenciano de 2006, que reconocía el “derecho de los valencianos y valencianas a disponer del abastecimiento suficiente de agua de calidad” y el derecho a “gozar de una cantidad de agua de calidad, suficiente y segura, para atender a sus necesidades de consumo humano y para poder desarrollar sus actividades económicas y sociales de acuerdo con la Ley”; así como el derecho a la redistribución de los sobrantes de aguas de cuencas excedentarias (hecho que chocaba de forma directa con los intereses de la comunidad Aragón, de la cual proceden esos excedentes de agua). En consecuencia, el gobierno de Aragón interpuso un recurso de inconstitucionalidad, el cual se resolvió en la STC 247/2007 que, a pesar de desestimar el recurso, significó el vaciamiento del derecho al agua ya que negó su condición de derecho subjetivo y lo identificó como principio rector o mandato dirigido a los poderes públicos⁴¹.

Por otro lado, encontramos el Estatuto de Aragón de 2007 que reconoce el derecho al agua en los siguientes términos: “Los aragoneses (...) tienen derecho a disponer del abastecimiento de agua en condiciones de cantidad y calidad suficientes para atender sus necesidades presentes y futuras, tanto para el consumo humano como para el desarrollo de actividades sociales

⁴⁰ A. MENÉNDEZ REXACH, *El Derecho al agua en la legislación española*, cit.

⁴¹ También vacía el contenido del derecho a la redistribución de sobrante motivando, en el FJ 22, que se trata de obligaciones hipotéticas que dependerán de la acción del legislador estatal.

y económicas que permitan la vertebración y el reequilibrio territorial de Aragón” (art. 19.1). Ahora bien, vista la doctrina asentada a través de la STC 247/2007, cabe esperar una interpretación vacía y limitada del precepto. Los estatutos autonómicos posteriores no han incluido de forma expresa el derecho al agua, aunque en la mayoría existen referencias a la garantía de suministro de agua de calidad como principio o mandato (Menéndez Rexach, 2011).

En lo que respecta a la jurisprudencia de las comunidades autónomas, ésta ha reconocido la existencia del derecho al suministro de agua en base a su carácter de servicio municipal obligatorio⁴². Menéndez Rexach⁴³ apunta una problemática a raíz de sentencias que consideran el derecho al suministro de agua más allá del consumo humano, ampliándolo a todo uso autorizado⁴⁴: el otorgamiento de licencias debería realizarse en función de la disponibilidad y caudal del recurso, pero este mecanismo es complejo y cada vez más está siendo sustituido por declaraciones responsables, avaladas por la Directiva de Servicios (de ahí que este jurista apueste por diferenciar el consumo doméstico de otros consumos).

3.4. El derecho al agua y la directiva marco del agua

La DMA se aprobó el año 2000, después de un complejo proceso legislativo en el que intervinieron múltiples instituciones y agentes de la sociedad civil, desde ONG’s hasta empresas del sector hídrico⁴⁵.

Tal como se ha avanzado, la DMA no interviene en aspectos concretos del derecho al agua ni en la forma de gestión de su suministro (quedando en manos de los Estados miembros), priorizando la regulación de la calidad y la protección medioambiental. La DMA, en su considerando decimoquinto, afirma que el abastecimiento de agua debe considerarse un servicio de interés general, remitiéndose a la Comunicación de la *Comisión Los servicios*

⁴² STSJ de Castilla y León, núm. 817/1999 de 24 de septiembre; STSJ de Castilla y León, recurso núm. 676/1996, de 28 de abril de 1997; STSJ de Navarra, recurso núm. 1494/1996, de 31 de julio; STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) núm. 676/1998 de 5 junio.

⁴³ A. MENÉNDEZ REXACH, *El Derecho al agua en la legislación española*, cit.

⁴⁴ STSJ de Castilla y León, recurso núm. 676/1996, de 28 de abril de 1997; STSJ de Navarra, recurso núm. 1494/1996.

⁴⁵ M. KAIKA, P. BEN, “The EU Water Framework Directive: part 1. European policy-making and the changing topography of lobbying”, *European environment*, vol. 13 núm. 6, 2003, pp. 314-327.

de interés general en Europa de 1996⁴⁶ (modificada en 2001). Los servicios de interés general, según el documento, son aquellos que cubren una necesidad incluso cuando el mercado no hace rentable su prestación. Aunque no menciona de forma directa el ámbito del agua (lo cual ya es significativo), la DMA enfatiza la necesidad de la competencia en este ámbito, y establece tres principios para su compatibilidad: (a) *la neutralidad con respecto a la propiedad pública o privada de las empresas* (artículo 295 del Tratado CE); (b) *la libertad de los Estados miembros para definir los servicios de interés general* y (c) *la proporcionalidad de las restricciones de la competencia* con relación a una realización eficaz de sus misiones. Estos criterios preceden al posterior proceso de liberalización mediante la Directiva de Servicios de 2003, que, si bien no afectó al agua, la remisión directa de la DMA a la comunicación nos indica que la influencia de esta tendencia ha sido relevante. Debe tenerse en cuenta que la evolución en la normativa europea hacia modelos de gobernanza privatizadora no ha sido un camino llano, surgiendo múltiples resistencias al respecto. Ya con la Directiva de Servicios de 2003 se consiguió evitar –a través de presiones de diversas organizaciones– la introducción del sector del agua en el ámbito objetivo de la norma. Esta pugna se ha podido ver reflejada, recientemente, en el intento de introducción del sector del agua en la Directiva de concesiones⁴⁷, que pudo ser evitado gracias a la presión social y la presentación de la Iniciativa Ciudadana Europea por el Derecho Humano al Agua y al Saneamiento (Right2Water).

3.4.1. El principio de recuperación de costes

Uno de los elementos introducidos por la DMA que afectan al ámbito de la gestión del agua y, por ende, a las posibilidades de garantía y protección del derecho al agua, es el principio de recuperación de costes. La introducción de este principio, tal como apunta Yuu Shibata, no estuvo exenta de controversia durante el procedimiento de aprobación de la DMA, generando posiciones enfrentadas entre la Comisión y el Consejo de la Unión Europea⁴⁸.

⁴⁶ Comunicación de la Comisión - Los servicios de interés general en Europa [Diario Oficial C 281 de 26.9.1996]. Modificada por la Comunicación de la Comisión - Los servicios de interés general en Europa [Diario Oficial C 17 de 19.1.2001].

⁴⁷ Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación del contrato de concesión.

⁴⁸ G. YUU SHIBATA IMANA, *The right to water in the European Union: a critical analysis*, Università di Bolognam, 2016, p. 67-70.

Este principio se establece en el art. 9 de la DMA, obligando a que los Estados miembros tengan en cuenta el principio de la recuperación de costes de los servicios, incluidos los costes medioambientales y los relativos a los recursos (nótese que no se incluyen los costes sociales, aunque se mencionan posteriormente de forma potestativa), de acuerdo con un procedimiento de análisis económico y de conformidad con el principio de que quien contamina paga. Ahora bien, la Directiva deja en manos de los Estados la interpretación de este principio, que deberán transponerlo en cada uno de los ordenamientos jurídicos, y concretar el nivel de recuperación de costes. En este sentido, en el apartado cuarto del art.9 DMA, se establece una excepción que –a menudo– no se tiene en cuenta. Esta excepción indica que los Estados miembros podrán no aplicar el principio de recuperación de costes (sin incumplir la directiva) cuando, de acuerdo con las prácticas establecidas, siempre que se mantenga el cumplimiento de los objetivos globales de la directiva⁴⁹.

Además de la propia complejidad del artículo en la Directiva, desde los Tribunales Europeos se ha matizado notablemente la necesidad de aplicación del principio. A estos efectos destacamos el caso C-527/12 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE)⁵⁰ en que el Tribunal dictamina que no existirá la necesidad de aplicar el principio de recuperación de costes a todas las actividades y servicios relacionados con el agua, en tanto que este principio es sólo uno de los instrumentos posibles para la consecución de los objetivos de la directiva (párrafo 55 de la sentencia). Este argumento reafirma el sentido de la excepción introducida en el cuarto apartado del artículo sobre la recuperación de costes en la DMA.

En cuanto a la relación entre la aplicación del principio de recuperación de costes y el derecho al agua, debe tenerse en cuenta que, si la forma de cubrir los costes del servicio es a través de una estructuración tarifaria, este principio indica que las tarifas del agua deberán cubrir todos los costes (económicos y ambientales). Ante esta afirmación, resulta evidente que, si se establece la obligatoriedad de repercusión de costes y, a su vez, se pretende un acceso universal al servicio –en garantía del derecho al agua– sin impedi-

⁴⁹ Tal como apunta Yuu Shibata, este fue el caso de Irlanda que no aplicó el principio de recuperación de costes ya que a partir del 1997 se eliminaron las cargas económicas por los servicios de agua, pasando a estar financiados por los impuestos locales generales. Más información en G. YUU SHIBATA, *The right to water in the European Union: a critical analysis*, cit., p. 68.

⁵⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 11 de septiembre de 2014 - Comisión Europea/ República Federal de Alemania. Asunto C-527/12.

mentos por capacidad económica, la combinación lineal es dificultosa. Como hemos apuntado, dado que son los Estados los que deben interpretar este principio, éste puede ser entendido como un principio global, como una necesidad de recuperación de costes a partir de ingresos de distinta naturaleza (tarifarios o presupuestarios, de otros tributos) que pueden ser redistribuidos. Además de estas consideraciones, no debemos olvidar las matizaciones sobre la aplicación del principio, ya sea la excepción introducida por la propia normativa como los matices jurídicos establecidos por el TJUE. Por otra parte, existen interpretaciones –como la predominante en España hasta la fecha– que consideran que el principio de recuperación de costes debe repercutirse de forma directa al usuario. Por lo tanto, el cliente del servicio debe pagar la cuota correspondiente para acceder al mismo, que cubrirá todos los costes asociados, procediendo el corte del suministro en caso de impago.

3.5. El principio de subsidiariedad y neutralidad en el ámbito europeo de la gestión del agua

Además de lo dicho hasta el momento, en la Unión Europea deben tenerse en cuenta los principios generales de subsidiariedad y neutralidad en el ámbito de la gestión del agua. El principio de subsidiariedad, junto con el de proporcionalidad, se establecen en el art. 5 del Tratado de la Unión Europea (modificado a partir del Tratado de Lisboa del 2009⁵¹) y rigen el ejercicio de competencias de la Unión Europea. Ambos principios se desarrollan en el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, incorporado como anexo al propio Tratado de la Unión.

El principio de subsidiariedad –que será el relevante en el caso del agua– se concibe como un principio organizacional⁵² que busca delimitar la acción comunitaria en el marco de las competencias concurrentes⁵³ (como

⁵¹ Tratado De Lisboa Por El Que Se Modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (2007/C 306/01). Accesible des de: http://www.boe.es/legislacion/enlaces/documentos/ue/Trat_lisboa.pdf

⁵² F. SCHWENER, “La subsidiarité dans l’organisation européenne ou le détournement d’une chaleur chrétienne” en AAVV, *Actes du XII Colloque National de la Confédération des Juristes Catholiques de France. La subsidiarité. De la théorie à la pratique*, Téqui, París, 1993, p. 121. Citado por M. de J. RODRIGUES ARAUJO HEILMANN. *El modelo subsidiario del derecho de agua: análisis comparativo de la gestión en Brasil y en el marco de la Unión Europea*. Universidad de Barcelona. 2015, p. 348.

⁵³ G. HIRSCH, “Le principe de subsidiarité dans une perspective comparatiste” en AAVV. *Le principe de subsidiarité* F. DELPÉRÉE, F. (dir.), LGDJ/Bruylant, Bruselas, 2002, pp.

es el caso del agua) entre los Estados miembros y las instituciones europeas. Este principio comporta que “en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local” (apartado 3, art. 5 TUE). El principio de proporcionalidad establece que el contenido y la forma de acción de la Unión Europea no deberá excederse de lo necesario para conseguir los objetivos de los Tratados (apartado 4, art. 5 TUE). Se trata de un principio general que se aplica también el caso del agua, al tratarse de una materia en la que ambos actores tienen competencias concurrentes, a través de la competencia compartida sobre medio ambiente (art. 4 TFUE).

Por otro lado, encontramos el principio de neutralidad que se establece específicamente en el caso de la gestión del agua. El principio de neutralidad en este ámbito se entiende como la obligación de las instituciones europeas de respetar las decisiones nacionales que regulen el régimen de propiedad de las empresas del sector del agua. Este principio se fundamenta jurídicamente en el art. 345 del TFUE⁵⁴, en virtud del cual la Comisión entiende que la Unión no puede adoptar decisiones que afecten a las normas de la propiedad, incluidos los que afecten a la propiedad de las empresas que prestan servicios públicos, como el de suministro de agua⁵⁵. Esta posición, ya existía de forma previa a la derivación y aplicación del principio general del Tratado en el caso europeo. Desde la perspectiva de los derechos humanos, y en concreto, del derecho al agua y al saneamiento, se ha reiterado el principio de neutralidad en diversas ocasiones, tal como apunta Murthy⁵⁶. Básicamente, la formulación en el contexto de los derechos humanos se basa en el establecimiento del derecho humano como una obligación para los Estados, pero a su vez, las organizaciones que actúan como altavoz de éstos, se posicionan como neutrales respecto a las formas de provisión de los servicios que

47-65 Citado por M. de J. RODRIGUES ARAUJO HEILMANN. *El modelo subsidiario del derecho de agua: análisis comparativo de la gestión en Brasil y en el marco de la Unión Europea*, cit., p. 348.

⁵⁴ Establece el principio de neutralidad en en relación con las normas que regulan el régimen de la propiedad en los Estados miembros.

⁵⁵ Comunicación de la Comisión (COM (2014) 177 final) relativa a la Iniciativa Ciudadana Europea “El Derecho al agua y el saneamiento como derecho humano. ¡El agua no es un bien comercial sino un bien público!”.

⁵⁶ S.L. MURTHY. The Human Right(s) to Water and Sanitation: History, Meaning, and the Controversy Over-Privatization., *Berkeley Journal of International Law*, vol. 31, 2013, pp. 89.

deban garantizar esos derechos en cada Estado concreto⁵⁷. Tal como apunta Murthy, cada vez se alzan más voces críticas con la viabilidad de una posición neutral respecto la obligación de los Estados de garantizar y proteger los derechos humanos⁵⁸.

La aplicación de los principios de neutralidad y subsidiariedad en el ámbito de la gestión del agua se ha afirmado en diversas ocasiones⁵⁹. Aún así, este principio no siempre se ha respetado desde las instancias europeas. A modo de ejemplo, hacemos referencia a la presión –con el objetivo de la privatización del agua– que sufrieron Grecia y Portugal, como una de las condiciones a los paquetes de rescate económico en plena crisis. Este hecho fue admitido por la Comisión Europea⁶⁰ argumentando que la privatización de servicios y empresas públicas es una forma de reducción de la deuda pública, añadiendo que a su vez es una vía para el aumento de la eficiencia de las empresas y, por extensión, de la competitividad de la economía. Esta última afirmación puede ponerse en duda e indica un claro sesgo ideológico, en tanto la superioridad de la gestión privada no es demostrable. En este sentido, García, González-Gómez y Guardiola⁶¹, a partir de un análisis de 62 estudios, concluyen que no hay evidencias empíricas significativas sobre

⁵⁷ Así se explicita en textos como NACIONES UNIDAS, Consejo Económico y Social, Comentario sobre los Derechos Económicos, sociales y culturales, *Comentario General Núm. 3: La naturaleza de las obligaciones de los Estados participantes* (Art.2, Para. 1, de la Convención), 5ª sesión, 1990, U.N. Doc. E/1991/23 (14 de diciembre de 1990); C. ALBUQUERQUE, *Informe de la Experta independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y el saneamiento: Informe sobre la marcha de los trabajos de recopilación de buenas prácticas*, 2010, U.N. Doc. A/HRC/15/31/Add.1 (1 de julio de 2010); NACIONES UNIDAS, Consejo Económico y Social, *Comentario sobre los Derechos Económicos, sociales y culturales, cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional De Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Observación general Núm. 15* (2002): El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 29ª sesión, 2002, U.N. Doc. E/C.12/2002/11 (20 de enero de 2003).

⁵⁸ S.L. MURTHY, “The Human Right(s) to Water and Sanitation: History, Meaning, and the Controversy Over-Privatization”, cit., p. 120-122.

⁵⁹ Comunicación de la Comisión (COM (2014) 177 final) o la Propuesta de Directiva sobre la calidad del agua destinada al consumo humano (COM (2017) 753 final).

⁶⁰ Observatorio Europeo de las Corporaciones, Carta de Gabriele Giudice, responsable nacional por Grecia, de la Comisión Europea a Mrs. Zanzanaini, de 26 de septiembre de 2012. Disponible en: http://corporateeurope.org/sites/default/files/reply_to_mrs_zanzanaini.pdf1_0.pdf

⁶¹ M. Á. GARCÍA, F. GONZÁLEZ-GÓMEZ. y J. GUARDIOLA. *La gestión del servicio de abastecimiento de agua en las ciudades: ¿empresa pública o privada?* [en línea], 2009, Granada [Consulta: 17 marzo 2017]. ISBN 978-84-691-8950-4. Disponible en: <http://digibug.ugr.es/handle/10481/29157>.

la superioridad de una forma de propiedad en la gestión privada o pública sobre la otra.

Como veremos en el siguiente epígrafe, aún las crecientes demandas ciudadanas para incluir el derecho al agua en el acervo comunitario, las instituciones han utilizado este principio para justificar algunas de sus acciones o no acciones legislativas al respecto. En especial, veremos que la invocación del respeto a los principios de subsidiariedad y neutralidad se utilizan como argumento para la no inclusión del reconocimiento explícito del derecho al agua en el texto de la revisión de la Directiva de calidad del agua destinada al consumo humano, pero que no ha sido relevante para la inclusión de otros parámetros que también podrían aducirse como conflictivos con dichos principios.

4. LA NUEVA PROPUESTA DE DIRECTIVA SOBRE CALIDAD DEL AGUA DESTINADA AL CONSUMO HUMANO: ¿AVANCE HACIA EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO AL AGUA?

El 1 de febrero de 2018 la Comisión Europea presentó la propuesta de Directiva sobre calidad del agua destinada al consumo humano, al Parlamento Europeo y al Consejo Europeo. La propuesta responde a varias demandas: por un lado, las reivindicaciones vinculadas con el derecho al agua, abanderadas por la Iniciativa ciudadana europea Right2Water y, por otro lado, la necesidad de revisión de las normativas a partir de los resultados de la evaluación de impactos realizada.

4.1. Orígenes de la propuesta de revisión

Los orígenes de la nueva propuesta de Directiva pueden situarse en tres elementos clave: la Iniciativa Ciudadana Europea Right2Water presentada en 2013, la evaluación del impacto de la Directiva de Agua Potable de 1998 (presentada junto con la propuesta de nueva Directiva) y el avance en el cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible y los principios del nuevo Pilar Europeo de Derechos Sociales.

4.1.1. La iniciativa Ciudadana Europea Right2Water

La Iniciativa Ciudadana Europea (en adelante ICE) es un mecanismo de propuesta ciudadana para que la Comisión Europea proponga un tex-

to legislativo en alguno de los ámbitos de competencia de la UE⁶². Para que una iniciativa sea aceptada, debe recibir un apoyo mínimo de un millón de firmas de ciudadanos de, como mínimo, siete estados miembros de la UE, alcanzando un número mínimo de firmantes en cada uno de ellos.

El 20 de diciembre de 2013⁶³ se presentó la iniciativa ciudadana Right2Water, titulada '*El derecho al agua y el saneamiento como derecho humano ¡El agua no es un bien comercial, sino un bien público!*' siendo la primera iniciativa presentada con éxito. Para poder hacerlo, fue avalada por 1.659.543 firmas certificadas⁶⁴, cifra que superó con creces el mínimo requerido de un millón de firmas, y se consiguió superar el umbral mínimo en 13 de los 26 estados miembros participantes⁶⁵.

Las iniciativas ciudadanas europeas deben ser impulsadas por un Comité de Ciudadanos⁶⁶, que es considerado "organizador" oficial de la iniciativa y se responsabiliza de su gestión. La ICE Right2Water fue impulsada por un Comité Ciudadano formado por 74 miembros, representantes de colectivos y organizaciones, de 30 países distintos⁶⁷.

El objeto de la iniciativa ciudadana Right2Water fue la invitación a la Comisión Europea a presentar una propuesta legislativa para la implementación del derecho humano al agua y el saneamiento reconocido por la ONU y a promover el suministro de agua y el saneamiento como servicios públicos esenciales para todos. En el marco de esta iniciativa, los principales objetivos sustantivos fueron:

⁶² La iniciativa ciudadana europea se regula en el Reglamento (UE) No 211/2011 del parlamento europeo y del consejo, de 16 de febrero de 2011, sobre la iniciativa ciudadana.

⁶³ El periodo de recogida de firmas se llevó a cabo entre la fecha de registro de la iniciativa (10 de mayo de 2012) y la fecha de cierre de la recogida (1 de noviembre de 2013).

⁶⁴ La iniciativa ciudadana Right2Water fue financiada por la organización 'European Federation of Public Service Unions (EPSU)' que apoyo económicamente la iniciativa con un total de 140.000 euros.

⁶⁵ A la práctica fueron 27 estados miembros, pero las firmas certificadas provinientes de Dinamarca (3.495) se recibieron después de la presentación de la iniciativa y no fueron incluidas en el número total de firmantes.

⁶⁶ El Comité de Ciudadanos debe estar integrado por –como mínimo– siete ciudadanos de la Unión Europea mayores de 18 años, que residan en al menos siete Estados miembros (no será relevante la nacionalidad, siempre que sea de un estado miembro).

⁶⁷ Para más información sobre las representantes integrantes del Comité Científico, se puede acceder a la lista completa: http://www.right2water.eu/sites/water/files/EPSU%20coordinacion%20group%20for%20ECI-%20list%20%28%29_9.pdf

- a. Exigir que la legislación de la UE obligue a los estados miembros a garantizar y proporcionar los servicios de agua potable y saneamiento convenientes a toda la ciudadanía;
- b. Establecer la obligación que las instituciones comunitarias y los Estados miembros velen por el correcto ejercicio del derecho al agua y al saneamiento;
- c. Excluir los servicios de abastecimiento de agua y gestión de recursos hídricos de las normas del mercado interior y del ámbito de la liberalización;
- d. Redoblar esfuerzos de la UE para lograr el acceso universal al agua y al saneamiento.

Una vez presentada la iniciativa ciudadana ante la Comisión, el 17 de febrero de 2014, los organizadores de la Iniciativa se reunieron con el vicepresidente de la Comisión Europea. Ese mismo día se celebró una Audiencia Pública en el Parlamento Europeo, de acuerdo con la facultad potestativa de realizar este tipo de actos.

El 19 de marzo de 2014 la Comisión adoptó una Comunicación con las medidas previstas en relación a la Iniciativa Ciudadana⁶⁸. La Comisión se comprometió a reforzar la aplicación de la legislación sobre la calidad del agua; poner en marcha una consulta pública europea sobre la Directiva de Agua Potable; mejorar la transparencia e introducir vías de diálogo; explorar la idea de una evaluación comparativa de la calidad del agua y cooperar con las iniciativas existentes; estimular enfoques innovadora de la ayuda al desarrollo y promocionar el intercambio de buenas experiencias y, por último, defender el acceso universal al agua potable segura y saneamiento como ámbito prioritario de los futuros Objetivos del Desarrollo Sostenible.

Adicionalmente a la respuesta preceptiva de la Comisión, se generaron dos documentos de distintos órganos, en relación a la Iniciativa Right2Water. En primer lugar, el Comité Económico y Social Europeo dictó un Dictamen sobre la Comunicación de la Comisión relativa a la Iniciativa, con fecha de 15 de octubre de 2014⁶⁹. En dicho dictamen, aún y el reconocimiento a los

⁶⁸ Comunicación COM (204) 177 final, de 19 de marzo de 2014.

⁶⁹ El Dictamen fue dictado en virtud de la competencia establecida en el art. 29 del Reglamento Interno del Comité, y fue aprobado en su 502º pleno de los días 15 y 16 de octubre de 2014 (sesión del 15 de octubre), el Comité Económico y Social Europeo aprobó por 151 votos a favor, 2 en contra y 5 abstenciones.

avances realizados por las instituciones europeas a raíz de la ICE, el Comité critica una serie de aspectos cruciales de la comunicación:

- a. Considera que le ha faltado “verdadera ambición” a la Comisión, al no responder a las inquietudes y demandas de la iniciativa con la propuesta de elaborar un instrumento de la UE para establecer el derecho al agua. En el mismo Dictamen se señalan los procesos de revisión de la Directiva Marco del Agua y de la Directiva de Agua Potable, como oportunidades para introducir el derecho al agua, e integrarlo con el principio de recuperación de costes establecido en la DMA (apuntando así el evidente conflicto que podría surgir entre la garantía del derecho al agua, las formas actuales de tarificación y el principio de recuperación de costes en la gestión del agua).
- b. Critica la pretensión de la Comisión de contestar a la iniciativa ciudadana mediante un proceso de consulta pública sobre la calidad del agua, que entienden no responde a la iniciativa.
- c. Se insta a la Comisión a reconocer el agua como derecho fundamental, recurso frágil y bien común que debe excluirse del marco del libre comercio como producto necesario para la supervivencia humana. En este sentido, se aboga por la adopción de un instrumento que reconozca el derecho al agua y al saneamiento y, por otra parte, que se recomiende a los estados miembros a concretar el derecho mediante un “servicio no económico de interés general”.

Por otro lado, el 8 de septiembre de 2015, se aprobó una Resolución del Parlamento Europeo sobre el seguimiento de la ICE Right2Water (2014/2239(INI)). En dicha resolución se celebra el éxito e impulso de la primera iniciativa ciudadana europea y se reivindican las demandas integradas en ellas, y se critica la falta de acción por parte de las instituciones europeas, así como de los estados miembros, para el establecimiento de los mecanismos e instrumentos necesarios para la garantía del derecho al agua y saneamiento.

Un elemento que se reitera en ambos documentos críticos con la Comunicación de la Comisión, es la importancia de la neutralidad de la Comisión en relación a las decisiones de los estados sobre el régimen de propiedad de sus servicios de agua, en virtud del Principio de subsidiariedad consagrado en el art. 14 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el Protocolo número 26 sobre los servicios de interés general.

4.1.2. Evaluación del impacto de la Directiva de Agua Potable (DWD⁷⁰)

Junto con la nueva propuesta de Directiva, el pasado 1 de febrero se presentó la evaluación de impacto de la Directiva 98/83/CE del Consejo, de 3 de noviembre de 1998, relativa a la calidad de las aguas destinadas al consumo humano, como documento de apoyo y base metodológica. Según el propio documento presentado, la revisión de la Directiva ya se encontraba incluida en el programa REFIT⁷¹ de la Comisión, que tiene como objetivo mejorar y simplificar la regulación europea, y en el Paquete de Economía Circular. Por otra parte, también menciona la Iniciativa Right2Water, identificando la revisión como uno de los pasos en dirección a dar respuesta a la ICE. La evaluación realizada, por lo tanto, va más allá de las demandas propias de la iniciativa ciudadana, sino que también busca satisfacer otros objetivos distintos.

El informe de evaluación del impacto de la Directiva 98/83/CE apunta que el objetivo de la misma, establecido en su artículo segundo, es “proteger la salud de las personas de los efectos adversos derivados de cualquier tipo de contaminación de las aguas destinadas al consumo humano garantizando su salubridad y limpieza”. En este orden, a la hora de identificar las principales problemáticas de la directiva vigente, el informe sitúa como primera preocupación la necesidad de mejora regulatoria. En segundo lugar, se refiere a la iniciativa ciudadana Right2Water y sus demandas en relación a la incorporación del derecho al agua y saneamiento en la regulación comunitaria. En relación a este aspecto, constata que la actual directiva no incluye ninguna previsión al respecto, y tomando como referencia el objetivo de protección de la salud de las personas, entiende que cualquier modificación debe leerse bajo este enfoque. Por otro lado, reconoce otras problemáticas como la falta de transparencia y falta de información o los problemas de acceso a agua potable de parte de la población, entre otros, pero considera que, a pesar de su importancia, no se relacionan directamente con la salud de las personas y no deben ser priorizados (p. 11).

De acuerdo con esta priorización de problemáticas, entre los objetivos específicos que recomienda el informe para la revisión de la Directiva no se

⁷⁰ Directiva 98/83/CE del Consejo, de 3 de noviembre de 1998, relativa a la calidad de las aguas destinadas al consumo humano. La forma abreviada en inglés es Drinking Water Directive (DWD).

⁷¹ Regulatory Fitness and Performance Programme (REFIT) es un programa de la Comisión Europea que tiene como objetivo el desarrollo regulatorio en la Unión Europea para mejorar la efectividad, eficiencia y minimizar el coste para la ciudadanía y empresas.

encuentra el reconocimiento del derecho al agua y al saneamiento, sino solamente una mejora del acceso al agua para consumo humano. En esta línea, se contemplan dos opciones de actuación: la primera de ellas se refiere a la obligación de los Estados de asegurar la conexión y acceso al agua potable de todos los ciudadanos europeos. Esta opción se descarta de forma temprana como propuesta de mejora, ya que el informe sostiene que no debe ser un aspecto regulado en la norma comunitaria de acuerdo con los principios de neutralidad y subsidiariedad respecto a las decisiones de los estados y gobiernos sub-estatales en las formas de provisión y régimen de propiedad del agua. La segunda opción, recoge una serie de medidas de mejora del acceso al agua. Entre estas medidas se hace referencia a políticas concretas como la promoción del acceso al agua mediante sistemas de auto-suministro, medidas para asegurar el acceso a colectivos vulnerables, la promoción del consumo de agua de la red de suministro u otras medidas de acceso al agua desde lugares públicos.

4.1.3. Los Objetivos de Desarrollo Sostenible y los principios del Pilar Europeo de Derechos Sociales

En septiembre de 2015 se llevó a cabo la Cumbre del Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas⁷², en la que se reunieron más de 150 jefes de Estado y de Gobiernos, y dónde se aprobó la Agenda 2030⁷³, que agrupa los llamados Objetivos del Desarrollo Sostenible. La Agenda 2030 se planteó como un plan de acción que agrupa 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible y 169 metas conexas de carácter “integrado e indivisible” (p. 6). En este punto, nos interesa destacar el sexto objetivo: “Garantizar la disponibilidad y la gestión sostenible del agua y el saneamiento para todos”. En la concreción del objetivo debe tenerse en cuenta que no se hace referencia al reconocimiento del derecho al agua y al saneamiento de 2010 (por la propia Asamblea General de Naciones Unidas), pero se especifica la universalidad, equidad y accesibilidad en el acceso al agua potable.

En la Comunicación de la Comisión Europea, del 22 de noviembre de 2016, sobre “Próximas etapas para un futuro europeo sostenible. Acción eu-

⁷² La Cumbre del Desarrollo Sostenible se llevó a cabo del 25 al 27 de septiembre en Nueva York.

⁷³ En dicha Cumbre se aprobó el documento ‘Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible’ (Resolución de las Naciones Unidas A/RES/70/1) disponible en: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/70/L.1&Lang=S

ropea para la sostenibilidad⁷⁴, se proponen la inclusión de los Objetivos del Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas en el escenario europeo. En dicha comunicación se fija como plan de actuación la elaboración de políticas europeas para su desarrollo. En relación con el objetivo sexto la comunicación no establece ninguna línea de acción concreta, sino que únicamente la vincula con su dimensión ambiental y la importancia de la protección del medio ambiente para la calidad de vida humana (p. 5) y con las políticas de promoción de la economía circular⁷⁵, también conectadas con el aspecto medioambiental. En el texto de la propuesta de la Nueva Directiva sobre la calidad del agua destinada al consumo humano, en el apartado destinado a la definición de las razones y objetivos de la propuesta, se fundamenta el nuevo texto en el proceso de transición hacia una economía circular, enfatizando así la dimensión medioambiental de la norma.

Por otra parte, la nueva propuesta de Directiva se vincula con el Pilar Europeo de Derechos Sociales⁷⁶, tal como se apunta en el nuevo texto introductorio de la propuesta de directiva (apartado 18). El 16 de noviembre de 2017 se llevó a cabo la proclamación del Pilar Europeo de Derechos Sociales. Como precursores de esta proclamación pueden tenerse en cuenta dos documentos cruciales que han guiado el debate en el ámbito europeo en este último año 2017: el Libro Blanco sobre el futuro de Europa, presentado por la Comisión el 1 de marzo, y el Documento de Reflexión sobre la dimensión social de Europa, publicado el 26 de abril. El Libro Blanco sobre el futuro de Europa⁷⁷ plantea 5 posibles escenarios para la Europa del 2025 que reflejan desde posiciones a favor de la reducción de los espacios de decisión política y focalización en la expansión del mercado único, hasta opciones de mayor integración y reconocimiento de derechos por parte de la normativa comunitaria. En segundo lugar, destaca el Documento de Reflexión sobre la dimen-

⁷⁴ Comunicación (COM/2016/0739 final) de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones 'Próximas etapas para un futuro europeo sostenible Acción europea para la sostenibilidad'.

⁷⁵ La Comisión, en su comunicación, entiende por economía circular los modelos sostenibles de consumo y producción, que buscan la mejora en la eficiencia de los recursos y la reducción de los residuos.

⁷⁶ Interinstitutional Proclamation on the European Pillar of Social Rights (2017/C 428/09) of 17 November 2017 (OJ C 428, 13.12.2017, p. 10).

⁷⁷ White Paper on the future of Europe. Reflections and scenarios for the EU27 by 2025 COM(2017)2025 de 1 de marzo de 2017.

sión social de Europa⁷⁸, en el que a partir de los cinco escenarios propuestos por el Libro Blanco sobre el futuro de Europa, se plantean tres opciones para el futuro social de Europa: (1) limitar la dimensión social a la libre circulación, y por lo tanto eliminar los mínimos comunes en este ámbito; (2) dar autonomía de los estados miembros para ampliar la dimensión social y (3) profundizar en la dimensión social conjuntamente, aumentando la integración en este aspecto.

En este contexto, el 17 de noviembre de 2017, el Pilar Europeo de Derechos Sociales, fue aprobado conjuntamente por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión durante la Cumbre social en favor del empleo justo y el crecimiento celebrada en Gotemburgo. Se presenta como un conjunto de principios y derechos que deben servir como referencia para el ámbito de política social y de empleo. En su principio número 20, en el capítulo de Protección e Inclusión Social, se contempla el acceso a los servicios esenciales en los siguientes términos:

Toda persona tiene derecho a acceder a servicios esenciales de alta calidad, incluidos el agua, el saneamiento, la energía, el transporte, los servicios financieros y las comunicaciones digitales. Deberá prestarse a las personas necesitadas apoyo para el acceso a estos servicios.

En este sentido, de nuevo vemos como el derecho al agua no se contempla como un derecho subjetivo, sino que se vehicula a través de la obligación de los Estados de proporcionar los instrumentos de acceso adecuados a través de la fórmula de servicios esenciales. Si bien no recoge la dimensión completa del derecho al agua y al saneamiento recogida en el ordenamiento internacional, supone un elemento más en la profundización y el avance hacia la garantía de este derecho.

4.2. Las novedades de la Directiva 98/83/CE: protección de los colectivos vulnerables

Una vez establecidos los elementos de contexto que dieron lugar al proceso de revisión y modificación de la Directiva 98/83/CE, nos detendremos a analizar las modificaciones propuestas que afectan al ámbito del derecho al agua, así como los avances que representa y las limitaciones que contiene.

⁷⁸ Documento de Reflexión sobre la Dimensión Social de Europa COM (2017) 206 de 26 de abril de 2017.

La primera gran novedad de la nueva Directiva es el nuevo artículo 13, titulado 'Acceso al agua destinada al consumo humano'. Tal como se explicita en la propuesta de Directiva, este artículo se introduce a raíz de la Iniciativa Right2Water y la posterior respuesta de la Comisión. Al inicio del texto del nuevo artículo ya se incluye una cuestión previa: las previsiones incluidas en el precepto deben entenderse supeditadas al cumplimiento del artículo 9 de la DMA, esto es el principio de recuperación de costes, ya tratado anteriormente. A continuación, el artículo establece dos obligaciones para los Estados miembros: (1) la obligación de mejorar el acceso y promover el uso del agua potable a través de distintas medidas y (2) la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el acceso al agua potable a los grupos marginados o en situación vulnerable.

En lo que respecta a la primera obligación, la Directiva prevé diferentes medidas que enumera en el texto. Entre ellas, se destacan la obligación de proveer y mantener espacios públicos de acceso al agua potable de forma gratuita o promover el consumo de agua de grifo mediante campañas de sensibilización e información ciudadana sobre la calidad del agua, el uso de agua de grifo en establecimientos públicos, desde edificios públicas hasta establecimientos de restauración y hostelería.

En cuanto a la segunda obligación, la Directiva obliga a los Estados a tomar medidas para garantizar el acceso al agua de determinados grupos a través de las siguientes actuaciones concretas:

- a. *Identificar las personas que no tienen acceso al agua potable y los factores que llevan a la situación de falta de acceso.* En este punto, los Estados deberán analizar y recoger información relativa al acceso al agua, así como la cuantificación de los cortes de suministro por parte de las empresas o entidades suministradores, en situación de impago.
- b. *Asesorar e informar a las personas sin acceso al agua sobre las posibilidades de conexión a la red de suministro u otras medidas alternativas de acceso al agua.*
- c. *Tomar las medidas necesarias para que los grupos en situación de vulnerabilidad y marginación accedan al agua.* En caso de que no tengan acceso al agua potable, el Estado deberá informar de la calidad del agua que estén utilizando y los posibles impactos sobre la salud humana.

Según la propuesta de Directiva, mediante estas medidas y obligaciones se contribuye al cumplimiento del objetivo sexto de los Objetivos de Desarrollo Sostenible aprobados en el seno de Naciones Unidas, e incluidos

en el acervo de la Unión Europea. Por otra parte, destaca la necesidad de diferenciar las distintas dimensiones de la equidad en el acceso al agua potable: las diferencias geográficas, las necesidades y dificultades específicas de grupos en situación marginal o vulnerable y la asequibilidad en términos económicos. En cuanto a la asequibilidad, la justificación de la propuesta recuerda la necesidad de respetar el principio de recuperación de costes (art. 9 DMA) pero, al mismo tiempo, su compatibilidad con el establecimiento de tarifas sociales o diferenciadas en función de las condiciones socioeconómicas.

De acuerdo con todo lo visto hasta ahora, podemos ver que el artículo introducido en la revisión de la Directiva supone un avance, en tanto se introduce en un instrumento jurídico europeo vinculante la garantía del acceso al agua por parte de los colectivos más vulnerables. Ahora bien, esta garantía no abarca el contenido y el sentido del derecho humano al agua y al saneamiento recogido en la Resolución de Naciones Unidas. En cuanto al contenido del derecho al agua, entendemos que la Directiva abarca los elementos de aceptabilidad, accesibilidad, calidad y disponibilidad, estableciendo una normativa clara (y en la mayoría de casos, eminentemente técnica) en todos estos aspectos. Ahora bien, la asequibilidad como elemento fundamental del derecho al agua no queda lo suficientemente concretada en la nueva redacción, que mantiene un tono ambiguo, en consonancia con la tónica adoptada en directivas anteriores (en especial en la DMA). No se establece una obligación de generar medidas y mecanismos que aseguren la asequibilidad económica del agua, como requisito imprescindible para su acceso. En la formulación empleada por la nueva directiva se dan dos mecanismos que actúan simultáneamente:

Por un lado, se establece una obligación de mejora del acceso al agua para toda la ciudadanía, como principio orientador de las políticas públicas en torno al agua de los Estados Miembros, que representa un avance en la progresión del reconocimiento del derecho al agua, pero poco incisiva en materia de garantías directas. En este sentido, entre las medidas enumeradas ninguna hace referencia a la reestructuración y revisión tarifaria para la inclusión de elementos de progresividad y/o de tipo social. La mayoría de las propuestas –no exclusivas ni obligatorias– se refieren al aumento de los esfuerzos informativos y a la creación y mantenimiento de espacios públicos desde los que se pueda acceder al agua. Ninguno de los mecanismos propuestos se refiere a la regulación, control o limitación, orientados a la garantía del derecho al agua, en los sistemas de gestión.

5. LA CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD COMO REQUISITO PARA LA GARANTÍA DEL DERECHO AL AGUA: INTRODUCCIÓN DE UNA LÓGICA DE EXCLUSIÓN

Tal como hemos apuntado, sólo se establecen mecanismos de garantía y protección del derecho al agua para los colectivos vulnerables y/o marginales. La fórmula o categoría de “vulnerabilidad” se ha popularizado en los últimos años, y en el ámbito normativo europeo ha tomado un papel relevante como respuesta (cada vez más) habitual a las demandas ciudadanas de derechos básicos. Un ejemplo comparable a la utilización del concepto de vulnerabilidad en la revisión de la Directiva de agua potable es la prevista en las Directivas sobre el mercado interior de la electricidad⁷⁹ que incluye la previsión de garantía del suministro de energía a los colectivos vulnerables. En el caso de las Directivas sobre energía requieren que cada uno de los Estados miembros defina y concrete el concepto de ‘consumidor vulnerable’ y que establezcan las medidas adecuadas para su protección. Esta fórmula ha generado problemáticas como la alta variabilidad en la definición de las condiciones de vulnerabilidad, generando diferencias notables en la garantía de los suministros básicos entre los distintos Estados Miembros. En este sentido, una crítica ampliamente extendida hacia dichas directivas es la inconcreción del concepto de consumidor vulnerable y se ha reclamado una propuesta de definición desde la Comisión que unifique los criterios⁸⁰. Esta misma inconcreción se repite en la propuesta de revisión de la Directiva 98/83/CE. La Comisión Europea ha vuelto a optar por la fórmula imprecisa de la “vulnerabilidad” –sin dar elementos para su concreción– a la hora de definir el área de acción en que los Estados miembros deben actuar.

En este sentido, resulta de interés la reflexión de Antonio Madrid en torno a la construcción del concepto de vulnerabilidad⁸¹ y su proliferación tanto en el escenario político como académico en los últimos años. De acuerdo con

⁷⁹ Párrafo 53 y artículo 3 de la Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad; y párrafo 50 y artículo 3 de la Directiva 2009/73/EC del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural.

⁸⁰ S. PYE, A. DOBBINS, J. BRAJKOVIC, I. GRGUREV, R. DE MIGLIO y P. DEANE, *Energy poverty and vulnerable consumers in the energy sector across the EU: analysis of policies and measures*, 2015.

⁸¹ A. MADRID [CCHSCSIC] *Surgimiento y usos del término del ‘vulnerabilidad’*. Youtube <https://www.youtube.com/watch?v=NalYYXvwQao> [consulta: 10 de marzo de 2018].

este autor, podemos identificar dos acepciones del término vulnerabilidad. La primera de ellas, se refiere a la vulnerabilidad entendida como una característica inseparable del ser humano, es decir, según esta visión todas las personas somos vulnerables de diferentes formas en función de las características personales, la etapa vital, etc.⁸². La segunda acepción, construida y desarrollada a partir de los años 90, inicialmente a través de varios informes del Banco Mundial, se construye y utiliza en sustitución del término pobreza⁸³, con el objetivo de aportar una visión dinámica a este fenómeno. De acuerdo con Madrid: “la persona vulnerable, según este nuevo uso del lenguaje, es aquella que, por alguna circunstancia, previamente identificada, puede recibir daño con mayor probabilidad que otra persona en la que no se da esta circunstancia⁸⁴”. Ahora bien, tal como apunta el autor el uso de esta acepción encierra problemas como, por ejemplo, el peligro de olvidar las causas de la situación de vulnerabilidad y “pensar que la vulnerabilidad es un rasgo de la persona y no de las estructuras en las que viven las personas”⁸⁵. Por lo tanto, un peligro evidente de esta concepción de vulnerabilidad es el análisis de la misma situación desde las propias consecuencias que recaen sobre el individuo (su falta de herramientas para hacer frente a riesgos externos) pero no ante las causas o elementos estructurales que ocasionan que la persona se encuentre en dichas circunstancias. Ante esta perspectiva, Madrid reivindica la idea de ‘vulneración’ como aquella que nos permite identificar las causas de la situación de vulnerabilidad y las responsabilidades asociadas, y así, poder eliminarlas. Tal como apunta el propio autor “si se pierde de vista esta conexión entre vulneración y vulnerabilidad, la popularización del uso de los términos ‘vulnerable’ y ‘vulnerabilidad’ contribuirá a extender

⁸² Este concepto de vulnerabilidad ha sido desarrollado por varios autores desde disciplinas como la filosofía, la antropología o la ética aplicada. Entre otros, podemos destacar la idea de capas de vulnerabilidad de F. LUNA. *Vulnerabilidad: la metáfora de las capas. Jurisprudencia Argentina*, vol. IV, no. Fascículo Núm. 1, 2008, pp. 60-67 o la propuesta de Butler sobre las diferencias entre los conceptos de ‘precarity’ y ‘precariousness’ en J. BUTLER. *Marcos de guerra: las vidas lloradas*. Barcelona: Paidós, 2010.

⁸³ Para apreciar esta evolución nos remitimos a la recopilación bibliográfica sobre el concepto de vulnerabilidad elaborada por MUSSER, L. *Vulnerability Bibliography*. [en línea], 2002 [Consulta: 10 marzo 2018]. Disponible en: http://sciencepolicy.colorado.edu/events/security_symposium_2002/vulnerability_bibliography.pdf.

⁸⁴ A. MADRID. *Vulneración y vulnerabilidad: el orden de las cosas*. [en línea]. 2015, Barcelona [Consulta: 10 marzo 2018]. Disponible en: <http://www.fundacioalternativa.cat/wp-content/uploads/2015/05/Vulneración-y-vulnerabilidadx.pdf>.

⁸⁵ A. MADRID. *Vulneración y vulnerabilidad: el orden de las cosas*, cit., p. 2.

el discurso neoliberal según el cual cada persona es responsable, y sólo ella, de su suerte o mala suerte”⁸⁶.

Entre las consecuencias de la utilización de esta concepción destacamos, entre otras, la naturalización de situaciones de vulneración de derechos sin una identificación de las causas (y, por lo tanto, sin posibilidad de cambio); la transferencia de responsabilidad sobre la propia situación de vulnerabilidad sobre la persona que la sufre o la desresponsabilización de las instituciones respecto los factores estructurales que generan las situaciones de vulnerabilidad y el desarrollo de políticas desde una lógica de la exclusión⁸⁷.

Quizá esta última es la consecuencia directa más importante para el caso que nos ocupa. En el caso de los cambios propuestos en la Directiva 98/83/CE, que establecen la obligación de garantía del derecho al agua para los colectivos marginales o vulnerables, vemos que no se opta por una lógica universal del derecho al agua –que comportaría el reconocimiento del derecho para todas las personas– sino una lógica excluyente, en que sólo se da herramientas a los Estados miembros para garantizar el derecho en aquellas situaciones etiquetadas como vulnerables. Ante este escenario, son varias las dificultades a las que se enfrentan los Estados miembros en el diseño y aplicación de sus políticas públicas en relación al derecho al agua.

La primera de ellas es cómo, quién y en función de qué elementos debe considerarse a una persona como vulnerable. En el caso de la Directiva de electricidad (que utilizo la misma fórmula), estas preguntas ya se está dando, y han salido a la luz las dificultades para la concreción del concepto de vulnerabilidad en los distintos países, por una parte, y las diferencias en la práctica que comportan estas concreciones entre los niveles de garantía y protección entre los distintos Estados, por otra. Un ejemplo cercano de lo expuesto se da en el caso catalán, en la aplicación las previsiones contra la pobreza energética (que también incluye pobreza hídrica) de la Ley autonómica catalana 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética. En el art. 6 prevé la obligación de las administraciones públicas de garantizar el derecho de acceso a los suministros básicos de agua potable, de gas y de electricidad a las personas y unidades familiares en situación de riesgo de exclusión. Aunque la ley propone unos baremos básicos para la determinación de las situaciones de riesgo (art. 5) de acuerdo con los Servicios Sociales, que son los servicios

⁸⁶ A. MADRID. *Vulneración y vulnerabilidad: el orden de las cosas*, cit., p. 3.

⁸⁷ A. MADRID. [CCHSCSIC] *Surgimiento y usos del término del ‘vulnerabilidad’*, cit.

que acaban estableciendo a través de los informes preceptivos cuales son las familias y personas en situación de vulnerabilidad, estos son insuficientes. Las consecuencias de esto son, por una parte, la situación de inconcreción e inseguridad de las personas afectadas y, por otra, las diferencias en la práctica en la determinación de las situaciones de riesgo o vulnerabilidad entre los mismos Servicios Sociales de los distintos municipios⁸⁸.

Por otra parte, tal como hemos avanzado, la construcción de los mecanismos de garantía y protección del derecho al agua tomando como punto de partida la acción pública dirigida a los colectivos en situación de vulnerabilidad se sitúa en una lógica de exclusión. La demanda contenida en la Iniciativa Right2Water exigía el reconocimiento del derecho humano al agua, aprovechando el impulso del reconocimiento de este derecho en el seno de Naciones Unidas.

De acuerdo con Donnelly⁸⁹, son tres las características fundamentales de los derechos humanos: su inalienabilidad, en tanto los derechos humanos son inherentes al sujeto; la igualdad de derechos entre las personas y su universalidad. Por otra parte, Griffin nos indica que el contenido de un derecho siempre contiene el correspondiente deber y sitúa la principal dificultad en la delimitación de este contenido⁹⁰. Esta visión entronca con la defensa de la indivisibilidad y la interdependencia entre derechos. Debemos recordar que la Declaración de Derechos Humanos no divide los derechos ni los jerarquiza de ninguna forma⁹¹, de la misma forma la Declaración de Viena de 1993 consagró la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación entre derechos humanos⁹². Esta corriente se basa en la negación de las tendencias divisionistas entre derechos de distinto tipo, especialmente contra la distinción iniciada por Freid⁹³ que separa entre los derechos civiles y políti-

⁸⁸ COMISSIÓ DE SERVEIS SOCIALS BÀSICS (SSB) DEL COL·LEGI OFICIAL DE TREBALL SOCIAL DE CATALUNYA, 2016. Dictamen sobre la implantació de la Llei 24/2015, de mesures urgents per afrontar l'emergència en l'àmbit de l'habitatge i la pobresa energètica. [en línea]. Barcelona: [Consulta: 10 marzo 2018]. Disponible en: <http://www.tscat.cat/download/web/maig/dictamen242015.pdf>.

⁸⁹ J. DONNELLY. *Universal human rights in theory and practice*. Cornell University Press, 2013, p.10.

⁹⁰ J. GRIFFIN, *On human rights*, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 97.

⁹¹ P. ALSTON, "Economic and Social Rights", en L. HENKIN y J.L. HARGROVE (eds.), *Human Rights: an Agenda for the Next Century*, ASIL, Washington DC, 1994, p. 152.

⁹² Declaración y el Programa de Acción de Viena aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993 (UN Do. A/CONF. 157/23, #I.5).

⁹³ C. FRIED, *Right and wrong*, Harvard University Press, Cambridge, 1978.

cos entendidos como derechos negativos y los derechos sociales y culturales, entendidos como positivos (necesitando una inversión y acción prestacionaria externa)⁹⁴. Así, todos los derechos –sin distinción– contendrían deberes en su contenido, independientemente de su naturaleza. Esta idea es desarrollada y ampliada por autores que sitúan en el deber el núcleo central del propio derecho. En este sentido, se entiende que el concepto de derecho se construye a partir de la noción de deber: sólo hay un derecho si además de su reconocimiento hay una obligación al respecto, por lo tanto las problemáticas sobre los derechos hay que resolverlas en el terreno de los deberes⁹⁵.

En esta línea, el nuevo texto de la Directiva de agua potable no reconoce el derecho en sí mismo, sino que establece la obligación de asegurar el acceso al agua potable a los grupos marginados o en situación vulnerable. La misma Comisión, en el preámbulo de su propuesta, justifica la inclusión de estas obligaciones en la demanda de la Iniciativa Right2Water en relación al derecho al agua. Por lo tanto, podemos concluir que esta obligación constituye el contenido del derecho parcial al agua que reconoce la Directiva, ya que el contenido obligacional sólo se establece en relación a un conjunto de personas en circunstancias inciertas no especificadas (tal como hemos apuntado anteriormente). Cómo hemos visto, al abandonar una visión universalista del derecho al agua, las políticas públicas no toman como objetivo la transformación de las estructuras necesarias para garantizar el derecho a todas las personas, sino que su foco se centrará exclusivamente en las problemáticas que afectan a los colectivos considerados vulnerables.

Esta visión no problematiza la estructura de gestión existente y, por lo tanto, no genera cambios en ella, sino en todo caso genera mecanismos parciales para paliar la situación de esos colectivos. Por ejemplo, en el caso del derecho al agua, una fórmula para la garantía del derecho al agua desde una perspectiva universalista podría ser el establecimiento de un suministro mínimo vital para todas las personas, aplicando tarifas de tipo progresivo (en función del consumo y las características socioeconómicas de las unidades

⁹⁴ Para una mayor profundización sobre las teorías de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos, nos remitimos al texto de A. NOGUERA, “¿Derechos fundamentales, fundamentalísimos o, simplemente, derechos? El principio de indivisibilidad de los derechos en el viejo y en el nuevo constitucionalismo”, *Derechos y Libertades*, núm. 21, 1993, pp. 117-1147.

⁹⁵ J. R. CAPELLA “Derechos, deberes: La cuestión del método de análisis” en J.A. ESTÉVEZ ARAUJO (ed.), *El libro de los deberes: las debilidades e insuficiencias de la estrategia de los derechos*, Trotta, Madrid, 2013, pp. 264.

familiares) para el resto de consumos. En cambio, desde la lógica de segmentación de las políticas centradas en los colectivos vulnerables, el actual sistema tarifario se considera positivo, y los recursos se centran en paliar las dificultades de pago de esas familias, a través –fundamentalmente– de ayudas en forma de subvención. Este último modelo es el que se aplica mayoritariamente en la actualidad (las administraciones públicas subvencionan a las familias mediante ayudas destinadas al pago de suministros básicos) y, asimismo, es el que se consolida mediante las previsiones incluidas en la revisión de la Directiva 98/83/CE.

ANAÍS VARO BARRANCO
Universidad de Girona
c/ Universitat de Girona, 12
17071 Girona
e-mail: anais.varo@udg.edu