

El derecho a la salud y el derecho al agua potable y al saneamiento. Estudio de sus relaciones mutuas y de su protección internacional, con especial análisis de sus implicancias para los pueblos indígenas

Santiago Maqueda Fourcade

Abogado y Magíster en Derecho Administrativo por la Universidad Austral (Buenos Aires, Argentina). Relator de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Buenos Aires, Argentina). Profesor ayudante diplomado de Derecho Constitucional II y Derecho Administrativo II, Universidad Austral (Buenos Aires, Argentina).

C. Ignacio de Casas

Abogado por la Universidad de Mendoza (Argentina). Diplomado en Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Collège Universitaire Henry Dunant (Ginebra, Suiza). Cofundador y Vicepresidente del CLADH. Profesor ayudante diplomado de Derecho Constitucional II, Universidad Austral (Buenos Aires, Argentina).

Resumen: Este trabajo analiza las fuentes de consagración normativa y protección internacional del derecho al agua y al saneamiento. A la vez, estudia sus diversas ramificaciones con relación a: (i) el derecho a la salud; (ii) los demás derechos humanos como un conjunto; (iii) los deberes estatales de protección adecuada de los derechos humanos y (iv) los derechos específicos de los pueblos indígenas y tribales. Para tales efectos, en primer lugar se detalla la consagración normativa de que gozan el derecho a la salud, por un lado, y el derecho al agua potable y al saneamiento, por otro. En segundo lugar, se profundiza sobre la relación entre el derecho a la salud y los demás derechos humanos, para contextualizar de esa manera su relación con el de acceso al agua y al saneamiento. En tercer lugar, con lo antes expuesto como premisas, se describen los deberes de los Estados en relación al derecho al agua potable y al saneamiento. Finalmente, se hace referencia específica a las implicancias de los derechos a la salud y al agua

y saneamiento en el caso de los pueblos indígenas y tribales.

Palabras clave: derecho al agua; derecho al saneamiento; derecho a la salud; pueblos indígenas y tribales.

Abstract: This Article analyzes the several sources of international normative recognition and protection of the right to water and sanitation. It further studies its different consequences with regard to: (i) the right to health; (ii) the human rights as a whole; (iii) the State's obligations to provide adequate protection to the human rights and (iv) the specific rights of the indigenous and tribal peoples. For those purposes, the Article, in the first place, expounds the normative recognition granted to the right to health, on the one side, and the right to water and sanitation, on the other side. Secondly, it analyzes the relationship between the right to health and the other human rights, in order to contextualize its relationship with the right to water and sanitation. Thirdly, building upon the aforementioned notions, it describes the obligations of the States with regard to the right to water and sanitation. And finally, it analyzes the specific implications of the right to health and the right to water and sanitation of the indigenous and tribal peoples.

Key Words: right to water; right to sanitation; right to health; indigenous and tribal peoples.

Artículo recibido: 31/08/2012 Aceptado: 15/09/2012

Sumario

1. Introducción
2. La protección de la salud y el acceso al agua potable en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos
 - 2.1 El derecho a la salud
 - 2.2 Hacia el derecho al agua potable y el saneamiento
 - 2.3 El Mecanismo Especial de la ONU sobre Agua y Saneamiento
3. La relación entre el derecho a la salud y los demás derechos humanos
4. Los deberes de los Estados según los estándares internacionales
 - 4.1 Deberes vinculados al abastecimiento de agua y el saneamiento

- 4.2 Deberes adicionales hacia la comunidad
- 4.3 Deberes vinculados a las estrategias, planes, políticas e instituciones estatales de acción
- 4.4 Deberes de cooperación
- 5. Los pueblos indígenas y tribales y el derecho a la salud y el acceso de agua potable
 - 5.1 Igualdad en el acceso al agua potable y a los servicios de salud
 - 5.2 Respeto de sus recursos naturales y territorios
 - 5.3 Respeto del derecho a la consulta previa, libre e informada y superación de las barreras idiomáticas en la difusión de los estándares internacionales
- 6. Bibliografía

1. Introducción

Existen dos derechos muy vinculados entre sí, uno de los cuales es en verdad como una condición del otro. Se trata, por un lado, del derecho a la salud, ampliamente reconocido en los instrumentos internacionales de derechos humanos y, por otro, del llamado “derecho al agua”, cuyo reconocimiento a nivel internacional se encuentra en vías de consagración.

Este estado embrionario del reconocimiento del derecho al agua y al saneamiento justifica este trabajo, cuyo objeto es analizar sus diversas ramificaciones con relación a: (i) el derecho a la salud; (ii) los demás derechos humanos; (iii) los deberes estatales de protección y (iv) los derechos de los pueblos indígenas y tribales. Para tales efectos, en primer lugar se detallará la consagración normativa de que gozan el derecho a la salud, por un lado, y el derecho al agua potable y al saneamiento, por otro. En segundo lugar, se profundizará sobre la relación entre el derecho a la salud y los demás derechos humanos, para contextualizar de esa manera su relación con el acceso al agua y al saneamiento. En tercer lugar, con lo antes expuesto como premisas, se describirán los deberes de los Estados en relación al derecho al agua potable y al saneamiento. Y, finalmente, a modo de banco de pruebas, se hará referencia específica a las implicancias de los derechos a la salud y al agua y saneamiento en el caso de los pueblos indígenas y tribales.

2. La protección de la salud y el acceso al agua potable en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos

Si bien se encuentran íntimamente vinculados entre sí, el derecho al agua potable y el saneamiento no cuenta todavía con un reconocimiento normativo tan claro como el derecho a la salud. Sin embargo, paradójicamente, el derecho al agua potable y el saneamiento –que debería nombrarse siempre como el binomio agua–saneamiento– es en verdad una condición previa para la operatividad del derecho a la salud, pues éste no puede existir y ejercerse sin la previa satisfacción de aquél.

2.1 El derecho a la salud

El derecho a la salud tiene expresa consagración normativa en distintos instrumentos internacionales. La Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS) afirma en sus declaraciones iniciales que

La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades [...] El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social.

El artículo 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que:

Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios...

El artículo 12.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece asimismo, que: “Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”.

El artículo 12.2 del citado Pacto especifica que los Estados Parte deben tomar medidas para:

a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; [y] d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

La Convención de los Derechos del Niño reza en su artículo 17 que:

Los Estados Parte reconocen la importante función que desempeñan los medios de comunicación y velarán por que el niño tenga acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental.

El artículo 24.1 de esa Convención, asimismo, agrega que

Los Estados Parte reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.

Por último, el Protocolo de “San Salvador”, Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, consagra el derecho a la salud en su artículo 10.1, en los siguientes términos:

“Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute

del más alto nivel de bienestar físico, mental y social”. El artículo 10.2 de dicho Protocolo agrega que los Estados Partes “se comprometen a reconocer la salud como un bien público” y, particularmente, a adoptar las siguientes medidas: “a. la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad; b. la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado; c. la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas; d. la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole; e. la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud; y f. la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.

Como puede verse, el derecho a la salud goza de amplio reconocimiento en una gran variedad de instrumentos normativos internacionales de protección.

2.2 Hacia el derecho al agua potable y el saneamiento

El título de este acápite podría haber sido simplemente “El derecho al agua” o “El derecho al agua y al saneamiento”. Sin embargo, en el derecho internacional éste aún no tiene un reconocimiento expreso como tal, esto es, no está consagrado en instrumentos internacionales de carácter vinculante. A pesar de ello, los últimos años han evidenciado un notable avance hacia el expreso reconocimiento de este derecho, que puede entenderse como implícitamente reconocido al reconocer el derecho a la salud (pues éste no puede existir sin aquél).

En el año 2007, en un estudio presentado al Consejo de Derechos Humanos, la entonces Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos estimó “que había llegado el momento de considerar el acceso al agua potable y el saneamiento como un derecho humano” (A/HRC/6/3, párr. 66). Allí lo definió como

el derecho a un acceso, en igualdad de condiciones y sin discriminación, a una cantidad suficiente de agua potable para usos personales y doméstico, lo que comprend[e] agua para el consumo, la colada, la preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica, para mantener la vida y la salud (Ibíd.).

Si todavía no se pudiera hablar del “derecho al agua” en sentido duro (por oposición al *soft law*) sí se puede sostener, sin embargo, que el derecho internacional de los derechos humanos impone obligaciones específicas relacionadas con el acceso al agua potable y al saneamiento. Estas obligaciones exigen que los Estados garanticen el acceso de todos a una cantidad suficiente de agua potable para usos personales y domésticos. Estas obligaciones exigen asimismo a los Estados garantizar progresivamente el acceso a un saneamiento adecuado, como elemento fundamental de la dignidad humana y la privacidad, así como también proteger la calidad de las fuentes y suministros de agua potable (OHCHR, UN-HABITAT y OMS, *The Right to Water, Fact Sheet No. 35, 3*).

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su comentario general número 15 al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se refiere justamente al derecho al agua, como proveniente de los artículos 11 (derecho al nivel de vida adecuado, incluyendo alimentación, vestido y vivienda adecuados) y 12 (derecho a la salud) de dicho Pacto, aunque ninguno de los dos artículos hace alguna referencia expresa al agua.

Los instrumentos que contienen normas relacionadas al derecho al agua y/o al saneamiento que se pueden mencionar son: (i) la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (art. 14.2.h); (ii) el Convenio 161 de la OIT sobre los servicios de salud en el trabajo (art. 5.b); (iii) la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 24.2.c); y (iv) la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (art. 28.2.a).

A nivel regional, el Protocolo de “San Salvador” establece, para el ámbito interamericano, en su art. 11.1 que “Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos”,

del cual se puede inferir, como hacen los órganos de aplicación, el derecho al saneamiento, y también, en un sentido más genérico, al agua potable.

Asimismo, la Oficina de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos y la OMS han señalado, como “*aspectos clave del derecho al agua*”, los siguientes (OHCHR, UN–HABITAT y OMS, The Right to Water, Fact Sheet No. 35, 7–8):

(i) El derecho al agua entraña libertades. Estas libertades incluyen la protección contra desconexiones arbitrarias e ilegales; la prohibición de la contaminación ilegal de los recursos hídricos; la no discriminación en el acceso al agua potable y el saneamiento; la no interferencia con el acceso a los suministros de agua existentes, especialmente a las fuentes tradicionales de agua; y garantizar que la seguridad personal no se vea amenazada cuando se accede al agua y al saneamiento fuera del hogar.

(ii) El derecho al agua contiene derechos. Estos derechos incluyen el acceso a una cantidad mínima de agua potable para sostener la vida y la salud; el acceso al agua potable y saneamiento en situación de detención; y la participación en la toma de decisiones en lo que se refiere al agua y el saneamiento, a nivel nacional y comunitario.

(iii) El suministro de agua para cada persona debe ser continuo y suficiente para cubrir los usos personales y domésticos, que comprenden el agua para beber, lavar la ropa, la preparación de alimentos y la higiene personal y del hogar.

Por último, la Asamblea General de la ONU, recientemente dictó la Resolución A/RES/64/292 (julio de 2010), en cuyo punto resolutivo primero

se [r]econoce 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.

2.3 El Mecanismo Especial de la ONU sobre Agua y Saneamiento

Como han evidenciado las referencias realizadas en el acápite anterior, el derecho al agua y el saneamiento está en pleno camino para ser recono-

cido expresamente y de forma unánime en el ámbito internacional. Cabe señalar, en este sentido, que muy elocuente del desarrollo progresivo de este derecho, y de la importancia que se le quiere dar en el ámbito de las Naciones Unidas, es la creación por parte del Consejo de Derechos Humanos de un mecanismo especial para el seguimiento del tema.

El mecanismo comenzó a funcionar en noviembre de 2008 y ha sido hasta ahora ejercido por una sola persona, la portuguesa Catarina de Albuquerque. El mandato, que originalmente llevaba por título el de “Experta independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y el saneamiento”, ahora se llama “Relatora especial sobre el derecho humano al agua potable y el saneamiento”, lo que demuestra la tendencia internacional destinada a consagrar expresamente este derecho.

Brevemente se expone a continuación el desarrollo del trabajo de la Sra. de Albuquerque.

Como cualquier otro procedimiento especial del Consejo de Derechos Humanos, la Relatora realiza visitas a los países (misiones de investigación sobre el terreno); adopta medidas en relación con casos individuales y manifiesta preocupaciones de carácter más amplio y estructural mediante el envío de comunicaciones a los Estados en las que les señala para su atención las presuntas violaciones; realiza estudios temáticos y convoca consultas de expertos; elabora normas internacionales de derechos humanos; realiza actividades de defensa de los intereses relacionados con los derechos que abarca su mandato; promueve la sensibilización del público, y presta asesoramiento y apoyo en materia de cooperación técnica (HRC/NONE/2012/60).

Quien esté familiarizado con el trabajo de estos Relatores conoce que anualmente deben informar al Consejo de Derechos Humanos, y que sus informes cuentan con tres partes: una, contiene una relación de las comunicaciones individuales recibidas en el transcurso de ese año; otra, consiste en los informes de las visitas de país realizadas en el periodo informado; por último, un informe temático sustantivo (que suele ser subtemático, dada la amplitud de los mandatos y la limitación de páginas que se les imponen –no mayor a 25 ó 30 páginas–).

La Sra. de Albuquerque ha visitado en estos años Costa Rica, Egipto y

Blangladesh, en 2009; Eslovenia y Japón, en 2010; Estados Unidos de América, Senegal y Namibia (2011); y ha ido a Uruguay en lo que va de 2012. Como es de imaginar, la problemática de cada país en relación a estos derechos es muy diversa, pero cada uno de los informes contiene, además de una descripción de las actividades realizadas y las carencias encontradas, una serie de recomendaciones para el Estado en cuestión.

En cuanto a los temas abordados por sus informes, aparte del primer “Informe preliminar delineando el plan de trabajo del Mandato” y un par de compilaciones de buenas prácticas, abarcó los siguientes: obligaciones de derechos humanos relacionadas al acceso al saneamiento; obligaciones de derechos humanos relacionadas a la prestación no estatal de servicios de agua y saneamiento; los objetivos de desarrollo del milenio y el derecho al agua y saneamiento; planes de acción nacionales para la realización de los derechos al agua y al saneamiento; el estigma y el ejercicio de los derechos humanos al agua y el saneamiento.

3. La relación entre el derecho a la salud y los demás derechos humanos

Expuestas las fuentes normativas de los derechos a la salud y al agua potable y el saneamiento, corresponde ahora profundizar en la estrecha relación existente entre el derecho a la salud, y el respeto y goce de los demás derechos humanos, entre los cuales se puede incluir, a los efectos de este trabajo, al acceso al agua potable y al saneamiento.

Esta relación ha sido expuesta con claridad por la Organización Panamericana de la Salud (en adelante, “OPS”) y sintetizada en la existencia de “tres vínculos básicos” entre la salud y el ejercicio de los derechos humanos. En tal sentido, se ha señalado que:

- (i) El primer vínculo señala que el goce de la salud y el ejercicio de los derechos humanos “actúan en sinergia”. Esto implica que cierto grado de salud física es “necesario” para poder ejercer los derechos humanos individuales, sociales, económicos y políticos. A la vez, el ejercicio de estos últimos es “esencial para disfrutar de un verdadero

bienestar físico y mental” (OPS, CD50/12, 31 de agosto de 2010, Documento conceptual, no. 8).

(ii) El segundo vínculo radica en el hecho de que las violaciones a los derechos humanos “pueden afectar negativamente el bienestar físico, mental y social de todas las personas” (OPS, CD50/12, 31 de agosto de 2010, Documento conceptual, no. 9).

(iii) El tercer vínculo, finalmente, se centra en los efectos de las políticas, planes y legislaciones sobre salud pública sobre el ejercicio de los demás derechos humanos. En tal sentido, afirma que dichas políticas, planes y legislaciones pueden proteger los derechos humanos o, por el contrario, pueden obstaculizar su ejercicio (OPS, CD50/12, 31 de agosto de 2010, Documento conceptual, no. 10).

4. Los deberes de los Estados según los estándares internacionales

De los vínculos recién señalados se desprenden asimismo los deberes de los Estados respecto del derecho a la salud que se desarrollan a continuación y, en especial, la exigencia de que las medidas en materia de agua y saneamiento sean necesariamente acompañadas de medidas de promoción de los derechos humanos en su totalidad.

La OPS, a través de sus recomendaciones a los Estados Parte de la OMS, ha ido concretando y especificando los estándares más generales consagrados en los instrumentos internacionales ya referidos, a través de líneas concretas de acción y adopción de políticas, planes y legislaciones tendientes a efectivizar el derecho a la salud. En ese sentido, ha señalado la existencia de (i) deberes vinculados al abastecimiento de agua y el saneamiento; (ii) deberes hacia la comunidad en general; (iii) deberes vinculados a las estrategias, planes, políticas e instituciones estatales de acción; y (iv) deberes de cooperación.

4.1 Deberes vinculados al abastecimiento de agua y el saneamiento

En primer lugar, la OPS ha recordado recientemente que es consecuencia del derecho a la salud que toda persona tenga *“derecho a agua y saneamiento que sean suficientes, seguros, aceptables, accesibles y asequibles,*

para usos personales y domésticos". El corolario de esto es que los Estados tienen la obligación de tomar las medidas necesarias y adoptar las "estrategias sanitarias nacionales" para garantizar el abastecimiento de agua y el saneamiento a "*toda persona, sin discriminación*", cumpliendo también con los Objetivos de Desarrollo del Milenio (OPS, WHA 64.24, 24 de mayo de 2011, no. 1.3).

En particular, es fundamental que existan las instalaciones apropiadas para el acceso al agua potable, el saneamiento y el lavado de manos con jabón, que deben garantizarse especialmente en los establecimientos de asistencia sanitaria (hospitales, laboratorios), las escuelas y otros edificios y entornos públicos. Las personas que trabajan en dichos establecimientos deben ser, asimismo, especialmente instruidas respecto de la relevancia del agua potable y el saneamiento como base de prevención primaria (OPS, WHA 64.24, 24 de mayo de 2011, no. 1.6).

Los Estados también deben establecer sistemas sustentables, tanto nacionales como locales, de monitoreo del agua y el saneamiento y de alerta temprana. Esto sirve para prevenir y controlar las enfermedades relacionadas con el agua y el saneamiento, así como también para elaborar planes para emergencias (OPS, WHA 64.24, 24 de mayo de 2011, no. 1.8).

4.2 Deberes adicionales hacia la comunidad

En segundo lugar, la OPS ha sostenido que los Estados deben promover nuevos y diversos métodos de "educación, emancipación, participación y sensibilización de la comunidad", involucrando activamente a sus líderes y a la sociedad civil. Esta actuación sobre la comunidad está pensada para beneficio principal de los sectores sociales más desfavorecidos: mujeres, niños, jóvenes, pueblos indígenas y demás poblaciones vulnerables (OPS, WHA 64.24, 24 de mayo de 2011, no. 1.2).

Los Estados deben también tomar medidas para "priorizar y aplicar la reducción de las desigualdades" que existen entre las zonas urbanas, las zonas periurbanas y las zonas rurales respecto del acceso al agua potable doméstica y de otras fuentes, a las instalaciones sanitarias mejoradas y a la higiene. Estas medidas deben ser tomadas en consulta con los demás Estados asociados y organismos internacionales y en coordinación con las

autoridades locales competentes (OPS, WHA 64.24, 24 de mayo de 2011, no. 1.5). Se ve aquí la vinculación con los derechos a la igualdad y no discriminación, por una parte, y a la consulta a los pueblos indígenas por otra.

Asimismo, los Estados deben difundir, mediante medidas legislativas, administrativas, educativas y de cualquier otro tipo, los instrumentos internacionales vinculados con el derecho a la salud y sus distintos estándares aplicables. Este deber de difusión es especialmente importante respecto de los trabajadores de la salud, las autoridades y personal gubernamentales y las organizaciones de la sociedad civil y otros actores sociales, y debe enfocarse principalmente en abordar la estigmatización, la discriminación y la exclusión de los grupos en situación de vulnerabilidad (OPS, Resolución CD50.R8, 29 de septiembre de 2010, nos. 1.d, 1.e y 1.f).

4.3 Deberes vinculados a las estrategias, planes, políticas e instituciones estatales de acción

En tercer lugar, la OPS ha explicado que los Estados deben formular y perfeccionar sus “estrategias nacionales de salud pública”, teniendo como fin destacar que el agua potable, el saneamiento y la higiene son la “base de la prevención primaria”. Tales estrategias deben estar basadas en un “enfoque integrado” de los procesos de planificación, las políticas, los programas y los proyectos sectoriales en relación con el agua y el saneamiento (OPS, WHA 64.24, 24 de mayo de 2011, no. 1.1).

Dichas estrategias y políticas, como también los distintos mecanismos institucionales del Estado, tienen además que proveer a la gestión integrada de los “riesgos y peligros” vinculados con el agua y el saneamiento. En particular, ello implica evaluar el impacto sanitario, la extensión estratégica de los sistemas y servicios de agua potable y saneamiento, y el ordenamiento ambiental para proteger la salud en los proyectos de desarrollo de recursos hídricos y gestión de aguas residuales (OPS, WHA 64.24, 24 de mayo de 2011, no. 1.4).

Los Estados deben también establecer, ejecutar y controlar los planes de seguridad del agua y el saneamiento, con el apoyo de los distintos órganos internacionales relevantes: Centros Colaboradores de la OMS, redes albergadas por la OMS y asociaciones que mantienen relaciones oficiales con la OMS (OPS, WHA 64.24, 24 de mayo de 2011, no. 1.9).

Finalmente, los Estados tienen el deber de crear una autoridad sanitaria con capacidades técnicas y jurídicas idóneas para el logro de sus fines. En particular, tienen que otorgarle capacidades técnicas suficientes para que puedan: (i) trabajar con entidades gubernamentales de derechos humanos; (ii) evaluar y controlar la implementación de los instrumentos internacionales vinculados con el derecho humano a la salud; y (iii) cooperar para la formulación de las diversas políticas y planes de salud (OPS, Resolución CD50.R8, 29 de septiembre de 2010, no. 1.a y 1.b).

4.4 Deberes de cooperación

En cuarto lugar, los Estados deben mejorar sus mecanismos de cooperación con autoridades locales competentes e interesados directos, principalmente en zonas transfronterizas, para el establecimiento y manutención de sistemas idóneos de control y supervisión. Estos sistemas incluyen evaluaciones de la calidad del agua, comunicaciones regulares de la información pertinente y respuestas efectivas a los problemas de calidad del agua (OPS, WHA 64.24, 24 de mayo de 2011, no. 1.7).

Los Estados también deben apoyar la cooperación técnica de la OPS para la formulación, revisión y eventual reformulación de los planes, políticas y legislaciones sobre salud, especialmente para garantizar la tutela de los grupos poblacionales vulnerables (OPS, Resolución CD50.R8, 29 de septiembre de 2010, no. 1.c).

5. Los pueblos indígenas y tribales y el derecho a la salud y el acceso de agua potable

Para terminar, en este acápite se analizarán las particulares implicancias que los derechos, estándares y deberes descritos en los puntos anteriores tienen cuando se refieren a los pueblos indígenas y tribales. Éstos, por un lado, son poblaciones que generalmente se encuentran en situación de vulnerabilidad y, por otro, gozan de derechos especialmente consagrados para la tutela de sus tradiciones, culturas, recursos naturales y territorios ancestrales, o para revertir el relegamiento histórico que han sufrido o la situación de discriminación y desigualdad que aún sufren.

En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha sostenido que los Estados tienen obligaciones específicas frente a los pueblos indígenas y tribales, distintas de las relativas al resto de las personas, y fundadas en sus especiales características. En concreto, ha afirmado que los Estados tienen que adoptar medidas de “protección especial”, debido a la

mayor vulnerabilidad de estas poblaciones, dadas las condiciones de marginación y discriminación históricas que han sufrido, y del nivel especial de afectación que soportan por las violaciones de sus derechos humanos,

y máxime para mujeres y niños (CIDH, Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, 30 de diciembre de 2009, no. 49).

Esos derechos específicos hacen entonces que las exigencias de los derechos a la salud, al agua potable y al saneamiento cobren matices particulares respecto de los pueblos indígenas y tribales, entre los que cabe destacar: (i) la igualdad en el acceso al agua potable y a los servicios de salud; (ii) el respeto de sus recursos naturales y territorios; y (iii) el respeto del derecho de consulta junto con la superación de las barreras idiomáticas en la difusión de los derechos y estándares internacionales.

5.1 Igualdad en el acceso al agua potable y a los servicios de salud

Como se explicó anteriormente, el derecho al agua potable y el saneamiento impone a los Estados el importantísimo deber de garantizar el acceso a tales bienes a “toda persona, sin discriminación”, pues se trata de tutelar un derecho humano del que son titulares todas las personas, por su sola condición de seres humanos.

Ahora bien, ese deber de abastecimiento en condiciones de igualdad cobra particular relevancia para los pueblos indígenas y tribales. Éstos, al ser poblaciones desfavorecidas, se encuentran muchas veces en zonas naturales de difícil acceso al agua potable y el saneamiento, sea por razones geográficas (v. gr., dificultad en el acceso a territorios accidentados y pobla-

dos remotos) como por razones técnicas (v. gr., dificultad para construir las instalaciones, como cañerías y cloacas, que garanticen el abastecimiento).

Las dificultades que puedan existir respecto del acceso al agua y el saneamiento, sin embargo, no eximen a los Estados de adoptar todas las medidas que estén a su alcance para garantizarlo. En este sentido, la CIDH ha sostenido que los Estados tienen el deber de garantizar que, en los territorios indígenas –sean territorios ancestrales o territorios otorgados por el Estado en sustitución de aquéllos– cuenten con los servicios básicos de salud, higiene y agua potable (CIDH, Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales..., 30 de diciembre de 2009, no. 149).

Esto conlleva la exigencia de prestar a los miembros de los pueblos indígenas, en condiciones de igualdad y suficiencia, los servicios de atención primaria de salud, inmunización de las principales enfermedades infecciosas y prevención y tratamiento de las enfermedades endémicas, laborales y de otra índole (Protocolo de “San Salvador”, art. 10.2).

5.2 Respeto de sus recursos naturales y territorios

Desde otro orden de ideas, los pueblos indígenas y tribales pueden ver afectados sus derechos tanto por las instalaciones y medidas que se adopten para el abastecimiento de agua y el saneamiento, como por los distintos proyectos de desarrollo e inversión que puedan tener impacto sobre sus recursos naturales y/o territorios.

Los pueblos indígenas, en efecto, tienen especiales derechos de propiedad sobre sus recursos naturales y sus territorios. Desde esa óptica, las instalaciones y medidas que adopten los Estados para proveer a la población de agua y saneamiento no pueden afectar irrazonablemente los recursos naturales de los pueblos indígenas. En particular, esto puede darse respecto de sus recursos hídricos. Así, una explotación o utilización estatal o privada desmedida de éstos, por más que sea para el abastecimiento de agua potable a la población, puede devenir en una violación del derecho de los pueblos indígenas, si no se adoptan siguiendo el procedimiento de la búsqueda del consentimiento mediante la consulta previa (arts. 13, 21 y 23 de la CADH).

Algo análogo puede ocurrir con los diversos proyectos de desarrollo e inversión que puedan llevarse a cabo en territorios indígenas o que puedan

tener efectos negativos sobre ellos. La contaminación del agua, el aire y el suelo que esos proyectos puedan acarrear, así como el consumo excesivo de los recursos hídricos disponibles, pueden también implicar violaciones de los derechos de los pueblos indígenas sobre sus territorios y sus recursos naturales. En este sentido, la CIDH ha sostenido que

[s]e debe dar prioridad a los derechos a la vida e integridad de los pueblos indígenas y tribales. En consecuencia, tales pueblos tienen derecho a que se suspenda inmediatamente la ejecución de los planes o proyectos de desarrollo o inversión o de los proyectos de exploración y explotación de recursos naturales que afecten esos derechos” (CIDH, Derechos de los pueblos indígenas y tribales... , 30 de diciembre de 2009, no. 217).

La Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos sostiene asimismo que “el Estado debe dar prioridad a esos usos personales y domésticos [del agua] por sobre los otros usos, y adoptar medidas para garantizar que esta cantidad suficiente fuera de buena calidad, asequible para todos y pudiera recogerse a una distancia razonable del hogar de la persona” (ACNUDH, A/HRC/6/3, párr. 66). También la CIDH ha afirmado que la “protección de los recursos naturales presentes en los territorios ancestrales, y de la integridad medioambiental de tales territorios” es necesaria como medio para garantizar la vigencia de otros derechos no patrimoniales de los pueblos indígenas y tribales (salud, privacidad, vida, dignidad). Esos derechos se afectan cuando se afecta el medioambiente en el que viven. El Estado, por tanto, tiene que evitar daños al medioambiente que puedan afectar las condiciones de vida de los pueblos indígenas y tribales (CIDH, Derechos de los pueblos indígenas y tribales..., 30 de diciembre de 2009, no. 194).

5.3 Respeto del derecho a la consulta previa, libre e informada y superación de las barreras idiomáticas en la difusión de los estándares internacionales

Respecto de cualquiera de los casos mencionados en el punto anterior, es decir, cuando los recursos hídricos de un territorio ancestral puedan verse

comprometidos ya sea para el consumo humano del resto de la población de un país, como para actividades productivas (minería, hidroelectricidad, etc.), deberán realizarse los procedimientos de consulta y participación exigidos por los estándares internacionales, exigidos en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y en la jurisprudencia –entre otros– del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

La CIDH ha desarrollado *in extenso* las exigencias genéricas de estos derechos, que son aplicables específicamente a los proyectos que afecten los recursos hídricos de los pueblos indígenas y tribales. A este respecto, cabe recordar que los Estados tienen la obligación de consultar a los pueblos indígenas y garantizar su participación en las decisiones relativas a cualquier medida que afecte sus territorios, tomando en consideración la especial relación entre los pueblos indígenas y tribales y la tierra y los recursos naturales. Esta consulta debe “estar dirigida a obtener su consentimiento libre e informado” (CIDH, Derechos de los pueblos indígenas y tribales..., no. 273) y abarcar todas las instancias de decisión de los proyectos de explotación de recursos naturales en sus tierras y territorios, desde su diseño, licitación y concesión, hasta su ejecución y evaluación (Ibíd. no. 290).

Por *consulta* debe entenderse, a estos efectos, un proceso de diálogo y negociación que implica la buena fe de ambas partes y la finalidad de alcanzar un acuerdo mutuo. Este procedimiento no puede agotarse en el cumplimiento de una serie de requisitos de forma, pues, incluso en los supuestos en los que el consentimiento de los pueblos indígenas no sea un requisito necesario, los Estados tienen el deber de prestar la debida consideración a los resultados de la consulta o, en su defecto, proporcionar razones objetivas y razonables para no haberlos tomado en consideración (Ibíd. no. 285). Cabe recordar que, si bien la consulta debe regularse en el ordenamiento jurídico interno a través de medidas legislativas o administrativas (cfr. arts. 1.1 y 2, CADH) para garantizar plenamente el principio de legalidad y la certeza jurídica a todos los actores implicados, la ausencia de regulación no exime al Estado de dicho deber.

La consulta debe ser (i) *previa*, es decir, realizarse durante la fase exploratoria o de planificación del proyecto, plan o medida correspondiente, con suficiente antelación al comienzo de sus actividades de diseño y ejecución

(CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales...*, no. 302); (ii) culturalmente adecuada, es decir, de acuerdo con las costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas y tribales consultados, a través de procedimientos culturalmente adecuados y teniendo en cuenta sus métodos tradicionales para la toma de decisiones (Ibíd. no. 305); (iii) *informada*, es decir, realizando una provisión plena de información precisa sobre la naturaleza y consecuencias del proyecto a las comunidades consultadas, antes de y durante la consulta; y (iv) *de buena fe*, esto es, persiguiendo la finalidad de lograr un acuerdo.

Si bien el resultado de la consulta no es, como regla, vinculante, lo cierto es que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha exigido la obtención del consentimiento de los pueblos afectados cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión “a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio” o que “podrían afectar la integridad de las tierras y recursos naturales” de los pueblos indígenas y tribales (Ibíd. no. 330). Esto es una salvaguarda reforzada de los derechos de los pueblos indígenas, dada su conexión directa con el derecho a la vida, a la identidad cultural y a otros derechos humanos esenciales, en relación con la ejecución de planes de desarrollo o inversión que afecten al contenido básico de dichos derechos. El deber de obtención del consentimiento responde, por lo tanto, a una lógica de proporcionalidad en relación con el derecho de propiedad indígena y otros derechos conexos (Ibíd. no. 333). Se ha entendido que tal es el caso cuando se afecten los derechos de los pueblos indígenas mediante planes o proyectos de desarrollo o inversión que impliquen reubicación permanente, privación del uso y goce de las tierras, o la utilización de materiales peligrosos para la salud (Ibíd. no. 334).

Por último, cabe destacar que los deberes estatales de difusión de los estándares internacionales en materia de agua y saneamiento, que fueron descritos anteriormente, deben cumplirse en condiciones idóneas para permitir el acceso y comprensión de los pueblos indígenas respecto de tal información. Esto implicará, al igual que ocurre con los procedimientos de consulta y participación indígena, que la difusión sea realizada en las lenguas y dialectos propios de esos pueblos, y que sea accesible por sus integrantes en condiciones de igualdad.

6. Bibliografía

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, OHCHR, UN-HABITAT y OMS, The Right to Water, Fact Sheet No. 35.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 56/09, Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, 30 de diciembre de 2009.

Consejo de Derechos Humanos (ONU), A/HRC/6/3.

Consejo de Derechos Humanos (ONU), HRC/NONE/2012/60.

Organización Panamericana de la Salud, CD50/12, 31 de agosto de 2010, Documento conceptual.

Organización Panamericana de la Salud, WHA 64.24, 24 de mayo de 2011.

Organización Panamericana de la Salud, Resolución CD50.R8, 29 de septiembre de 2010.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos <http://www.ohchr.org>