

OPINIÓN DE LA ADJUNTÍA DE ASUNTOS CONSTITUCIONALES SOBRE EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE ACCESO AL AGUA POTABLE

I. LEY DE REFORMA CONSTITUCIONAL

El 8 de junio del presente año, el Pleno del Congreso de la República aprobó por unanimidad el proyecto de ley que incorpora el derecho de acceso al agua potable en nuestra Constitución Política.

El texto final de la «Ley de Reforma Constitucional que reconoce el Derecho de acceso al agua como derecho constitucional», dispone lo siguiente:

Artículo Único.- Incorporación del artículo 7-A a la Constitución Política del Perú

Incorpórese el artículo 7-A a la Constitución Política del Perú, conforme al texto siguiente:

“Artículo 7-A.- El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona de acceder al agua potable. Garantiza este derecho priorizando el consumo humano sobre otros usos.

El Estado promueve el manejo sostenible del agua, el cual se reconoce como un recurso natural esencial y como tal, constituye un bien público y patrimonio de la Nación. Su dominio es inalienable e imprescriptible”.

Con el reconocimiento expreso del precitado derecho constitucional se busca coadyuvar en el desarrollo de una vida digna y orientar la labor tuitiva del Estado hacia la meta de alcanzar cobertura universal de agua potable.

II. ANTECEDENTES

La consagración del acceso a los recursos naturales como derecho de las personas no es en absoluto una novedad ya que tiene varios siglos de desarrollo.

En Inglaterra, durante el reinado de Juan I “Sin Tierra”, se expidió la carta Magna del 15 de julio de 1215 que contiene un preámbulo y 63 artículos que abarca derechos y libertades en ámbitos tan distintos como el del derecho penal, civil, municipal y hasta el de los pesos y medidas.

En el artículo XLVII de dicho documento se establecía que:

“Todos los bosques que se hayan plantado durante nuestro reinado serán *retirados de la jurisdicción real*¹ sin demora, y lo mismo se hará

¹ El documento usa el término “disafforest” en el sentido indicado y no como sinónimo del moderno “deforestar” asociado con la tala de árboles. Al respecto puede verse Linebaugh, Peter,

con las orillas de los ríos que hayan sido cercadas durante nuestro reinado”

Mediante esta disposición se eliminaba el privilegio del Rey y, en consecuencia, todos los súbditos podían acceder a los recursos de los bosques (pasturas, madera y frutos) así como a los de los ríos (peces así como el agua para consumo y riego).

El Rey Juan murió al año siguiente, en 1216 y le sucedió en el trono Enrique III, bajo cuyo reinado se confirmaría la Carta Magna y se expediría un documento complementario conocido como “La Gran Carta de los Bosques”.

El artículo XII establecía que:

“Cualquier persona libre podrá de ahora en adelante, y sin ser llevado a juicio, construir en su terreno boscoso o en la tierra que tenga en el bosque un molino, un vedado, un estanque, un pozo, una zanja o un cultivo fuera de la cubierta del bosque, en tierra cultivable a condición de que ello no perjudique a ningún vecino”.

Estos documentos constituyen lo que la doctrina ha denominado como las “grandes cartas de libertades de Inglaterra”. Como podrá apreciarse no se trata sobre asuntos menores sino que resultan de la máxima importancia atendiendo a que la madera era la principal fuente de energía de la época y el agua, entonces como ahora, resultaba indispensable para la vida y el desarrollo de actividades económicas como la agricultura y la ganadería entre otras.

Hacia fines del Siglo XIII estos derechos se tuvieron por materialmente integrados al Common Law del Reino Unido.

Por otra parte, el artículo 25 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*” (Destacado añadido).

Es decir, que el acceso a los servicios sociales básicos para el desarrollo de la vida no es algo novedoso sino que era un derecho que se encontraba implícito en las obligaciones que adoptó el Estado al ratificar dicha declaración.

El manifiesto de la Carta Magna – Comunes y libertades para el pueblo, Ed. Traficantes de sueños, Madrid 2013, p. 50.

Hacia el año 2007 el Tribunal Constitucional de nuestro país, en el expediente 06534-2006-AA (y también en algunos casos posteriores)², sostuvo que existe un derecho, no enumerado positivamente, de acceder al agua potable. En dicho caso señaló que:

“... la utilización de la fórmula de individualización permitiría legitimar la existencia de un derecho al agua potable en calidad de atributo fundamental no enumerado. Su reconocimiento se encontraría ligado directamente a valores tan importantes como la dignidad del ser humano y el Estado social y democrático de derecho” (fundamento jurídico 17).

Sin embargo, se defendió la necesidad de su positivización constitucional desde dos tipos de razones:

- a. Fue identificado como derecho a partir de una determinada interpretación de los principios de dignidad y estado social, por lo que bastaría que ese criterio cambie para poner en entredicho la existencia del derecho; y
- b. Si se mantuviera en este ámbito sólo podrían invocarlo aquellos que tuviesen acceso a asesoramiento especializado, reproduciendo, de ese modo, las desigualdades.

Por último anotaremos que el Acuerdo Nacional adoptó la política de estado número 33, que se refiere a los recursos hídricos, estableciendo como objetivo:

“... cuidar el agua como patrimonio de la Nación y como derecho fundamental de la persona humana al acceso al agua potable, imprescindible para la vida y el desarrollo humano de las actuales y futuras generaciones. Se debe usar el agua en armonía con el bien común, como un recurso natural renovable y vulnerable e integrando valores sociales, culturales, económicos, políticos y ambientales. Ninguna persona o entidad pública ni privada puede atribuirse la propiedad del agua; el Estado establece los derechos y condiciones de su uso y promueve la inversión pública y privada para su gestión eficiente”.

En resumen, podría sostenerse que al momento de debatirse la reforma constitucional existía un amplio consenso, en el que confluían órganos jurisdiccionales y actores políticos, en torno a la fundamentalidad del derecho de acceder al agua potable.

² STC 0333-2012-AA, 01251-2013-AA, entre otros.

III. LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO Y EL DERECHO AL AGUA

La Defensoría del Pueblo ha venido incorporando un «enfoque de derechos» en el tema del agua, lo que implica, entre otras cosas, el reconocimiento del derecho al agua potable como un derecho humano.

Así, en el Informe Defensorial N° 94: «Ciudadanos sin agua: Análisis de un derecho vulnerado», publicado el 2005, se desarrolló el concepto de agua como derecho humano y analizó la precariedad de los servicios de agua potable y alcantarillado.

Asimismo, se estudiaron las causas por las cuales las empresas prestadoras no tienen la capacidad para resolver los problemas de acceso y calidad de estos servicios y los problemas que se presentan con el marco regulatorio del sector.

En dicho documento se afirmó que:

“El acceso a servicios de agua potable y alcantarillado adecuados constituye una condición esencial para la dignidad de las personas y para viabilizar el pleno desarrollo de sus capacidades”.

En el año 2007, con ocasión al Proyecto de Ley N° 591/2006-CR que proponía la incorporación del derecho de acceso al agua en nuestra Constitución Política actual, se emitió el Informe N° 012-2007-DP/ASPMA.SP, recomendando una serie de medidas, orientadas a garantizar la efectividad del derecho y la participación ciudadana en los procesos de planificación, gestión y control de los recursos hídricos.

En ese mismo año, se abordó el acceso a los servicios de agua y desagüe a nivel de gobiernos locales, mediante la publicación del Informe Defensorial N° 124: «El Derecho al agua en zonas rurales: El caso de las municipalidades distritales».

Finalmente, en el año 2015, a partir de la identificación y el análisis de casos concretos en los que se evidenciaron los problemas que existen en distintos niveles de control de la ejecución de obras de agua y saneamiento, se emitió el Informe Defensorial N° 170: «El derecho humano al agua y saneamiento. El control del gasto público en la ejecución de infraestructura de acceso».

Como puede apreciarse, bajo el mandato constitucional de defender los derechos fundamentales y una adecuada prestación de los servicios públicos, la Defensoría del Pueblo ha desarrollado una labor permanente para la protección del derecho al agua, encargándose de garantizar que las entidades competentes cumplan no solo con ofrecer dicho recurso en términos de accesibilidad y calidad³, sino también que la facturación de tal servicio refleje el

³ Informe de Adjuntía N° 011-2010-DP/AMASPPI-SP. «Resultados de la Supervisión Defensorial de la Calidad del Agua Abastecida por las Empresas Prestadoras de Servicios de Saneamiento (EPS): Sedachimbote, Emapa Huacho, Emapa Huaral, Sedamhuancayo, Sedacaj, Emusap Abancay, Sedaloreto, Sedahuánuco y Amazonas».

real consumo⁴ y que los proyectos de infraestructura sobre agua y alcantarillado se ejecuten en beneficio de toda la ciudadanía⁵.

IV. LA FUNDAMENTALIDAD PRÁCTICA Y JURÍDICA DEL DERECHO DE ACCESO AL AGUA POTABLE

Los derechos fundamentales son profundamente democráticos por cuanto constituyen principios inherentes a la dignidad de la persona humana.

Eventualmente pueden exigir una abstención por parte del Estado, es decir que no interfiera ilegítimamente en su contenido como sucede con los derechos de libertad, propiedad, igualdad, etc.; pero, por otra parte, existen derechos cuyo contenido esencial exige una intervención positiva del Estado como cuando se trata de la seguridad social, pensiones, salud o educación.

Junto a lo anterior, también es claramente cierto que los derechos fundamentales tienen una faceta "antidemocrática" ya que suelen irrumpir en los sistemas como pretensiones rupturistas del *status quo*.

Los derechos civiles eran las reivindicaciones de la burguesía emergente frente a la monarquía absolutista y medio siglo más tarde los derechos laborales también aparecieron como una pretensión antisistema.

En las democracias modernas los derechos fundamentales operan como límites materiales para toda decisión estatal atendiendo a los principios de supremacía y valor normativo de la Constitución.

Al respecto el Tribunal Constitucional tiene decidido que "... Aunque el gobierno democrático es un gobierno de mayorías, éste pierde sustento constitucional si no se encuentran plenamente garantizados los derechos fundamentales de las minorías. De ahí la necesidad del establecer distintos mecanismos de control al gobierno que, inevitablemente, se presentan como vías, por así decirlo, 'contramayoritarias'⁶.

Los derechos en general, y, claro, los prestacionales con más razón, tienen un costo que debe ser afrontado con el presupuesto público por tratarse de las condiciones básicas indispensables para el desarrollo de la vida en los Estados democráticos modernos.

⁴ Informe de Adjuntía N° 011-2012-DP. «Propuestas para la atención de las facturaciones excesivas por consumos de agua potable y alcantarillado».

⁵ Informe de Adjuntía N° 001-2016-DP/AMASPPI.SP. «Supervisión de la ejecución, mantenimiento y operación de proyectos de infraestructura de agua y alcantarillado en Cajamarca». Informe de Adjuntía N° 007-2016-DP/AMASPPI.SP. «Supervisión de la ejecución, mantenimiento y operación de proyectos de infraestructura de agua y alcantarillado en Loreto».

⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente N° 00030-2005/AI/TC, del 02 de febrero de 2006, fundamento 15.

Efectivamente, todos los derechos generan costos y conflictos ya que requieren infraestructura que los haga posibles, cuando no inversión directa, como sucede con aquellos que, como el acceso al agua potable, tienen carácter prestacional.

La discusión central no es si nuevos derechos supondrán mayores costos, de todas maneras lo harán, sino si resultan indispensables para calificar a la vida como digna o si, desde otra perspectiva, constituyen una necesidad que pueda ser calificada como “básica” y que permita fundar deberes morales.

Algún sector del constitucionalismo moderno sostiene que cuando estamos ante necesidades básicas de atención insoslayable se debe abrir la deliberación pública democrática a fin de determinar si éstas constituyen razones para actuar en determinado sentido fundamentando un auténtico derecho.

Bajo cualquiera de las interpretaciones sobre los derechos fundamentales, el de acceso al agua potable es un derecho que se refiere a la satisfacción de necesidades básicas y se encuentra íntimamente relacionado, además, con otros principios como la salud y la propia vida.

Corresponde anotar que la incorporación del derecho al agua como artículo 7-A, es decir dentro del Capítulo II del Título I, correspondiente a los “derechos sociales y económicos”, no implica que no constituya un derecho fundamental.

Al respecto debe tenerse en cuenta que el artículo 3 establece que “La enumeración de los derechos establecidos en este Capítulo (el de los derechos fundamentales) no excluye los demás que la Constitución garantiza”.

Es decir que en nuestro sistema, “derechos constitucionales” y “derechos fundamentales” son conceptos sinónimos, y por lo tanto los derechos “sociales y económicos”, como el de acceso al agua potable, son igualmente fundamentales.

V. EL ACCESO AL AGUA POTABLE COMO DERECHO SOCIAL EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

El derecho constitucional de acceso al agua potable, como se acaba de señalar, fue incluido dentro de la categoría de los Derechos Sociales y Económicos, regulados en el Capítulo II del Título I de nuestra Constitución Política vigente, y específicamente, a continuación del artículo que regula el derecho a la salud.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha sostenido que los derechos sociales son:

«... facultades tuitivas dirigidas a favorecer a aquellos grupos humanos con características accidentales diferenciadas con relación a otros por factores culturales, o que se encuentran en situación de desventaja por razones económico-sociales, es decir, con una

posición o ubicación depreciada en sus estándares de vida, no acordes con la dignidad humana»⁷.

Es decir, a través de los derechos sociales se establecen obligaciones a cargo del Estado para otorgar prestaciones en materias como salud, educación, pensiones, etc., que procuren el goce de los derechos civiles y políticos (vida, integridad, igualdad, etc.) y garanticen, simultáneamente, el respeto de la dignidad de la persona humana.

Los derechos fundamentales deben ser concebidos como normas operativas en el sentido de que vinculan a los poderes públicos y a los particulares, aunque cabe señalar que aquellos cuya satisfacción exija mayor gasto público se aplican progresivamente y de acuerdo con las reales circunstancias financieras o presupuestales de cada país.

Este fue el criterio adoptado por el Constituyente en la Undécima Disposición Final y Transitoria de nuestra Constitución en cuanto establece que las disposiciones constitucionales que exijan nuevos o mayores gastos públicos, como sucede con los derechos sociales, se aplicarán progresivamente.

Este principio fue desarrollado por el Tribunal Constitucional en los siguientes términos:

“... no puede ser entendido con carácter indeterminado y, de este modo, servir de alegato frecuente ante la inacción del Estado, pues para este Colegiado la progresividad del gasto no está exenta de observar el establecimiento de plazos razonables, ni de acciones concretas y constantes del Estado para la implementación de políticas públicas”⁸.

En el sistema interamericano, la Convención Americana de Derechos Humanos también reconoce la efectividad progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales:

«Artículo 26. Desarrollo Progresivo

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, *para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura*, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, *en la medida de los recursos disponibles*, por vía legislativa u otros medios apropiados.» [Énfasis añadido].

⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente N° 02016-2004/AA/TC, del 05 de octubre de 2004, fundamento 9.

⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente N° 02945-2003/AA/TC, del 08 de julio de 2005, fundamento 15.

Como se ha puesto de relieve, la progresividad supone la adopción gradual de las medidas necesarias y conducentes para garantizar los derechos reconocidos. En términos del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas «impone una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo»⁹.

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado el nivel de exigibilidad de tales derechos:

«... la implementación progresiva de dichas medidas podrá ser objeto de rendición de cuentas y, de ser el caso, el cumplimiento del respectivo compromiso adquirido por el Estado podrá ser exigido ante las instancias llamadas a resolver eventuales violaciones a los derechos humanos»¹⁰.

Junto al mandato progresivo de los derechos sociales encontramos también el de «no regresividad», bajo el entendido de que así como «el Estado se obliga a mejorar la situación de estos derechos, simultáneamente asume la prohibición de reducir los niveles de protección de los derechos vigentes o, en su caso, de derogar los derechos ya existentes»¹¹.

En el caso del agua potable, conviene poner en relieve que se trata de un recurso natural tratado para el consumo humano que se constituye en un elemento esencial para garantizar el derecho a la vida y la salud de las personas, y cuyo uso indiscriminado puede generar, inclusive, serias repercusiones en el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha señalado:

«... se reconoce en los ciudadanos el derecho al agua, que impone en los estados los deberes de respetar, proteger y realizar tal derecho. *El deber de respeto* supone que los estados aseguren que las actividades de sus instituciones, agencias y representantes no interfieran con el acceso de las personas al agua; *el deber de protección* frente a terceros manifiesta la implementación de medidas a fin de evitar la contaminación y que aseguren el abastecimiento, la seguridad y la accesibilidad del agua para la población; y *el deber de realizar implica implementar políticas que posibiliten progresivamente el acceso de la*

⁹ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DE LAS NACIONES UNIDAS. Observación General N° 3: “La índole de las obligaciones de los Estados Partes, párrafo 1 del Art. 2° del Pacto”. Quinto período de Sesiones, 1990. U.N. Doc. E/1991/23, párr. 9.

¹⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú, sentencia del 01 de julio de 2009, fundamento 102.

¹¹ ROSSI, Julieta y ABRAMOVICH, Víctor. “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. En: *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*. Bogotá: Universidad del Rosario, Vol. 9, 2007, p. 42.

población al agua potable segura y a instalaciones de saneamiento»¹²
[Énfasis añadido].

En esa medida, el reconocimiento del derecho de acceso al agua potable a nivel constitucional, como derecho social, implicará el deber a cargo del Estado de adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que resulten necesarias para garantizar, en forma progresiva, su pleno disfrute.

VI. EL AGUA POTABLE COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El agua es un bien esencial para el desarrollo de la vida humana y por ello ha merecido especial atención por parte de la comunidad internacional y de cada país, con el objeto de garantizar que su provisión sea brindada bajo criterios de suficiencia, calidad y accesibilidad.

Según la ley de reforma constitucional no se protege el derecho de acceso al agua en su estado natural, como puede ser la que se encuentra en un río o una laguna, sino más bien aquella que ha sido potabilizada.

Mediante el Decreto Supremo 031-2010-SA, se aprueba el “Reglamento de la Calidad del Agua para Consumo Humano” mediante el cual se fijan las siguientes definiciones:

- a. Agua cruda: Es aquella agua, en estado natural, captada para abastecimiento que no ha sido sometido a procesos de tratamiento;
- b. Agua tratada: Toda agua sometida a procesos físicos, químicos y/o biológicos para convertirla en un producto inocuo para el consumo humano.

Para la Organización Panamericana de la Salud, se conoce con el nombre de agua potable «al agua que ha sido tratada con el objeto de hacerla apta para el consumo humano, teniendo en cuenta todos sus usos domésticos»¹³.

En efecto, como resalta la Organización Mundial de la Salud, puede ser considerada como “agua potable” o de consumo humano inocuo, aquella que no ocasiona ningún riesgo significativo para la salud, en la medida que sea procesada bajo niveles técnicamente óptimos.

Por tal razón, a través de sus «Guías para la calidad del agua potable» describe los requisitos mínimos razonables que deben cumplir las prácticas seguras para

¹² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente N° 02064-2004-AA/TC, del 04 de julio de 2005, fundamento 7.

¹³ DE VARGAS, Lidia (Coordinadora). *Tratamiento de agua para consumo humano. Plantas de filtración Rápida. Manual I: Teoría*. Lima: Organización Panamericana de la Salud y Centro Panamericano de Ingeniería Sanitaria y Ciencias del Ambiente CEPIS/OPIS, Tomo I, 2004, p. 51. Disponible en:
<<http://bibliotecavirtual.minam.gob.pe/biam/bitstream/id/5657/BIV00012.pdf>>

proteger la salud de los consumidores, y determina «valores de referencia» numéricos de los componentes del agua o los indicadores de la calidad del agua¹⁴.

En suma, el legislador ha elevado a rango constitucional el derecho de acceder al agua potable, entendida como aquel recurso natural captado, transportado, almacenado y tratado o sometido a procedimientos físicos, químicos y/o biológicos para que pueda ser destinado al consumo humano.

VII. CONTENIDO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL DE ACCESO AL AGUA POTABLE

Si bien el derecho constitucional en mención reconoce a la accesibilidad como uno de sus atributos, ya el Tribunal Constitucional había establecido que en el Estado recae la obligación de garantizar, mínimamente, tanto el acceso como su calidad y suficiencia¹⁵.

En ese sentido, debe tomarse en cuenta que el programa normativo del derecho fundamental aludido no hace referencia al agua en general, sino exclusivamente a aquella potabilizada o, dicho en otros términos, apta para el consumo humano. De ahí que se haya consignado como una obligación del Estado priorizar tal exigencia y promover el manejo sostenible de dicho recurso.

1. El acceso al agua potable:

Esto supone que el Estado es responsable de abastecer por medios directos o indirectos (concesionarios) el agua potable a favor de todas las personas (universalidad).

Para el Tribunal Constitucional, la accesibilidad comprende cuatro dimensiones:

- Debe existir agua, servicios e instalaciones en forma físicamente cercana al lugar donde las personas residen, trabajan, estudian, etc.
- El agua, los servicios y las instalaciones deben ser plenamente accesibles en términos económicos, es decir, en cuanto a costos deben encontrarse al alcance de cualquier persona, salvo en los casos en que por la naturaleza mejorada o especializada del servicio ofrecido, se haya requerido de una mayor revisión en su habilitación.

¹⁴ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. *Guías para la calidad del agua potable*. Suiza: Vol. 1. Recomendaciones, 2006, p. 11. Disponible en: http://www.who.int/water_sanitation_health/dwg/gdwq3_es_full_lowres.pdf
Asimismo, pone de relieve que el nivel de exigencia puede variar de acuerdo con las condiciones locales o nacionales de tipo medioambiental, social, económico y cultural.

¹⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente N° 06534-2006-PA/TC, del 15 de noviembre de 2007, fundamento 21.

- No debe permitirse ningún tipo de discriminación o distinción cuando se trata de condiciones iguales en el suministro. Desde el Estado debe tutelarse preferentemente a los sectores más vulnerables de la población.
- Debe promoverse una política de información permanente sobre la utilización del agua así como sobre la necesidad de protegerla en cuanto recurso natural¹⁶.

2. La priorización para el consumo humano:

Como se ha indicado precedentemente, la ley de reforma constitucional no garantiza el acceso al agua en forma genérica, sino a aquella que luego de haber pasado por el procedimiento de potabilización es susceptible de ser consumida.

Esta exigencia lleva ínsita la necesidad de contar con agua potable que goce de niveles óptimos de salubridad tanto en el suministro como en las instalaciones que ha de ser tratada (calidad).

Asimismo, cabe resaltar que entre todas las formas de uso que se puede dar al agua (agrícola, industrial, comercial, etc.), el legislador ha priorizado aquella que se relaciona directamente con el consumo humano.

Corresponde advertir que la priorización para el consumo humano ya se encontraba prevista en el ordenamiento jurídico nacional, aunque a nivel legal.

Efectivamente, la Ley 29338, Ley de Recursos Hídricos, introdujo el «principio de prioridad en el acceso al agua», señalando que:

«... el acceso al agua para la satisfacción de las necesidades primarias de la persona humana es prioritario por ser un derecho fundamental sobre cualquier uso, inclusive en épocas de escasez».

La norma constitucional aprobada no lo expresa, pero debe presumirse que la priorización solo será necesaria en caso de escasez, pues si existe agua suficiente para atender todas las necesidades podrá ser legítimamente provista para el desarrollo de otras actividades siempre que tal uso pueda ser considerado responsable.

3. El manejo sostenible del agua potable:

La ley de reforma le reconoce al agua la categoría de bien público y patrimonio de la Nación¹⁷. Esta cualificación es relevante en la medida que atribuye obligaciones al Estado como a los particulares para que hagan uso responsable

¹⁶ *Ídem.*, fundamento 22.

¹⁷ Es importante tener en cuenta que el artículo 66° de nuestra Constitución Política indica que «Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento».

y razonable de ella, al ser un recurso destinado para la satisfacción de las necesidades más elementales de toda la sociedad y sus generaciones venideras.

Por eso se relaciona con el estándar de suficiencia, por cuanto busca garantizar que el recurso natural sea distribuido adecuadamente en términos cuantitativos para toda la población.

En esa misma línea, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala que:

«... el agua debe tratarse como un bien social y cultural, y no fundamentalmente como un bien económico. El modo en que se ejerza el *derecho al agua también debe ser sostenible, de manera que este derecho pueda ser ejercido por las generaciones actuales y futuras*»¹⁸ [Énfasis añadido].

Por tanto, los Estados deberán adoptar estrategias y programas amplios e integrados para hacer uso sostenible del recurso hídrico. Para ello podrá, por ejemplo, vigilar el buen uso de las reservas de agua, establecer programas para reducir y eliminar la contaminación por radiación, sustancias químicas nocivas y excrementos humanos, de las cuencas hidrográficas y de los ecosistemas relacionados con el agua, reducción del desperdicio de agua, creación de instituciones competentes con capacidades técnicas suficientes, entre otras medidas¹⁹.

VIII. PROCEDENCIA DEL AMPARO RESPECTO DEL DERECHO AL AGUA

Es consustancial al Estado constitucional la existencia de mecanismos jurisdiccionales de tutela de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución.

De hecho, el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos contiene un estándar que obliga al estado peruano a garantizar la existencia de un:

“... recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

¹⁸ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DE LAS NACIONES UNIDAS. Observación General N° 15: “El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)”. 29° período de Sesiones, 2002, párr. 11.

¹⁹ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Informe Defensorial N° 94. Ciudadanos sin agua: Análisis de un derecho vulnerado. Lima: Defensoría del Pueblo, 2005, p. 14

No cabe duda de que podrán presentarse demandas de amparo respecto del derecho reconocido en el artículo 7-A de la Constitución pero éstas sólo podrían referirse a:

- a. Que el estado no ha adoptado las medidas que puedan ser juzgadas como progresivas en orden a alcanzar la universalidad garantizada por el derecho²⁰;
- b. Solo en caso de insuficiencia de agua potable podría demandarse la priorización del consumo humano en relación a otros usos;
- c. Que el manejo del recurso agua en general (ya que se refiere al "recurso natural esencial" y no solamente al agua potabilizada) no resulte sostenible;
- d. Que se enajene la propiedad del recurso o se consienta la prescripción.

Corresponde anotar que la condición de inalienable e imprescriptible que se adjudica al agua no resulta incompatible con la decisión de concesionar su aprovechamiento o tratamiento en los términos del artículo 66 de la Constitución, siempre de acuerdo con las leyes de la materia.

IX. CONCLUSIONES

La ley de reforma constitucional ha incorporado el derecho fundamental de acceso al agua potable como uno de naturaleza social. Por ello, el Estado tiene la obligación de implementar en forma gradual diversas medidas legislativas, administrativas o de otra índole con la finalidad de garantizar su efectividad en beneficio de todas las personas.

Debe tenerse en cuenta que la mera enunciación de un derecho y su inclusión positiva en la Constitución no produce, por sí misma, la realización de su contenido. En el caso del derecho de acceso al agua potable se requerirá la implementación y desarrollo de infraestructura, pero ahora esta actividad ya no es una mera decisión política (que podría no adoptarse), sino una obligación impuesta por la norma fundamental.

Naturalmente que la satisfacción de los derechos sociales no se realiza de inmediato ni en un solo acto, debe ir alcanzándose progresivamente, pero, en todo caso, debería hacerse un balance del estado actual de la cuestión del acceso al agua para exigir, en los próximos años, una cuenta sobre las medidas adoptadas para la satisfacción del derecho incorporado a la Constitución.

²⁰ Obviamente se debe brindar a los organismos públicos un plazo prudencial para planificar y comenzar a ejecutar las medidas orientadas a satisfacer, progresivamente, el contenido del derecho.



La accesibilidad al agua potable comprende el alcance de la misma ya sea por vía directa o indirecta, bajo un costo razonable, sin discriminación alguna y a través de una política de información transparente respecto a su utilización.

La ley de reforma, además, pone un especial énfasis en el acceso al agua potable destinado para fines del consumo humano priorizando este uso en caso de escasez.

Concebir al agua potable como bien público y patrimonio de la Nación importa darle un uso responsable y razonable. Así, un manejo sostenible de tal recurso permitirá que su disfrute pueda ser extensivo para satisfacer las necesidades básicas tanto de las sociedades actuales como de las generaciones futuras.

Lima, 15 de junio de 2017

OMAR SAR SUAREZ
Adjunto en Asuntos Constitucionales
Defensoría del Pueblo