

# DERECHO AL AGUA COMO DERECHO FUNDAMENTAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

Carla Mendoza Urquizo<sup>1</sup>

(1) Universidad Católica de Santa María. Arequipa - Perú

## INTRODUCCIÓN

Millones de personas en el Perú carecen de acceso a los servicios de agua potable y alcantarillado, no obstante la importancia vital de estos servicios para la calidad de vida de las personas. Precisamente esta importancia ha determinado que el derecho internacional haga un reconocimiento explícito del derecho al agua potable para todos los seres humanos. A pesar de ello, y no obstante que el texto constitucional también permite el reconocimiento de un derecho al agua para todos los peruanos, las empresas que prestan estos servicios presentan severas limitaciones financieras para atender adecuadamente tal necesidad y ello se relaciona con deficiencias de gestión pero también con una inadecuada estructura tarifaria.

El presente trabajo está dividido en tres secciones.

En la primera sección se analiza el concepto del derecho al agua potable, en el cual se puede incluir el alcantarillado, para sustentar la obligación del Estado de garantizar el acceso a estos servicios para todos los peruanos.

En la segunda sección se analiza porqué este derecho actualmente no es vigente para millones de peruanos, y qué es lo que se requiere hacer para superar esta situación.

Finalmente, en la tercera sección se analiza algunos conceptos vinculados con la posible participación del sector privado en la prestación de los servicios de agua y alcantarillado.

## EL DERECHO AL AGUA POTABLE

La Declaración Universal de los Derechos Humanos ha reconocido que las personas tenemos un derecho natural a un conjunto de libertades esenciales y, no obstante que aún en muchos países estos derechos no son respetados plenamente, la humanidad ha progresado sostenidamente hacia el reconocimiento universal de tales derechos, lo cual se manifiesta en su incorporación dentro de la legislación de la mayoría de los Estados nacionales. Más recientemente, el derecho internacional ha venido reconociendo otros derechos humanos, los cuales se denominan Derechos Económicos, Sociales y Culturales – DESC, y que amplían los derechos humanos para incluir el derecho a satisfacer un conjunto de necesidades esenciales como alimentación, vestido, y vivienda, educación, salud y agua potable, entre otros; además de reconocer el derecho a la identidad cultural.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del año 1995, del cual el Perú es parte, reconoce en su artículo 12° párrafo 1 el Derecho a la Vida y a la Dignidad Humana, además de precisar que los Estados Partes reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. En este sentido, es claro que tales derechos no serían vigentes si las personas carecieran de un acceso adecuado a los servicios de agua potable y alcantarillado. La definición de salud de la Organización Mundial de la Salud, como un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de infecciones o enfermedades, permite apreciar que el acceso a los servicios de agua es fundamental para la vigencia del derecho a la salud.

A su vez, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador” de 1988, Artículo 11° inciso 1, señala que toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos, de los cuales el más básico es precisamente el agua.

Las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – DESC son desarrolladas y precisadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas mediante las denominadas Observaciones Generales. Respecto del derecho al agua, la Observación General N° 15 de 2002 lo ha definido de la siguiente manera:

“...el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico. Un abastecimiento adecuado de agua salubre es necesario para evitar la muerte por deshidratación, para reducir el riesgo de las enfermedades relacionadas con el agua y para satisfacer las necesidades de consumo y cocina, y las necesidades de higiene y doméstica”.

La Constitución peruana vigente incorpora los acuerdos internacionales al ordenamiento jurídico nacional mediante sus Artículos 3° y 55°, así como la Cuarta Disposición Final y Transitoria, donde se establece que las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

Esto otorga rango constitucional, en nuestro ordenamiento jurídico, a los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos, de modo tal que pasan a formar parte del denominado bloque de constitucionalidad.

Correspondencia:

Carla Mendoza Urquizo  
Universidad Católica de Santa María, Arequipa - Perú

La Constitución Política del Perú establece en su artículo 1° que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado. Esta declaración general constituye un medio de interpretación sistemática para el conjunto del texto constitucional y todas las normas de inferior jerarquía que forman parte de nuestro sistema jurídico.

El establecimiento de derechos en la Constitución implica el reconocimiento de un conjunto de facultades que permiten y garantizan la expansión de libertades del ser humano en condiciones de igualdad y, por tanto, su desenvolvimiento en la sociedad, lo que hace posible el respeto de esa dignidad que la propia Constitución le reconoce como inherente. Pero ¿En qué consiste la "dignidad" de los seres humanos a que hace referencia la Constitución?

Según García Moreno (1997), el concepto de dignidad se refiere a un conjunto de cualidades y capacidades que pertenecen a todos los hombres y mujeres como tales, lo cual implica que, en esencia, todos los hombres y mujeres son iguales. En este sentido, el concepto de dignidad se relaciona con una variedad de otros conceptos importantes como son la igualdad, la libertad, el respeto por la vida, la urbanidad, la vestimenta, el honor, la buena reputación, la autoridad y el poder, entre otros.

De lo señalado se desprende que el ejercicio de las mencionadas cualidades y capacidades de las personas, que les pertenecen y les permiten reconocerse como iguales con otros seres humanos, constituyen una prioridad para el Estado Peruano, en términos de la Constitución vigente. En consecuencia, le corresponde al Estado establecer condiciones que permitan que esas cualidades y capacidades se desarrollen de manera plena.

La sentencia de inconstitucionalidad del 11 de noviembre del 2003, del Tribunal Constitucional, es pertinente a este respecto al declarar lo siguiente:

### **DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA**

Ésta se encuentra consagrada en el artículo 1° del texto constitucional, cuyo tenor es que la dignidad de la persona humana es el valor superior dentro del ordenamiento y, como tal, presupuesto ontológico de todos los derechos fundamentales, incluyendo, desde luego, aquellos de contenido económico.

De este modo, no serán constitucionalmente adecuadas la explicación y solución de la problemática económica desde una perspectiva alejada de la dignidad humana, pues la persona no puede ser un medio para alcanzar una economía estable sino, por el contrario, debe ser la que auspicie la consecución de un fin superior para el Estado y la sociedad; a saber, la consolidación de la dignidad del hombre.

Así, el artículo 3° de la Constitución prevé la individualización de 'nuevos' derechos, en función de la aplicación de la teoría de los 'derechos innominados', allí expuesta y sustentada.

Bajo este enfoque, puede sostenerse que diversos derechos, reconocidos por la Constitución de 1993, no serían posibles sin el ejercicio del derecho al agua potable. Tal es el caso de los siguientes derechos de la persona contemplados en la Constitución:

- El Derecho a que se respete su dignidad. Art. 1°
- El Derecho a la vida y a su libre desarrollo y bienestar. Art. 2° inciso 1.
- El Derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida. Art. 2° inciso 22
- El Derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad. Art. 7°.

### **1. Contenido del Derecho Humano al Agua Potable**

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU ha señalado que el ejercicio del derecho humano al agua implica esencialmente la vigencia de los siguientes atributos en la prestación de los servicios:

- **Suficiente.** El abastecimiento de agua por persona debe ser suficiente y continuo para el uso personal y doméstico. Estos usos incluyen de forma general el agua de beber, el saneamiento personal, el agua para realizar la colada, la preparación de alimentos, la limpieza del hogar y la higiene personal. De acuerdo con la Organización Mundial de la Salud (OMS), son necesarios entre 50 y 100 litros de agua por persona y día para garantizar que se cubren las necesidades más básicas y surgen pocas preocupaciones en materia de salud.
- **Saludable.** El agua necesaria, tanto para el uso personal como doméstico, debe ser saludable; es decir, libre de microorganismos, sustancias químicas y peligros radiológicos que constituyan una amenaza para la salud humana. Las medidas de seguridad del agua potable vienen normalmente definidas por estándares nacionales y/o locales de calidad del agua de boca. Las Guías para la calidad del agua potable de la Organización Mundial de la Salud (OMS) proporcionan la bases para el desarrollo de estándares nacionales que, implementadas adecuadamente, garantizarán la salubridad del agua potable.
- **Aceptable.** El agua ha de presentar un color, olor y sabor aceptables para ambos usos, personal y doméstico. [...] Todas las instalaciones y servicios de agua deben ser culturalmente apropiados y sensibles al género, al ciclo de la vida y a las exigencias de privacidad.
- **Físicamente accesible.** Todo el mundo tiene derecho a unos servicios de agua y saneamiento accesibles físicamente dentro o situados en la inmediata cercanía del hogar, de las instituciones académicas, en el lugar de trabajo o las instituciones de salud. De acuerdo con la OMS, la fuente de agua debe encontrarse a menos de 1.000 metros del hogar y el tiempo de desplazamiento para la recogida no debería superar los 30 minutos.
- **Asequible.** El agua y los servicios e instalaciones de acceso al agua deben ser asequibles para todos. El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) sugiere que el coste del agua no debería superar el 3% de los ingresos del hogar.

## EL NEXO ENTRE EL DERECHO AL AGUA Y OTROS DERECHOS HUMANOS

El acceso a agua potable es una condición previa fundamental para el goce de varios otros derechos humanos, como los derechos a la educación, la vivienda, la salud, la vida, el trabajo y la protección contra tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. También es un elemento crucial para lograr la igualdad de género y erradicar la discriminación.

La falta de acceso a agua potable y servicios de saneamiento también tiene graves repercusiones en el derecho a la salud. Según el PNUD, cada año mueren alrededor de 1,8 millones de niños por diarrea y otras enfermedades provocadas por el agua insalubre y las condiciones deficientes de saneamiento. El acarreo de agua desde fuentes distantes también tiene graves consecuencias para la salud, especialmente de las mujeres y los niños.

Cuando no se dispone de agua y servicios de saneamiento dentro de la vivienda, la privacidad y la seguridad física pasan a ser un problema. Al no haber servicios adecuados de saneamiento en el hogar, las mujeres y los niños suelen tener que acudir a letrinas comunes o salir al aire libre para defecar. La falta de privacidad y seguridad en esos lugares los expone al acoso, los ataques, la violencia o las agresiones sexuales.

## PRINCIPIO DE LA NO DISCRIMINACIÓN AL DERECHO AL AGUA

Por discriminación se entiende toda distinción, exclusión o restricción hecha en razón de características específicas de la persona, como la raza, la religión, la edad o el sexo, y que tiene por efecto o finalidad menoscabar o anular el reconocimiento, disfrute o ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Se relaciona con la marginación de determinados grupos de población y suele ser una de las causas básicas de las desigualdades estructurales en la sociedad. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 2, párrafo 2, contiene la siguiente lista no exhaustiva de motivos no autorizados de discriminación: la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social. Según el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la expresión "cualquier otra condición social" comprende la discapacidad, la orientación sexual y la identidad de género, el estado de salud y la pobreza y la marginación económica.

En el mundo hay agua más que suficiente para los usos domésticos, la agricultura y la industria. El problema es que algunas personas, en particular los pobres, quedan sistemáticamente excluidas del acceso al agua a causa de la pobreza, de los limitados derechos que les reconoce la ley o de políticas públicas que restringen su acceso a las infraestructuras de abastecimiento de agua para la vida y el sustento.

La no discriminación y la igualdad son principios fundamentales de los derechos humanos y componentes críticos del derecho al agua. La discriminación en el acceso al agua potable y el saneamiento puede hundir sus raíces en leyes, políticas o medidas discriminatorias, en la elaboración de políticas de carácter excluyente, en

medidas discriminatorias de ordenación de los recursos hídricos, en la denegación de la seguridad de la tenencia, en una limitada participación en la adopción de decisiones o en la falta de protección contra las prácticas discriminatorias de agentes privados.

Los Estados tienen la obligación de prohibir y eliminar la discriminación por todos los motivos, y de garantizar la igualdad, de hecho y de derecho, en el acceso al agua potable y el saneamiento.

## ENFOQUE DEL ABASTECIMIENTO DE AGUA POTABLE BASADO EN LOS DERECHOS

El enfoque del suministro de agua potable y de servicios de saneamiento desde la perspectiva de los derechos humanos puede servir para impulsar la movilización de las personas, en particular de los pobres y los marginados, informarlas sobre los derechos que las asisten por ley y empoderarlas para que los ejerzan.

El enfoque basado en los derechos humanos aporta un nuevo paradigma al sector de los recursos hídricos: el abastecimiento de agua potable deja de ser una obra de beneficencia, para convertirse en un derecho legal, con el ser humano como elemento central.

Un marco de derechos humanos no resuelve automáticamente las difíciles cuestiones normativas de la financiación, la prestación del servicio o la reglamentación, pero aporta normas internacionales que pueden orientar las decisiones políticas y económicas sobre la asignación de los recursos hídricos, hace que las personas sean escuchadas en la adopción de decisiones relacionadas con el agua y el saneamiento, y puede fortalecer la rendición de cuentas de los Estados sobre la prestación de esos servicios.

## ENFOQUE DEL DESARROLLO BASADO EN LOS DERECHOS

Un enfoque del desarrollo basado en los derechos es un marco conceptual para el proceso de desarrollo humano que desde el punto de vista normativo se basa en las normas internacionales de derechos humanos y desde el punto de vista operacional está orientado a promover y proteger los derechos humanos.

El enfoque basado en los derechos plasma las normas, reglas y principios del sistema internacional de derechos humanos en planes, políticas y procesos de desarrollo. Las normas y los principios son los que se enuncian en un gran número de tratados y declaraciones internacionales.

Entre los principios cabe mencionar la igualdad y la equidad, la rendición de cuentas, el empoderamiento y la participación. Un enfoque del desarrollo basado en los derechos comprende lo siguiente:

- La indicación expresa de los vínculos con los derechos;
- La rendición de cuentas;
- El empoderamiento;
- La participación;
- La no discriminación y la prestación de atención a los grupos vulnerables.

El enfoque del abastecimiento de agua potable y el saneamiento que se basa en los derechos humanos proporciona principios para hacer frente a la actual crisis del agua y el saneamiento. Aun cuando el derecho al agua se aplica estrictamente sólo a los usos personales y domésticos, el enfoque basado en los derechos humanos puede y debe utilizarse al estudiar cuestiones más amplias, como la ordenación de los recursos hídricos.

Ese enfoque exige, en particular, que ningún grupo de población quede excluido y que, al asignar los limitados recursos públicos disponibles, se dé prioridad a quienes no tengan acceso o a quienes sean objeto de discriminación en el acceso al agua potable. El enfoque basado en los derechos humanos también ayuda a tomar decisiones con respecto a la ordenación de los recursos hídricos, al otorgar una clara prioridad, en la distribución del agua entre los distintos fines que compiten entre sí, a los usos personales y domésticos según se definen en la Observación general N° 15.

El examen del agua y el saneamiento desde la perspectiva de los derechos humanos indica que las personas y las comunidades deberían tener acceso a información y participar en la adopción de decisiones. Los pobres y los miembros de los grupos marginados suelen quedar excluidos del proceso de adopción de decisiones sobre el agua y el saneamiento, por lo que rara vez se da prioridad a sus necesidades. La participación de la comunidad en la planificación y elaboración de los programas de abastecimiento de agua y de servicios de saneamiento es esencial también para asegurar que los servicios sean pertinentes y adecuados y, por consiguiente, sostenibles a largo plazo.

## APLICACIÓN DEL DERECHO AL AGUA PARA ALGUNOS GRUPOS CONCRETOS?

Algunos grupos o personas tienen dificultades particularmente grandes para ejercer su derecho al agua, debido a la discriminación, a la estigmatización, o a ambos factores a la vez. A fin de proteger eficazmente el derecho al agua, es necesario prestar atención a la situación concreta de las personas y los grupos, especialmente de los más vulnerables.

Los Estados deberían adoptar medidas positivas para asegurarse de que determinados individuos y grupos no sean objeto de discriminación de propósito o de hecho.

Por ejemplo, deberían adaptar sus políticas relativas al agua y el saneamiento a quienes estén más necesitados de asistencia, en lugar de atender meramente a los grupos mayoritarios.

A veces, los Estados tienen también que asignar recursos financieros y humanos a grupos que históricamente han sufrido discriminación, para asegurarse de que puedan disfrutar de sus derechos en pie de igualdad con los otros grupos de la sociedad.

La mayoría de los que no tienen acceso a agua potable y saneamiento son personas pobres de zonas tanto urbanas como rurales. No sólo tienen los pobres menos probabilidades de disponer de agua potable y saneamiento, también tienen menos capacidad para hacer frente a los efectos de esta privación.

## LAS OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS Y LAS RESPONSABILIDADES DE OTROS ACTORES

Los Estados tienen la obligación primordial de proteger y promover los derechos humanos. Las obligaciones a este respecto se definen y garantizan generalmente mediante tratados internacionales de derechos humanos, que crean obligaciones vinculantes para los Estados que los ratifican.

### a. Obligaciones generales

En la Observación general N° 15, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales subrayó que, en virtud del Pacto, los Estados tienen la obligación de lograr progresivamente la plena realización del derecho al agua. En otras palabras, el Pacto reconoce que los Estados tienen limitaciones de recursos y pueden requerir tiempo para garantizar el derecho al agua de todas las personas. Algunos componentes del derecho al agua se consideran, pues, sujetos a una realización progresiva. Otros, sin embargo, como la obligación de la no discriminación, son de efecto inmediato y no están sujetos a una realización progresiva.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Artículo 2 1) Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

Si bien no todos los aspectos del derecho al agua pueden hacerse efectivos de inmediato, la Observación general N° 15 subraya que los Estados deben, como mínimo, demostrar que están haciendo todo lo posible, dentro de los límites de los recursos disponibles, para proteger y promover mejor este derecho. Por recursos disponibles se entiende los que existen dentro del Estado y también los que pone a disposición la comunidad internacional a través de la cooperación y asistencia internacional, como se indica en los artículos 2 1), 11 y 23 del Pacto.

En la Observación general N° 15 se destaca también que existe la obligación inmediata de adoptar medidas, que han de ser concretas, deliberadas y específicas, para hacer efectivo el derecho al agua. Además, toda medida regresiva impondrá al Estado la obligación de demostrar que ha realizado un examen sumamente exhaustivo de todas las alternativas posibles, considerado el efecto global en todos los recursos humanos y utilizado plenamente todos los recursos disponibles.

Puesto que el medio más viable para hacer realidad el derecho al agua variará según el Estado, la Observación general N° 15 no ofrece prescripciones fijas. El Pacto simplemente declara que la plena realización de los derechos en él reconocidos debe lograrse por "todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas".

### **El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**

Los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

El Comité también ha declarado en la Observación general N° 15 que algunas medidas deben adoptarse con efecto inmediato para garantizar el derecho al agua, por ejemplo, las de velar por que no haya un número importante de personas privadas de la cantidad mínima de agua potable necesaria para prevenir las enfermedades; garantizar que la seguridad personal no se vea amenazada cuando las personas tengan que salir en busca de agua y de servicios de saneamiento; prevenir, tratar y controlar las enfermedades relacionadas con el agua, y en particular garantizar el acceso a un saneamiento adecuado; y supervisar eficazmente en qué medida es efectivo el acceso de las personas al agua potable y el saneamiento.

El papel de la asistencia y la cooperación internacional se refleja también en otros instrumentos, tales como la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño. No exime de las obligaciones internas, pero adquiere particular importancia cuando un Estado no tiene la capacidad de hacer efectivos los derechos económicos, sociales y culturales y necesita ayuda de otros para hacerlo. La cooperación internacional compete en particular a los Estados que están en condiciones de prestar ayuda a otros a ese respecto. Los Estados deberían, pues, tener un programa activo de asistencia y cooperación internacional, y prestar asistencia económica y técnica para que otros Estados puedan cumplir sus obligaciones en relación con el derecho al agua.

Esto se refleja en las Observaciones generales del Comité N° 3 (1990), sobre la índole de las obligaciones de los Estados partes, y N° 14 (2000), sobre el derecho al más alto nivel posible de salud.

#### **b. Cuatro tipos de obligaciones**

Las obligaciones de los Estados se dividen en tres categorías, a saber, las obligaciones de respetar, de proteger y de realizar.

- **La obligación de respetar**

La obligación de respetar exige a los Estados que se abstengan de obstaculizar directa o indirectamente el goce del derecho al agua.

Por ejemplo, los Estados deberán abstenerse de: contaminar los recursos hídricos; efectuar cortes arbitrarios e ilegales de los servicios de agua y saneamiento; reducir el suministro de agua potable a los asentamientos precarios para satisfacer la demanda de las zonas más ricas; destruir los servicios y la infraestructura de abastecimiento de agua como medida punitiva durante un conflicto armado; o agotar los recursos de agua que los pueblos indígenas utilizan para beber.

- **La obligación de proteger**

La obligación de proteger exige a los Estados que impidan a terceros toda injerencia en el disfrute del derecho al agua.

Los Estados deberían adoptar legislación u otras medidas para asegurarse de que los agentes privados —por ejemplo, la industria, los proveedores de agua u otras personas— acaten las normas de derechos humanos relacionadas con el derecho al agua. Por ejemplo, los Estados deberían adoptar las medidas legislativas y de otra índole necesarias para garantizar que terceros no efectúen cortes arbitrarios e ilegales de los servicios de agua y saneamiento; las comunidades estén protegidas contra la extracción insostenible, por terceros, de los recursos de agua que necesitan para beber; la seguridad física de las mujeres y los niños no se vea amenazada cuando van a recoger agua o utilizan servicios de saneamiento situados fuera del hogar; las leyes y prácticas relativas a la propiedad de la tierra no impidan a las personas y las comunidades acceder a agua potable; y los terceros que controlen o administren los servicios de abastecimiento de agua no comprometan el acceso físico asequible y en condiciones de igualdad a una cantidad suficiente de agua potable.

- **La obligación de realizar**

La obligación de realizar exige a los Estados que adopten medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, judiciales, de promoción y de otra índole adecuada para hacer plenamente efectivo el derecho al agua.

Los Estados deben, entre otras cosas, adoptar una política nacional sobre los recursos hídricos que dé prioridad en la gestión del agua a los usos personales y domésticos esenciales; defina los objetivos de la extensión de los servicios de abastecimiento de agua, centrándose en los grupos desfavorecidos y marginados; determine los recursos disponibles para cumplir esos objetivos; especifique la forma más rentable de utilizarlos; indique las responsabilidades y los plazos para llevar a la práctica las medidas necesarias; y vigile los resultados, garantizando una reparación adecuada en caso de violación.

- **Obligación de garantizar**

Las obligaciones de garantizar suponen asegurar que el titular del derecho acceda al bien cuando no puede hacerlo por sí mismo. Van Hoof precisa que esta obligación tiende principalmente a exigirle al Estado acciones inmediatas que permitan paliar la situación de afectación del derecho al no poder acceder al bien, dada la situación particular de indefensión de determinados ciudadanos.

Sin embargo, el reconocimiento del derecho al agua no supone la obligación del Estado de proveer gratuitamente los servicios de agua potable y alcantarillado, los cuales deben ser pagados por los usuarios, como es usual. Si implica empero, que el Estado está obligado a garantizar un acceso adecuado a los sectores de la población que por su condición de pobreza no estén en condiciones de pagar parte o la totalidad del costo del servicio en un nivel de consumo básico. En tal sentido, los mecanismos de subsidio en sus diversas formas pueden ser un instrumento para que el Estado cumpla esta obligación.

En virtud de la obligación de realizar, los Estados deben también, progresivamente y en la medida que lo permitan los recursos disponibles, hacer extensivos los servicios de agua y saneamiento a los grupos vulnerables y marginados, aumentar la asequibilidad de los servicios de agua y saneamiento, y velar por una educación apropiada sobre el uso correcto del agua y los servicios de saneamiento, la protección de las fuentes de agua y los métodos para reducir al mínimo el desperdicio.

### c. **Las responsabilidades de otros actores**

La obligación de los Estados de proteger los derechos humanos incluye el deber de velar por que los agentes no estatales no vulneren el derecho al agua. Esta es la obligación de proteger arriba descrita. Además, cada vez se discute más sobre el alcance de las responsabilidades que competen a otros actores de la sociedad —particulares, organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales (ONG) y empresas— en la promoción y protección de los derechos humanos.

En la presente sección se analiza la función de los organismos de las Naciones Unidas y del sector privado.

#### **Organismos de las Naciones Unidas**

Según la Carta de las Naciones Unidas, uno de los propósitos de las Naciones Unidas es promover el respeto de los derechos humanos. Los tratados internacionales de derechos humanos también asignan a los organismos de las Naciones Unidas una función particular en su aplicación. En la observación general N° 2 (1990) sobre las medidas internacionales de asistencia técnica, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales subrayó asimismo que todos los órganos y organismos de las Naciones Unidas que intervinieran en cualquier aspecto de la cooperación internacional para el desarrollo deberían velar por que los derechos consagrados en el Pacto se tuvieran plenamente en cuenta en cada fase de los proyectos de desarrollo.

Objetivos de Desarrollo del Milenio relacionados con el agua y el saneamiento En septiembre de 2000, los dirigentes del mundo asumieron una amplia gama de compromisos en la Declaración del Milenio. Los temas eran la paz, la seguridad, los derechos humanos y el medio ambiente, y se establecieron varias metas de desarrollo, con plazos fijos para alcanzarlas. Esas metas se configuraron posteriormente en ocho Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM). El objetivo 7 es reducir a la mitad, para 2015, la proporción de la población que carece de un acceso sostenible a agua potable y servicios básicos de saneamiento. Aunque el contenido de los ODM guarda cierto parecido con algunos aspectos de los derechos humanos, la elaboración de un enfoque sistemático, basado en los derechos humanos, para entender y alcanzar los ODM sigue siendo una tarea pendiente. Los derechos humanos aún no tienen una función de apoyo o una influencia importantes en las actividades relacionadas con los ODM.

Además, las normas de derechos humanos exigen a los Estados que velen por que todas las personas tengan acceso sin discriminación a agua potable y servicios de saneamiento.

Es importante señalar que, aun cuando se alcanzaran plenamente las metas de los ODM, en 2015 habría todavía más de 800 millones de personas sin acceso a agua potable y 1.800 millones de personas sin servicios de saneamiento básicos. El Equipo de Tareas del Proyecto del Milenio de las Naciones Unidas sobre recursos hídricos y saneamiento ha afirmado que el acceso al agua potable es un derecho humano y ha puesto de relieve su importancia para alcanzar la mayoría de los ODM.

En tiempos recientes, las reformas de las Naciones Unidas efectuadas por el Secretario General (en 1997, 2002 y 2005) han puesto de relieve la función y las responsabilidades de los organismos de las Naciones Unidas y las instituciones financieras internacionales con respecto a los derechos humanos. En 2003, los organismos de las Naciones Unidas, en una declaración común, afirmaron que todos los programas y la asistencia para el desarrollo deberían hacer realidad los derechos humanos e inspirarse en los principios y las normas de derechos humanos.

Los organismos de las Naciones Unidas que se ocupan del agua y el saneamiento, como el Programa de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos (ONU-Hábitat) 19, el PNUD, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) y la OMS, se están remitiendo cada vez más al marco de derechos humanos para hacer frente a la crisis actual del agua y el saneamiento. En 2003, el Comité de Alto Nivel sobre Programas creó ONU- Agua como mecanismo interinstitucional para promover la coherencia y la coordinación en las medidas del sistema de las Naciones Unidas para aplicar el programa relativo al agua y el saneamiento definido en la Declaración del Milenio y la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible.

#### **El sector privado**

Las empresas y el sector privado también son actores importantes. El sector privado, en particular los proveedores de servicios de abastecimiento de agua (desde las grandes compañías que administran redes de agua corriente y sistemas de alcantarillado hasta las personas que gestionan las cisternas de agua), interviene directamente en el suministro de agua.

El sector privado, especialmente los grandes productores agrícolas y la industria, son también importantes consumidores de agua. El riego sigue siendo el uso principal, pero las proyecciones indican que la industria absorberá la mayor parte del aumento del consumo de agua de aquí a 2025. En ese contexto, existe el riesgo de que los intereses de los pobres se vean eclipsados por los de los grandes productores agrícolas y la industria, dos grupos de interés de mucho poder político<sup>20</sup>.

Aunque las empresas pueden contribuir positivamente al disfrute de los derechos humanos, también pueden menoscabarlo, por ejemplo a través de la contaminación, la sobreexplotación o la apropiación de los recursos hídricos que las comunidades necesitan para beber. Cuando la gestión de los servicios de abastecimiento de agua corre a cargo del sector privado, puede haber preocupaciones en relación con la posibilidad de cortes arbitrarios e ilegales, la asequibilidad de los servicios de agua y saneamiento y la prestación de esos servicios a los grupos vulnerables y marginados.

El Mandato del Agua de los Directores Generales del Pacto Mundial En julio de 2007, el Secretario General de las Naciones Unidas, en colaboración con dirigentes empresariales internacionales, lanzó el Mandato del Agua de los Directores Generales bajo los auspicios del Pacto Mundial de las Naciones Unidas. Esta iniciativa nació del entendimiento de que el sector privado, a través de la producción de bienes y servicios, tiene un impacto en los recursos hídricos. Los directores generales que suscribieron la iniciativa reconocen que, para operar de manera sostenible y contribuir al logro del objetivo último del Pacto Mundial y de los Objetivos de Desarrollo del Milenio, tienen que dar prioridad a la gestión de los recursos hídricos y colaborar con los gobiernos, los organismos de las Naciones Unidas, las ONG y otros interesados en esta tarea.

El sector privado puede influir en el disfrute del derecho al agua también en el lugar de trabajo. En el Convenio N° 161 (1985) de la OIT sobre los servicios de salud en el trabajo se subrayó la responsabilidad de los empleadores por la salud y seguridad de sus trabajadores, lo que incluye el acceso a agua potable y servicios de saneamiento. En varias iniciativas voluntarias y colectivas suscritas por empresas también se ha reconocido la responsabilidad de éstas de proporcionar agua potable y servicios de saneamiento en el lugar de trabajo<sup>21</sup>.

Si el empleador facilita la vivienda, la Recomendación N° 115 de la OIT sobre la vivienda de los trabajadores destaca que el empleador debe garantizar el acceso a servicios de saneamiento adecuados, así como a agua potable en cantidades suficientes para satisfacer todos los usos personales y domésticos.

Aunque la responsabilidad principal de velar por que los agentes privados respeten los derechos humanos sigue recayendo en los Estados, según el Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos, las empresas comerciales tienen la responsabilidad de respetar todos los derechos humanos, incluido el derecho al agua (A/HRC/8/5). Esta es la responsabilidad básica que la sociedad espera de las empresas, y se ha reconocido en un amplio abanico de instrumentos jurídicos no vinculantes. También la invocan organizaciones comerciales mundiales y empresas individuales de todo el mundo.

Aunque las empresas no tienen obligaciones directas, en virtud de la normativa internacional de derechos humanos, en lo que respecta al derecho al agua, con frecuencia tienen deberes dimanantes de las leyes nacionales sobre el acceso al agua y su uso que se han establecido en cumplimiento de las obligaciones internacionales de los gobiernos. Independientemente de los requisitos jurídicos de los países en que operan, las empresas tienen que responder a la expectativa cada vez más clara de la sociedad de que sus acciones y actividades respetarán los derechos humanos y no menoscabarán el disfrute de esos derechos por las personas.

Esta expectativa se manifiesta también en la creciente tendencia a aceptar la responsabilidad social de las empresas como parte del comportamiento empresarial y social responsable, en algunos casos a instancias de los inversores y los accionistas.

Muchas empresas han asumido también el compromiso voluntario de respetar y respaldar los derechos humanos, incluido el derecho al agua, especialmente al firmar el Pacto Mundial de las Naciones Unidas, en que se definen diez principios relacionados con los derechos humanos, las normas laborales, el medio ambiente y la lucha contra la corrupción que las empresas signatarias se comprometen a respetar. Algunas empresas han elaborado también sus propias políticas, programas e instrumentos de derechos humanos para incorporar esos derechos, incluido el derecho al agua, en sus actividades comerciales.

#### **d. Obligaciones y responsabilidades en situaciones concretas**

- **¿Qué obligaciones tienen las autoridades locales?**

Las autoridades locales son responsables, con frecuencia, del abastecimiento de agua potable y de los servicios de saneamiento. A medida que avanza la descentralización —la transferencia de poderes y responsabilidades del Estado central a los niveles de administración intermedios y locales— en alrededor del 80% de los países en desarrollo y en los países en transición, los gobiernos locales desempeñan un papel cada vez más importante en la realización del derecho al agua. Las obligaciones de derechos humanos que dimanen del derecho al agua se aplican a las autoridades locales porque son parte del gobierno o porque el gobierno nacional ha delegado facultades en ellas. En ambos casos, la obligación principal de promover y proteger el derecho al agua recae en el gobierno nacional, que tiene la responsabilidad de vigilar el comportamiento de las autoridades locales y de facultarlas para desempeñar sus tareas dotándolas de suficientes poderes y recursos<sup>23</sup>.

En su Observación general N° 15, el Comité subrayó que, cuando el suministro de agua se haya delegado en las autoridades regionales o locales, el Estado deberá velar por que las autoridades no discriminen y porque dispongan de recursos suficientes para mantener y ampliar la prestación y la calidad de los servicios de abastecimiento de agua.

- **¿Qué medidas deben adoptarse respecto de la formulación de políticas?**

Los principios de la participación y la inclusión son sumamente importantes para asegurar la implicación de todos los interesados en la formulación de políticas. La formulación de políticas participativa puede lograrse proporcionando información. Para responder a las necesidades locales de agua y saneamiento, los Estados deben preocuparse de hacer extensivo el acceso a las poblaciones y zonas que carecen de servicios, o en que éstos son insuficientes, mediante, por ejemplo, leyes, políticas y estrategias. Con arreglo a las directrices de la Subcomisión para la realización del derecho al agua potable y al saneamiento, "a todos los niveles de gobierno, los Estados deberían... dar prioridad en sus políticas y programas relativos al agua y al saneamiento a las personas que carecen de acceso básico a esos servicios".

En la Observación general N° 15 se señala que “deberán examinarse la legislación, las estrategias y las políticas existentes para determinar que sean compatibles con las obligaciones relativas al derecho al agua, y deberán derogarse, enmendarse o cambiarse las que no sean congruentes con las obligaciones dimanantes del Pacto”. Ello puede incluir medidas para formular nuevas políticas que respondan a las necesidades y sean compatibles con el derecho al agua o para enmendar o revisar la legislación vigente. La mejor manera de elaborar las políticas, las estrategias y los programas nacionales es mediante la coordinación con todas las partes interesadas, incluidos el público en general y las organizaciones de la sociedad civil, especialmente las que representan a las comunidades con miembros vulnerables y marginados, y su participación en el proceso.

Es importante también recordar que la accesibilidad física se refiere no sólo a las generaciones actuales, sino también a las futuras. Para asegurar la posibilidad de acceso de las generaciones futuras, la utilización del agua debe ser sostenible. Por ello, ésta debe distribuirse de manera equitativa, dando prioridad al consumo humano.

- **¿Es admisible cortar los servicios de abastecimiento de agua?**

Un corte puede definirse como una interrupción del suministro de agua. Puede obedecer a distintos motivos, como la falta de pago, la contaminación de los recursos hídricos o una situación de emergencia. En ocasiones, los cortes se utilizan también para desalojar a las familias o para poner fin a una conexión irregular a la red de abastecimiento de agua.

El derecho al agua no prohíbe el corte del servicio, pero pone límites y condiciones a esta medida. En general, los cortes deben efectuarse respetando la ley y de un modo que sea compatible con el Pacto. En la Observación general N° 15 se subraya además que en ninguna circunstancia deberá privarse a una persona del mínimo indispensable de agua. Por consiguiente, la cantidad de agua potable de que dispone una persona puede reducirse, pero el corte total sólo es admisible si existe otra fuente que pueda proporcionar la cantidad mínima de agua potable necesaria para prevenir las enfermedades. A este respecto, existe una fuerte presunción de que deben prohibirse los cortes en las instituciones que atienden a grupos vulnerables, como las escuelas, los hospitales y los campamentos de refugiados o personas internamente desplazadas.

Intervención judicial en un caso de corte por falta de pago en Colombia Debido a una insuficiencia renal crónica y al tratamiento médico que se le administraba, la Sra. Jiménez de Correa tuvo que dejar de trabajar y no pudo seguir pagando los servicios que le suministraban las Empresas Públicas de Medellín. En vista de ello, la compañía le cortó el suministro de electricidad y de agua. El tribunal decidió que los servicios públicos eran inherentes al propósito del Estado social de derecho y reconoció el deber de garantizar su suministro eficiente a todos los habitantes del país.

En apelación, la Corte Constitucional confirmó la decisión del tribunal y ordenó la reinstauración inmediata del suministro de electricidad y agua a la Sra. Jiménez como servicio público, remitiéndose en su fallo, entre otras cosas, a las normas internacionales y las observaciones generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Si el corte obedece a la falta de pago, la Observación general N° 15 señala que la capacidad de pago de la persona debe tomarse en consideración antes de proceder a la interrupción del servicio. Este requisito, leído conjuntamente con el criterio de la asequibilidad (véase el capítulo I), implica que, en algunos casos, cuando las personas no puedan pagar por el agua, las autoridades pueden tener que suministrarla gratuitamente. A este respecto, varias legislaciones nacionales restringen los cortes del abastecimiento de agua, especialmente en los casos en que el usuario no paga porque no puede, o porque no quiere.

- **¿Cuáles son las obligaciones reguladoras del Estado cuando delega suministro de agua potable en proveedores públicos o privados?**

La normativa internacional de derechos humanos no indica si los servicios de abastecimiento de agua deben ser prestados por proveedores públicos o privados, o por una combinación de ambos. Sin embargo, el marco de derechos humanos exige a los Estados que velen por que, independientemente de quien lo preste, este servicio garantice el acceso en pie de igualdad a recursos de aguas potables asequibles, suficientes, salubres y aceptables.

En consecuencia, en la Observación general N° 15 se señala que, si los servicios de abastecimiento de agua corren a cargo o están bajo el control de terceros, los Estados deben establecer un marco regulador eficaz que prevea una supervisión independiente, una auténtica participación pública y la imposición de multas por incumplimiento. En este deber de regular está implícito que el Estado debería establecer ese marco antes de delegar en otros el suministro de agua potable y los servicios de saneamiento.

## EL DERECHO AL AGUA Y SU RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL

El primero de octubre de 2013, la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República del Perú aprobó por mayoría el dictamen elaborado en base a siete proyectos de ley que proponen incorporar en la Constitución Política del Estado el acceso al agua como derecho fundamental. Luego de un año, el debate en el pleno sigue pendiente.

Muchos de los argumentos en contra de la incorporación del derecho al agua en la Constitución suelen desmerecer el debate que debería existir al respecto, con afirmaciones como “no tiene mayor trascendencia, en tanto ello no incrementará la cobertura ni las condiciones de acceso al agua en nuestro país”.



Detrás de este tipo de argumentos pareciera existir un escaso entendimiento sobre la importancia de la Constitución como norma jurídica vinculante en nuestro Estado de Derecho, lo que obedece a una marcada tendencia legalista que todavía existe en los ámbitos académico y social para la interpretación de los derechos.

Otros razonamientos, quizás menos simplistas, señalan que en el caso particular del agua, el Derecho Internacional y el Tribunal Constitucional del Perú ya han reconocido su naturaleza, tanto de derecho humano como de derecho fundamental no numerado, por lo que ya habría adquirido el carácter de *derecho constitucional implícito*. Veamos algunos aspectos fundamentales sobre el particular.

El derecho fundamental al agua tiene la naturaleza de un *derecho social*, y como tal, exige del Estado actividades positivas o prestacionales para su satisfacción, pues su concreción atiende necesidades básicas e imprescindibles para la vida humana en un sentido integral, y posibilita el ejercicio de otros derechos. Asimismo, requiere de un previo entramado de normas de organización que regulen las obligaciones a cargo de los distintos entes estatales y cuyo cumplimiento conjunto es necesario para su goce pleno.

A nivel internacional, el derecho al agua ha tenido un amplio desarrollo. La Observación General N° 15 del año 2002, aprobado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, estableció su *contenido normativo*, implícito en los artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, relativos al derecho a un nivel de vida adecuado y al más alto nivel posible de salud física y mental, respectivamente. Asimismo, en el año 2010 la Asamblea General de las Naciones Unidas, a través de la Resolución 64/292, reconoció explícitamente *el derecho al agua potable y el saneamiento* como un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los otros derechos humanos.

En el plano nacional, el Tribunal Constitucional del Perú, mediante las sentencias recaídas en los Expedientes N° 06534-2006-PA/TC y N° 6546-2006-PA/TC, ambas dictadas en el año 2007, reconoció el agua potable como un *derecho fundamental no numerado*, en virtud del artículo 3 de la Constitución.

Entonces, ¿por qué constitucionalizar el derecho al agua? El Derecho Internacional es una fuente jurídica importante para el establecimiento de *supuestos mínimos* exigibles a los Estados respecto al reconocimiento de los derechos sociales, pero no obsta a que en virtud a los principios, valores, costumbres y usos elementales de cada sociedad, el derecho interno pueda llevar a cabo una mejor delimitación del contenido de los derechos, con miras a brindar una mayor protección a la dignidad humana; y esto, por tres razones fundamentales: *los derechos humanos son mandatos de optimización*, y, en ese sentido, el Estado no está prohibido de efectuar mayores reconocimientos, siempre y cuando se dirija a una mayor protección; *el carácter progresivo de los*

*derechos sociales*, por el que el Estado debe destinar el máximo de recursos disponibles para lograr una cobertura cada vez más mayor, y la aplicación de la *tesis humanista* para resolver el conflicto entre una medida de derecho interno con una disposición internacional, de tal manera que prevalezca la que brinde una mayor protección o tutela a la dignidad.

En lo que se refiere al reconocimiento del acceso al agua como derecho fundamental no numerado por parte del Tribunal Constitucional, debemos tener presente que este se dio respecto al acceso al agua potable y al saneamiento, que es solo uno de los contenidos del derecho al agua. Por ello, desde una mirada técnica, se debería aprovechar este debate legislativo para avanzar hacia un enfoque integral del derecho al agua, tomando en cuenta aspectos esenciales, como: el tipo de norma constitucional que contendrá el derecho; su carácter progresivo, universal, relacional, y su condición de bien económico; los enfoques de acceso al agua potable y de la gestión sostenible de los recursos hídricos, así como la obligación estatal de implementar una política pública debidamente estructurada y eficaz.

Por otro lado, no podemos soslayar la importancia que ha venido adquiriendo la Constitución en nuestra sociedad como norma jurídica suprema, en tanto ella es la expresión política y jurídica del sistema de valores que predomina en nuestra comunidad. Este hecho va de la mano con la idea cada vez más generalizada de que los derechos contenidos en la Constitución cuentan con mayores mecanismos de protección. Recordemos que los procesos de reforma constitucional para la inclusión del agua como derecho humano y fundamental que han experimentado otros países, como Uruguay (2004), Ecuador (2008), Bolivia (2009) y México (2012), han significado principalmente una reivindicación social para garantizar que a futuro las diversas situaciones jurídicas en torno al agua tengan amparo a favor de las comunidades.

En el Perú, en el año 2012, se incorporó al Acuerdo Nacional, la Trigésimo Tercera Política de Estado sobre los Recursos Hídricos, a través de la cual el Estado se comprometió a cuidar el agua como patrimonio de la nación, y estableció el derecho fundamental de la persona al acceso al agua potable, el cual es imprescindible para la vida y el desarrollo humano de las generaciones actuales y futuras. No obstante, para muchos, esta política aún no supera su faceta declarativa.

Por ello, el desarrollo del derecho al agua en el ámbito internacional como de la jurisprudencia constitucional, no pueden de plano cerrar el debate ni los espacios de diálogo sobre la posible constitucionalización del derecho al agua, como si la Constitución fuese un texto acabado y cerrado, atemporal, inflexible e incapaz de adaptarse y seguir recogiendo los valores esenciales de la sociedad; más bien, esta posible reforma constitucional tendría que ser evaluada a la luz de la delimitación de las obligaciones estatales y de las políticas públicas destinadas a su materialización.

## CONSTITUCIONALIZARÍAN DEL DERECHO AL AGUA

El derecho al agua no está considerado en ninguna de las tres últimas constituciones, vale decir la Constitución de 1933, 1979 y 1993; pero sí está implícito en el artículo N° 3 de la Constitución vigente, dado que está relacionada a la vida y la persona.

**Artículo 3°.-** *La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.*

## PROPUESTA PARA INCLUIR EL DERECHO AL AGUA COMO UN DERECHO FUNDAMENTAL

El actual Presidente de la república, planteó en su campaña presidencial la presentación de un proyecto de inclusión del derecho del agua, un tema que ha sido propuesto 20 años antes en la Conferencia Internacional sobre Agua y Desarrollo Sostenible de Dublín, que en su Principio 4 establece: "Es esencial reconocer ante todo el derecho fundamental de todo ser humano a tener acceso a un agua pura y al saneamiento". Pero lamentablemente, poco ha hecho el actual gobierno en lograr incluir el derecho al agua en nuestro ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta la importancia de este derecho.

Ya no hablamos del agua como un derecho fundamental como hace 20 años. Hoy se le reconoce como un Derecho Humano, tal como está en la Constitución de diversos países del mundo.

## PROYECTO DE LEY QUE INCORPORA AL ARTICULO 2° DE LA CONSTITUCIÓN POLITICA DEL PERU EL AGUA COMO DERECHO HUMANO.

### Artículo 1°: Objeto de la Ley

La presente Ley tiene como objeto incorporar en el artículo 2° de la Constitución Política del Perú, al agua como derecho fundamental e irrenunciable.

Artículo 2°: Derecho humano al agua  
Incorporase al artículo 2° de la Constitución Política del Perú, el siguiente inciso:

### Artículo 2°: Toda persona tiene derecho (...)

...Al agua como Derecho Humano, fundamental e irrenunciable. El agua se constituye en patrimonio de nuestro país y es un bien estratégico para el desarrollo de la nación y es esencial para la vida, el dominio sobre el agua es inalienable, imprescriptible e inembargable.

## I. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

### 1. Situación hídrica en el Perú

Según información elaborada por la Comisión de Técnica Nacional de Aguas y Suelos el 2001, en base al "Estudio básico situacional de los recursos hídricos" de la Dirección General de Aguas y Suelos, el Perú es un país con una gran disponibilidad de aguas.

Se estima que contamos con el 5 por ciento del total del agua dulce del mundo, lo que significa un poco más de dos billones de metros cúbicos anuales (exactamente 2 046 287 MMC), distribuidos en 106 cuencas hidrográficas, 12.201 lagunas en la sierra y más de 1007 ríos.

Sin embargo, según la Organización Internacional del Agua, el 2025 el Perú será el único país en Latinoamérica que sufrirá estrés hídrico permanente. Esta paradoja se produce debido a que la disponibilidad de agua se concentra principalmente en la vertiente del Atlántico (97.82% del volumen anual promedio) y solo el 1.68% en la vertiente del Pacífico, la cual abastece a la costa del país y gran parte de la sierra, es decir, a un 70% de la población.

Dicho de manera más clara, tenemos mucha más población (70%) en donde hay menos agua disponible y las previsiones indican que las ciudades allí asentadas seguirán creciendo a ritmos insostenibles.

Según el informe "El agua ante nuevos desafíos. Actores e iniciativas en Ecuador, Perú y Bolivia" de Oxfam Internacional, más de la mitad de los ríos de mayor demanda de uso están severamente contaminados. Este informe refiere que los principales agentes tóxicos que contaminan los ríos son el plomo, arsénico, cianuro, mercurio, aceites y grasas de hidrocarburos y coliformes fecales.

La contaminación con residuos fecales tiene que ver con bajas coberturas de los servicios de drenaje y tratamiento de aguas residuales, pero también, con la falta de un tratamiento adecuado.

De otro lado, menos del 15% de las aguas residuales, a nivel nacional, reciben un tratamiento adecuado.

### 2. Acceso al agua y desagüe de las familias peruanas

Según la encuesta nacional de hogares, en el año 2002, el 71% de total de hogares en nuestro país tenía acceso al agua, para el año 2010, era ya el 76.8%, sin embargo el avance no ha sido sustancial pues aún casi un tercio de la población de nuestro país no cuenta con servicio de agua potable en sus casas.

Para el caso del servicio de desagüe, la situación es menos alentadora. El 2002, solo el 53% del total de hogares en nuestro país contaba con servicio de desagüe y para el año 2010 el porcentaje solo es del 64.8%, es decir casi 40% de las familias en nuestro país no cuenta con servicio de desagüe en sus casas.

### 3. Acceso a los servicios de agua y desagüe en las zonas Urbanas y Rurales del Perú y los Objetivos de Desarrollo del Milenio.

En el año 2000, en una reunión llamada "Cumbre del Milenio", 189 países miembros de la ONU (Organización de Naciones Unidas), se comprometieron a que en el año 2015 se lograrían alcanzar 8 metas que ahora se conocen como "Los objetivos de Desarrollo del Milenio". El Perú también firmó la declaración que impulsó a la creación de estos objetivos, lo que significa que es un deber hacer todo lo necesario para que estos se cumplan.

En este sentido nuestro país se comprometió a reducir a la mitad, para el año 2015, el porcentaje de personas sin acceso sostenible al agua potable y a servicios básicos de saneamiento; para el año 2002 solo el 51.3% de la población de nuestro país, tenía acceso a estos servicios de agua y desagüe, de los cuales el 75.3% eran ciudadanos de la zona urbana y solo 15.7% eran pobladores de las zonas rurales.

Hacia el año 2010, la situación ha mejorado fundamentalmente en las zonas urbanas, mientras aún persiste atraso en el acceso a estos servicios en las zonas rurales, así del 77.3% de la población total de nuestro país que tiene acceso a servicios de agua y desagüe, el 87.8% son pobladores de las zonas urbanas, mientras que solo el 47.9% son pobladores de las zonas rurales.

### 4. Derecho humano al agua: Antecedentes históricos

En Marzo de 1977 la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua, desarrollada en Mar de Plata, introdujo en El Plan de Acción de la Conferencia de las Naciones Unidas el reconocimiento por primera vez el agua como un derecho y declara que: "Todos los pueblos, cualquiera que sea su nivel de desarrollo o condiciones económicas y sociales, tienen derecho al acceso a agua potable en cantidad y calidad acordes con sus necesidades básicas"

En Diciembre de 1979 la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW por siglas en inglés), incorpora en sus conclusiones al agua, así como al saneamiento como un derecho de hombres y mujeres y en Noviembre de 1989 la Convención sobre los Derechos del Niño, menciona explícitamente en sus conclusiones el agua, el saneamiento ambiental y la higiene, como medidas apropiadas para combatir las enfermedades y la malnutrición.

En Julio del 2010 en la Asamblea General de las Naciones Unidas, por primera vez, la Resolución A/RES/64/292 reconoce oficialmente el derecho humano al agua y saneamiento y asume que el agua potable pura y el saneamiento son esenciales para la realización de todos los derechos humanos.

### 5. Antecedentes en la Jurisprudencia Nacional

#### a. El Derecho al agua potable como derecho fundamental: Reconocimiento desde la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano

- **Naturaleza Jurídica del Derecho al agua potable**

El Tribunal Constitucional considera que a pesar que este derecho no se encuentra considerado a nivel positivo, existen no obstante una serie de razones que justifican su consideración o reconocimiento en calidad de derecho fundamental.

Atendiendo a que no existe norma expresa que contenga dicho reconocimiento a nivel interno y a que a nivel internacional aún se encuentran pendientes de desarrollo muchos de los ámbitos que comprendería dicho derecho, puede acudir primeramente a la opción valorativa o principalista y a la cláusula de los derechos implícitos que le permite servir de referente. De esta manera, la utilización de la fórmula de individualización permitiría legitimar la existencia de un derecho al agua potable en calidad de atributo fundamental no enumerado, y por tanto, su reconocimiento se encontraría ligado directamente a valores tan importantes como la dignidad del ser humano y el Estado social y democrático de derecho.

- **Contenido del Derecho al Agua Potable**

El derecho al agua potable, supondría primariamente un derecho de naturaleza positiva o prestacional, cuya concretización correspondería promover fundamentalmente al Estado. Su condición de recurso natural esencial lo convierte en un elemento básico para el mantenimiento y desarrollo no solo de la existencia y la calidad de vida del ser humano, sino de otros derechos tan elementales como la salud, el trabajo y el medio ambiente, resultando prácticamente imposible imaginar que sin la presencia del líquido elemento el individuo puede ver satisfechas sus necesidades elementales y aun aquellas otras que, sin serlo, permiten la mejora y aprovechamiento de sus condiciones de existencia.

El agua como recurso natural, no sólo contribuye directamente a la consolidación de los derechos fundamentales, los cuales se han hecho mención, sino que de una perspectiva extra personal incide sobre el desarrollo social y económico del país a través de las políticas que el Estado emprende en una serie de sectores.

Tal es el caso de la agricultura, la minería, el transporte, la industria, etc. Puede decirse por consiguiente que gracias a su existencia y utilización se hace posible el crecimiento sostenible y la garantía de que la sociedad en su conjunto no se vea perjudicada, en el corto, mediano y largo plazo.

De acuerdo a la consideración del rol esencial que tiene el agua para el individuo y la sociedad en su conjunto, permita situar su estatus no sólo al nivel de un derecho fundamental, sino también al de un valor objetivo que al Estado constitucional corresponde privilegiar.

**b. Sentencias del Tribunal Constitucional**

Exp. N° 06534-2006-PA/TC

¿Existe un derecho constitucional al agua potable?

Aunque como se ha visto lo que reclama la demandante tiene que ver con una supuesta afectación de derechos como la libertad de contrato, la salud y la dignidad, esconde tras de sí y en la lógica del propio petitorio planteado, un tema mucho más relevante, el de saber si la decisión de cortar el servicio de agua potable afecta un derecho fundamental autónomo, consistente en el goce y disposición misma del líquido elemento. Se trata en otros términos de verificar si a la luz de las opciones valorativas reconocidas por nuestro ordenamiento constitucional, puede o no hablarse de un derecho constitucional al agua potable y si tras su eventual vulneración o amenaza, le asiste la protección constitucional que se otorga al resto de atributos y libertades expresamente reconocidas por la Constitución.

De primera intención y a efectos de poder responder a la reflexión planteada, conviene recordar que aunque la Norma Fundamental no reconoce de manera expresa o nominal un derecho fundamental al agua potable, tal situación no significa ni debe interpretarse como que tal posibilidad se encuentra enervada. En efecto, como ha sido puesto de relieve en anteriores oportunidades, los derechos fundamentales no solo pueden individualizarse a partir de una perspectiva estrictamente gramatical o positiva.

En la medida que el ordenamiento jurídico no crea *strictu sensu* los derechos esenciales, sino que simplemente se limita a reconocerlos, su individualización pueden operar no solo a partir de una opción valorativa o principalista como la reconocida en el Artículo 3° de la Constitución Política del Perú, sino que también lo puede ser desde una fórmula sistemática o variante de contexto, deducible de las cláusulas contenidas en los instrumentos internacionales relativos a derechos humanos, muchas de las cuales no solo contienen derechos adicionales a los expresamente reconocidos en la Constitución, sino que incluso ofrecen contenidos mucho más amplios para aquellos que ya cuentan con cobertura constitucional.

**El Agua Potable Como Derecho Constitucional No Enumerado**

En el caso específico de derecho al agua potable, este Colegiado considera que aunque dicho atributo no se encuentra considerado a nivel positivo, existen no obstante una serie de razones que justifican su consideración o reconocimiento en calidad de derecho fundamental. Asumir dicha premisa supone perfilar su individualización dentro del contexto que ofrecen algunas de las perspectivas anteriormente enunciadas.

A tales efectos, atendiendo a que no existe norma expresa que contenga dicho reconocimiento a nivel internacional aún se encuentran pendientes de desarrollo muchos

de los ámbitos que comprendería dicho atributo, puede acudir primeramente a la opción valorativa o principalista y a la cláusula de los derechos implícitos que le permita servir de referente. Así las cosas, 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.

**Contenido Del Derecho Fundamental Al Agua Potable. Roles Personales Y Extra Personales.**

El derecho al agua potable, a la luz del contexto descrito, supondría primeramente un derecho de naturaleza positiva o presta al Estado. Su condición de recurso natural esencial lo convierte en un elemento básico para el mantenimiento y desarrollo no solo de la existencia y la calidad de vida del ser humano, sino de otros derechos tan elementales como la salud, el trabajo y el medio ambiente, resultando prácticamente imposible imaginar que sin la presencia del líquido elemento el individuo puede ver satisfechas sus necesidades elementales y aun aquellas otras que, sin serlo, permiten la mejora y aprovechamiento de sus condiciones de existencia.

El agua, como recurso natural, no solo contribuye directamente a la consolidación de los derechos fundamentales en mención, sino que desde una perspectiva extra personal incide sobre el desarrollo social y económico del país a través de las políticas que el Estado emprende en una serie de sectores.

Tal es el caso de la agricultura, la minería, el transporte, la industria, etc.

Puede decirse por consiguiente que gracias a su existencia y utilización se hace posible el crecimiento sostenido y la garantía que la sociedad en su conjunto no se vea perjudicada, en el corto, mediano y largo plazo.

Por ello, aun cuando no forma parte de la materia controvertida, queda claro que la consideración del rol esencial que tiene el agua para el individuo y la sociedad en su conjunto permite situar su estatus no solo al nivel de un derecho fundamental, sino también al de un valor objetivo que al Estado Constitucional corresponde privilegiar.

**EXP. N° 6546-2006-PA/TC**

¿Existe un derecho constitucional en referencia al agua potable?

De manera preliminar a la dilucidación de la presente controversia, conviene precisar que aunque lo que se reclama por el demandante tiene que ver con una pretensa afectación de derechos a la salud y a la propiedad, esconde tras de sí y en la lógica del propio petitorio planteado, un tema mucho más relevante, a saber: si la decisión de cortar el servicio de agua potable, afecta un derecho fundamental autónomo, consiste en el goce y disposición del líquido elemento.

Se trata en otro termino de verificar, si a la luz de las opciones valorativas reconocidas por nuestro ordenamiento constitucional, puede o no hablarse de un derecho constitucional a la utilización del agua potable y si tras su eventual vulneración o amenaza, le asiste la protección constitucional que se otorga al resto de atributos y libertades expresamente reconocidas por la Constitución.

De primera intención y a efectos de poder responder a la reflexión planteada, conviene recordar que aunque la Norma Fundamental no reconoce de Manera expresa o nominal un derecho fundamental al agua potable, tal situación no significa ni debe interpretarse como que tal posibilidad se encuentre elidida o diferida. En efecto como ha sido puesto de relieve en anteriores oportunidades, los derechos fundamentales no solo pueden individualizarse a partir de una perspectiva estrictamente gramáticas o positiva puesto que en la medida en que el ordenamiento jurídico, no crea estrictu sensu los derechos esenciales, sino que simplemente se limita a reconocerlos, su individualización puede operar no solo a partir de una opción valorativa o principista como la reconocida en el Artículo 3ª de la Constitución Política del Perú, sino también apelando al ejercicio hermenéutico al amparo de una forma sistemática o variante de contexto, deducible de la clausulas contenidas en los instrumentos internacionales relativos a derechos humanos, muchas de las cuales no solo contienen derechos adicionales a los expresamente reconocidos en la Constitución, sino que ofrecen contenidos mucho más amplios para aquellos que ya cuentan con cobertura constitucional.

**c. Tribunal Constitucional. Corte de los servicios de energía eléctrica y agua no son medios constitucionalmente válidos para obligar a una persona a desalojar un inmueble donde habita.**

El derecho al agua potable y el respeto a la dignidad de la persona humana.

Este Colegiado ha tenido la oportunidad de reconocer el derecho fundamental al agua potable. En tal sentido, en el Expediente N° 6534-2006-AA/TC (Fundamento 18) estableció que “el derecho al agua potable”, supone primariamente un derecho de naturaleza positiva o prestacional, cuya concretización correspondería promover fundamentalmente al Estado.

Su condición de recurso natural esencial lo convierte en un elemento básico para el mantenimiento y desarrollo no solo de la existencia y la calidad de vida del ser humano, sino de otros derechos tan elementales como la salud, el trabajo y el medio ambiente, resultando prácticamente imposible imaginar que sin la presencia del líquido elemento el individuo pueda ver satisfechas sus necesidades elementales y aun aquellas otras que, sin serlo, permiten la mejora y aprovechamiento de sus condiciones de existencia.

En el contexto, ha señalado también que “el impedimento del goce de este elemento no solo incide en la vida y la salud de la persona, sino que lo hace en el propio derecho a la dignidad. En efecto, existen determinados bienes cuya imposibilidad de acceso, en atención al valor supremo de la persona, puede resultar absolutamente incompatible con las condiciones mínimas e indispensables en las que ella debe estar. Se trata de condiciones cuya ausencia atentaría y negaría radicalmente la condición digna de la persona. La ausencia de estas condiciones mínimas contradice el valor supremo de la persona en una magnitud ostensiblemente grave y, de esa forma, el principio fundamental de dignidad de la persona.

**6. Situación actual y propuesta legislativa**

Entre 1100 y 1200 millones de personas no tienen acceso a agua segura y mas de 2000 millones de personas, pese a contar con el servicio de abastecimiento de agua, carecen de saneamiento. Como consecuencia cada 6 o 7 segundos muere una persona por falta de agua segura.

Sin embargo, vemos con preocupación que, el mercado mundial de agua viene creciendo y asciende a unos 250000 millones de dolares, y puede llegar a los 660000 millones en el año 2020, según un estudio realizado en marzo del 2009, por el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, es decir existe el riesgo que millones de personas en el mundo puedan morir por no tener dinero para comprar agua en los proximos veinte años.

Existe el riesgo de los desastres relacionados con el agua, a lo que contribuye tambien el cambio climatico, solo en el año 2008, se registraron 321 desastres relacionados con el cambio climatico, que mataron a 235,816 personas y afectaron a 211 millones de otras mas, que costaron unos US\$ 181 mil millones de dolares en perdidas para los paises afectados.

Esto significa que es el momento en que debemos pasar de las declaraciones a la elaboración de un plan de acción que nos permita garantizar de manera gradual que toda persona en el planeta pueda acceder al agua y saneamiento aunque no tenga recursos para pagar.

**CONCLUSIONES**

- El acceso a servicios adecuados de agua y desagüe es un derecho humano reconocido por pactos internacionales de los cuales el Perú es parte, y además este derecho se desprende de derechos reconocidos por la constitución, como el derecho a la vida y el derecho a la salud. Asimismo, de la Constitución se desprende que, por ser un recurso natural, el agua es patrimonio de la Nación, que puede otorgarse al sector privado en la forma de concesión.

- De otro lado, el reconocimiento de un valor económico en el agua no se contrapone con el derecho al agua, ni tampoco implica que su asignación deba realizarse a través del libre juego de las fuerzas del mercado, ya que existen externalidades y consideraciones sociales que hacen necesaria una regulación por parte del Estado. Asimismo, tampoco existe contraposición entre el reconocimiento del derecho al agua y la participación de inversionistas privados en la prestación de los servicios de agua potable y alcantarillado.

## REFERENCIAS

- [1] Alternativa y Cedal. "Desafíos del Derecho Humano al Agua en el Perú", Lima, –Perú, 2004.
- [2] BERNALES, Enrique. Constitución Política del Perú Comentada, Lima, CIEDLA, 1996.
- [3] COURTIS, Christian. Los derechos sociales como derechos, IV-13, 1999.
- [4] GARCIA MORENO, Francisco. "El Concepto de dignidad como categoría existencial. Un recorrido del concepto a lo largo de la Historia de la Filosofía", El Búho, Revista Electrónica de la Asociación Andaluza de Filosofía, D.L:CA-834/97 ISSN 1138- 3569, 1997.
- [5] RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993, Tomo III, Fondo Editorial PUCP, Lima, 1999, p. 164.
- [6] VAN HOOFF, G.H.J. "The legal nature of economic, social and cultural rights: a rebuttal of some traditional views", en ALASTON, P. y TOMASEVSKI, K. (eds), The Right of Food, Utrecht, 1984.

Recibido el 15 de febrero del 2017 y aceptado para su publicación el 20 de marzo del 2017