

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

FACULTAD DE DERECHO



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Ambiental
y de los Recursos Naturales

El contenido del derecho al agua potable durante el
proceso de su reconocimiento constitucional

Trabajo académico para optar el título de Segunda
Especialidad en Derecho Ambiental
y de los Recursos Naturales

Autor:

Victor Alberto Varillas Borja

Asesor:

Isabel Calle Valladares

Lima, 2021

A mi familia, el fundamento de mis aspiraciones y esfuerzos



Resumen

El rango constitucional del derecho al agua potable ofrece una serie de aspectos que constituyen un amplio espacio de análisis, el cual trasciende al enfoque estrictamente constitucional o ambiental, e incluso al enfoque jurídico general; no obstante, el ámbito que aborda este trabajo se encuentra motivado principalmente por el proceso de desarrollo que ha merecido el contenido de dicho derecho fundamental, durante estos quince (15) años trazados, entre la labor jurisdiccional y legislativa; sin perder de vista, cuáles han sido los principales problemas que se han advertido, a partir del paralelismo de ambas funciones ejercidas desde el poder público. Asimismo, el análisis realizado asume el esfuerzo de compatibilizar el desarrollo jurisprudencial con el desarrollo legislativo, desde un punto de vista complementario; en dicho intento se evidencian diversos tópicos que fundamentan el contenido del derecho al agua potable, los cuales a su vez proporcionan relevantes factores o parámetros de interpretación para todo el ordenamiento jurídico relativo a recursos hídricos y saneamiento. Finalmente, luego de una revisión teórica o abstracta sobre contenidos jurídicos; este trabajo no deja de lado la necesidad de reseñar cuáles son las implicancias y/o efectividad del reconocimiento del derecho al agua potable, en función a los principales problemas que se presentan a nivel país, relacionados a la satisfacción de las necesidades básicas de la población respecto a los servicios de saneamiento.

Introducción	1
Capítulo 1: Consideraciones generales sobre el reconocimiento de los derechos constitucionales y fundamentales en el ordenamiento jurídico nacional	3
1.1 Derechos constitucionales, fundamentales y humanos: Conceptos básicos	3
1.2 El mecanismo de Numerus Apertus en la Constitución Política del Perú	6
1.3 La Ley de Reforma Constitucional para consagrar derechos constitucionales	9
Capítulo 2: El proceso de reconocimiento del derecho al agua potable, como derecho innominado, por parte del Tribunal Constitucional	11
2.1 El contexto contemporáneo del activismo judicial	11
2.2 Evolución y elementos del contenido del derecho al agua potable desarrollado por el Tribunal Constitucional	13
2.3 Implicancias del reconocimiento del derecho al agua potable realizado por el Tribunal Constitucional	18
Capítulo 3: El proceso de reconocimiento del derecho al agua potable, como derecho enumerado, por parte del Congreso de la República.	20
3.1 Iniciativas legislativas para el reconocimiento del derecho al agua potable	20
3.2 El contenido del derecho al agua potable reconocido en la Constitución Política	24
3.3 Implicancias del derecho al agua potable reconocido en la Constitución Política	26
Capítulo 4: La eficacia del derecho al agua potable en el Perú y los mecanismos que requiere implementar el Estado para garantizarlo	27
4.1 Estándares internacionales de protección del derecho al agua potable	27
4.2 La tutela del derecho al agua potable en el Derecho Comparado	29
4.3 La eficacia del derecho al agua potable en el Perú	30
4.4 La brecha de los servicios de (agua potable y) saneamiento, en un contexto global y de pandemia	31
4.5 La Agenda pendiente para la tutela efectiva del derecho al agua potable (y saneamiento) a través del cierre de brechas	33
Conclusiones	35
Recomendaciones	36
Bibliografía	37

Introducción

El presente trabajo es el producto de una investigación realizada durante el Programa de Segunda Especialidad en Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales de la Pontificia Universidad Católica del Perú, cuya motivación inicial resulta del particular interés en abordar el tema relacionado al agua como componente ambiental; no obstante, con el paso de las semanas, dicho interés se enfocó en analizar la importancia del recurso hídrico para la satisfacción de las necesidades básicas humanas más cotidianas o “usos poblacionales”, según la denominación establecida por la normatividad especial.

Asimismo, si bien los aspectos centrales del derecho al agua potable están directamente vinculados con el Derecho Ambiental, por su contenido jurídico y los elementos que lo conforman, asumimos que tales aspectos no pueden ser ajenos a las instituciones jurídico constitucionales sobre las cuales se ha desarrollado, de modo evolutivo, su reconocimiento y consagración dentro del Estado Constitucional. En ese sentido, el presente trabajo comparte - dentro de sus fuentes bibliográficas- textos especializados en Derecho Ambiental junto a trabajos elaborados por expertos constitucionalistas nacionales y extranjeros.

En el primer capítulo, se desarrollan las consideraciones generales para comprender el ordenamiento constitucional peruano, a través del cual se da cuenta de los mecanismos previstos en la Constitución Política para el reconocimiento constitucional de los derechos: “Numerus Apertus” y “Ley de Reforma Constitucional”, dentro de nuestro contexto nacional, el mismo que cuenta con una tradición constitucional particular y que ha recibido influencias por parte de diversas corrientes que conforman el constitucionalismo contemporáneo. Con dicho propósito, es sumamente relevante plantear algunas definiciones, vale decir, “poco claras” en muchos textos, cuando se aluden indistintamente a los derechos constitucionales, los derechos fundamentales y los derechos humanos.

En el segundo capítulo, abordaremos la evolución jurisprudencial del derecho al agua potable desde el año 2007, a través de la cual el Tribunal Constitucional le otorgó el respectivo reconocimiento de rango constitucional, asignándole un contenido jurídico y los elementos básicos que conforman la efectiva satisfacción de este derecho, en términos de acceso, calidad

y suficiencia. Asimismo, es importante referir que dicho capítulo no se agota en analizar el primer precedente constitucional sino abarca toda la línea jurisprudencial que ha ido desarrollando el supremo intérprete de la Constitución por más de diez años. A partir de ello, se extraen otros aspectos relevantes con relación al contenido constitucionalmente protegido en el derecho al agua potable, bajo el paradigma del activismo judicial.

En el tercer capítulo, analizaremos el proceso de positivización del cual ha sido materia el derecho (de acceso) al agua potable, si bien en el año 2017 se incorpora al texto constitucional, previamente a dicho reconocimiento existieron una serie de iniciativas legislativas, cuyas propuestas fueron debatidas en su oportunidad; en tal sentido, repasaremos la información obrante en los cuadernos de debates del Congreso de la República. En este análisis, al igual que en el capítulo anterior, revisaremos el contenido jurídico y los presupuestos básicos que deben tenerse en cuenta para la plena satisfacción de este derecho; del mismo modo, podremos concluir en cuáles son las implicancias jurídicas del reconocimiento constitucional del derecho al agua potable y en cuánto ello contribuye a su protección.

En el cuarto capítulo, desarrollaremos cuál es la eficacia del derecho al agua potable en el Perú, a partir de la evolución en su reconocimiento constitucional y los mecanismos que requiere implementar el Estado para garantizarlo. En tal sentido, brindaremos los marcos universal y regional que establecen los estándares internacionales para su debida protección. Desde el punto de vista del Derecho Comparado, revisaremos cuáles han sido las experiencias en otros países de la región. Luego de ello, ingresaremos a proponer algunas ideas en torno a la naturaleza jurídica del derecho al agua potable, analizando las principales dificultades para su exigibilidad y estudiando tanto el alcance como la concreción de la política pública, en torno a las brechas nacionales existentes en el sector saneamiento.

Finalmente, en función a las principales consideraciones expuestas en el presente trabajo, recogemos las conclusiones fundamentales por cada uno de los capítulos que abarca esta investigación y, con el ánimo de aportar algunos aspectos que pueden ser tomados en cuenta por los operadores jurídicos, formularemos algunas sugerencias que consideramos relevantes

compartir no solo para el quehacer académico, sino también porque pueden ser útiles, desde el enfoque de la gestión pública y la administración de justicia.

Capítulo 1: Consideraciones generales sobre el reconocimiento de los derechos constitucionales y fundamentales en el ordenamiento jurídico nacional

Para abordar con la claridad que ameritan todos los tópicos que conforman el presente trabajo, resulta necesario que en este primer capítulo desarrollemos las principales consideraciones que se deben atender respecto al ordenamiento constitucional peruano, lo cual nos permite explicar y detallar los mecanismos por los cuales se ha reconocido al derecho al agua potable, tanto por la vía jurisprudencial como por la fórmula legislativa. Cabe señalar, que esta investigación constituye un documento de contenido ambiental; no obstante, nuestra aproximación debe darse necesariamente desde las instituciones previstas por el ordenamiento constitucional. De esta manera, a continuación, detallaremos algunas breves, pero necesarias precisiones conceptuales.

1.1 Derechos constitucionales, fundamentales y humanos: Conceptos básicos

La doctrina constitucional peruana está dividida respecto a la utilidad de establecer una distinción entre estas tres categorías. De un lado, los profesores Castillo Córdova y García Toma consideran que las expresiones derechos constitucionales, derechos fundamentales y derechos humanos, contenidas en nuestra Carta Magna hacen referencia a una misma realidad y que su distinción es jurídicamente irrelevante. Por otro lado, Eguiguren Praeli, Bernal Ballesteros y Rubio Correa sostienen que tal distinción no reviste mayor relevancia debido a que la propia Constitución no la ha previsto; sin embargo, reconocen que existen algunas diferencias desde el plano dogmático y que, incluso, tal distinción resulta importante desde el Derecho Comparado, dado las diferencias previstas en los ordenamientos extranjeros (Sosa Sacio:2014). Al respecto, en la práctica jurídica nacional suele equiparse a los derechos constitucionales, derechos fundamentales y derechos humanos, debido a que la Constitución Política recoge estas tres categorías de derechos sin establecer diferencias expresas en cuanto a jerarquía, valoración y/o mecanismos efectivos de protección. No obstante, a pesar de no hacerlo explícitamente, el siguiente examen de distinción no pierde su valor, pues “no contradice que nuestra Carta asigne

una igual jerarquía normativa y mecanismos de protección a los derechos humanos, fundamentales y constitucionales: lo que hace es reconocer las diferentes naturalezas y roles de cada tipo de derecho” (Sosa Sacio:2014).

Por ejemplo, en nuestra Constitución, los derechos humanos concurren siempre como mandatos de optimización (artículos 14, 44, 56.1 y IV DFT); se prescribe que los tratados internacionales (también en materia de derechos humanos) conforman el Derecho interno (artículo 55); además, se establece que los derechos constitucionales se interpretan de conformidad con los tratados internacionales en materia de derechos humanos (IV DFT). De otro lado, se consagra que es deber primordial del Estado garantizar la plena vigencia de los derechos humanos (artículo 44); asimismo, que todos los derechos reconocidos por la Constitución merecen igual protección a través de los procesos de tutela de derechos (artículo 200); y, que la cláusula de derechos implícitos extiende el carácter iusfundamental incluso a derechos no establecidos de modo expreso en el articulado de la Constitución (artículo 3).

Los derechos fundamentales son derechos subjetivos reconocidos con el máximo rango en cada ordenamiento jurídico nacional, pues no cabe duda del contenido sustantivo con el que cuentan, en comparación con el resto de derechos constitucionales. A pesar que no pocos académicos aseguran la inexistencia de diferencias entre derechos fundamentales y derechos constitucionales, insistiremos examinando la cláusula del Numerus Apertus (Derechos Constitucionales) recogido en el artículo 3 de la Constitución Política¹, en el cual no se excluye a los demás derechos que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, (...); por tanto, no todos los derechos consagrados en la Carta Magna gozan de un valor fundamental (derechos fundamentales), o con una carga sustantiva enraizada en la dignidad humana.

¹ Constitución Política del Perú

Artículo 3.- Derechos Constitucionales. Numerus Apertus

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.

Con ello, desde un sentido dogmático, que luego retomaremos, queda claro que la distinción principal entre derechos constitucionales y derechos fundamentales consiste en una relación de género a especie, respectivamente. Entonces, son “derechos constitucionales” aquellos que están formalmente reconocidos por la Constitución, prescindiendo de su valor material y siendo considerados una categoría de orden normativo que, sin duda, alude a un derecho que ostenta la máxima jerarquía normativa en sentido formal. Tenemos algunos ejemplos en la Carta Magna sobre los derechos constitucionales que no se fundan en la dignidad humana (no fundamentales) como es el caso de las prerrogativas funcionales de juicio político y antejuicio de las altas autoridades estatales (artículos 99 y 100), la inamovilidad del cargo de juez (artículo 146 inciso 2), o el ascenso en la carrera militar y policial (artículo 172).

Desde un enfoque comparado, en algunos ordenamientos nacionales como el alemán, español y colombiano, la Constitución Política señala de modo explícito cuáles son los derechos fundamentales dentro de todo el conjunto de derechos constitucionales, reservando mecanismos especiales de protección o tutela para los primeros. Por su parte, desde el Derecho Internacional, se asoma una tercera categoría vinculada a los derechos humanos, los cuales acarrear deberes supraconstitucionales para el Estado, pues constituyen obligaciones jurídicas internacionales que nacen desde las exigencias morales y prejurídicas universales; tales derechos y su sistema de cumplimiento es ejercido y exigido desde el ámbito internacional e, incluso, al ser reconocidos en tratados gozan de preeminencia sobre el Derecho interno (Sosa Sacio:2014).

En este orden de ideas, también existe una relación estrecha entre los derechos humanos y los derechos fundamentales pues, si bien ambos aluden de modo similar a un mayor contenido sustantivo (a diferencia de los derechos constitucionales no fundamentales), los primeros parten de un contenido moral que se funda en la dignidad humana pero que se traducen mediante un reconocimiento normativo internacional (universal o regional), mientras que los derechos fundamentales tienen un reconocimiento expreso en las normas constitucionales, es decir, el ámbito de su protección respecto a un orden estrictamente nacional. En suma, reproducimos la

apreciación brindada por el jurista Robert Alexy al respecto: “los derechos fundamentales son derechos humanos constitucionalizados².”

En este punto detenemos el análisis dogmático, en abstracto, para comenzar a someter al derecho al agua potable al examen de categorías antes presentadas. Si bien en el cuarto capítulo exploraremos a fondo la naturaleza jurídica de este derecho, la evolución que ha tenido la protección jurídica del derecho al agua potable nos permite conocer sus diferentes facetas, a lo largo de su proceso de reconocimiento, el cual parte desde los estándares internacionales (como derecho humano), transita hacia su reconocimiento jurisprudencial (como derecho fundamental); y, finalmente, logra su incorporación expresa en la Constitución Política (como derecho constitucional). Asimismo, para ir cerrando este tópico inicial, habría que especificar además algunas implicancias prácticas de sostener la distinción de categorías que hasta aquí hemos desarrollado brevemente.

Un aspecto relevante a tratar es, por ejemplo, la incorporación de los derechos humanos al ordenamiento jurídico nacional, por parte del Estado, mediante el reconocimiento legislativo o jurisprudencial bajo la condición de derechos fundamentales. De otro lado, esta distinción permite diferenciar a los derechos fundamentales de aquellos derechos constitucionales que no se fundan en la dignidad humana, cuya pauta debe ser seguida por el Tribunal Constitucional. Asimismo, cuando eventualmente los derechos puedan entrar en conflicto, se deberán preferir aquellos vinculados con las necesidades básicas y los derechos fundamentales (Sosa Sacio:2014). Finalmente, esta distinción también incide en la implementación de las políticas públicas, pues cuando éstas se relacionen con derechos fundamentales deberán ser priorizadas, desde el punto de vista político, social, presupuestario y administrativo.

1.2 El mecanismo de Numerus Apertus en la Constitución Política del Perú

En el sistema constitucional peruano, el Poder Constituyente de 1993 optó por consagrar de manera expresa un listado extenso de derechos constitucionales (fundamentales y no

² Alexy, R. (1998). Teoría del discurso y derechos humanos (p. 63). Bogotá: Universidad Externado de Colombia. En dicho texto explica la relación entre los derechos humanos (como derechos morales) y los derechos fundamentales (como derechos positivizados).

fundamentales, como hemos visto en la sección anterior), a lo largo de toda la Carta Magna; no obstante, es importante resaltar que dicho listado tiene una característica no limitativa, pues en la redacción de su artículo tercero, se ha empleado la cláusula de los derechos no enumerados (o “*numerus apertus*”³), lo cual para un sector de la doctrina constitucional nacional significa “un precepto a partir del cual es posible abrir y oxigenar el catálogo constitucionalizado de los derechos esenciales de la persona”⁴.

Al respecto, los derechos innominados son aquellos derechos que no se encuentran recogidos de manera expresa en la Constitución, pero dado a su especial condición gozan del mismo valor que los derechos explícitos, siempre que se funden en la dignidad humana. En tal sentido, es claro que la diferencia entre los derechos innominados y explícitos no pasa por un examen de valor, sino de oportunidad y/o temporalidad en su reconocimiento; pues los derechos innominados deben ser entendidos como aquellos que el Poder Constituyente no incorporó al momento de la redacción constitucional, pero debido a la evolución política y jurídica de la sociedad peruana, su protección ha tomado una especial relevancia y actualidad, puesto que ellos se desprenden de la dignidad humana, bajo la premisa que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”, en virtud del artículo 1° de la Constitución Política.

En este orden de ideas, estos derechos no contemplados expresamente en la Constitución Política son estudiados también por la academia constitucional nacional como derechos implícitos⁵; asimismo, se ha verificado que en el sistema constitucional peruano su

³ Constitución Política del Perú.

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.

⁴ Carpio Marcos, E. (2013). Los derechos no enumerados. En *La Constitución Comentada* – Tomo I (p. 495). Lima: Gaceta Jurídica.

⁵ Castillo Córdova, L (2008). *Justificación y significación de los derechos constitucionales implícitos* (p. 6). Piura: Repositorio Institucional de la Universidad de Piura. Al respecto, el profesor Luis Castillo señala: “Es así que el derecho constitucional implícito puede ser definido de la siguiente manera: el conjunto de bienes humanos reconocidos y garantizados por la norma constitucional a fin de permitir a la persona alcanzar cuotas de perfección humana en la medida que logra satisfacer necesidades o exigencias propia y efectivamente humanas, que no están recogidos en el texto de la Constitución, sino que se concluyen de ella luego de una argumentación justificativa suficiente”.

reconocimiento viene siendo realizado directamente a través de la judicatura constitucional, bajo algunos paradigmas que estudiaremos a detalle en el segundo capítulo. Este aspecto llama nuestra atención debido a que, desde el punto de vista teórico y dentro de un modelo de Estado Constitucional, la labor de identificación y reconocimiento de los derechos constitucionales es una función naturalmente asignada al Constituyente o, en todo caso, al legislador; sin embargo, es innegable la relevancia del papel asumido por el Tribunal Constitucional ante algunos casos en los cuales el Poder Legislativo no activó dicho rol de manera oportuna.

A pocas décadas de haberse instaurado el Tribunal Constitucional en el Perú, en su línea jurisprudencial podemos encontrar una serie de derechos innominados o implícitos que han merecido un reconocimiento constitucional bajo este mecanismo, como es el caso del **derecho a los procesos constitucionales de la libertad** (Caso Tineo Cabrera: Exp. N°1230-2002-HC/TC), el **derecho de los consumidores y usuarios** (Caso Nesta Brero: Exp. N°0008-2003-AI/TC), el **derecho a la verdad** (Caso Villegas Namuche: Exp. N°2488-2002-HC/TC), el **derecho al ascenso de la Carrera Diplomática** (Caso Calderón Urtecho: Exp. N°2254-2003-AA/TC), el **derecho a la protesta** (Caso Colegio de Abogados de Puno: Exp. N°0009-2018-AI/TC), entre otros, sin dejar de mencionar, por supuesto, el caso del **derecho al agua potable** (Caso Zúñiga López: Exp. N° 6546-2006-PA/TC) el cual constituye el eje central que analizaremos a profundidad a lo largo de este trabajo. No obstante, una cuestión particular que debe tomarse en cuenta es que el supremo intérprete de la Constitución ha señalado que la determinación de los derechos fundamentales y de su contenido esencial no puede efectuarse al margen de los principios, los valores y los demás derechos fundamentales que la Constitución reconoce (Caso Manuel Anicama: Exp. N°1417-2005-PA/TC).

Finalmente, el efecto del reconocimiento constitucional por parte del Tribunal Constitucional los convierte en derechos de la misma categoría y exigibilidad que los derechos fundamentales constitucionales, lo cual no se hace vinculante solo para el caso judicializado, sino que adopta una eficacia general frente a otras casuísticas, sirviendo como parámetro constitucional para el análisis de los casos en otras judicaturas, así como en la aprobación de los actos ejecutivos (incluye, decisiones de gobierno, políticas públicas, etcétera) que se encuentren relacionados

con dicho derecho. Asimismo, permite que el colegiado desarrolle los alcances, los límites y el contenido constitucional del derecho en cuestión.

1.3 La Ley de Reforma Constitucional para consagrar derechos constitucionales

Otro mecanismo importante que se debe abordar para entender, en mayor medida, el proceso de reconocimiento constitucional del derecho al agua potable es la Reforma Constitucional, recogido en el artículo 206° de la Constitución Política⁶. Al respecto, la doctrina más representativa⁷, así como la jurisprudencia constitucional han tomado una clara posición respecto al Poder Constituyente, entendiéndola como *la facultad por la cual el pueblo, en cuanto titular de la soberanía, decide instituir un orden constitucional* (STC Exp. N°014-2002-AI/TC); quedando claro que dicha característica originaria es fundamental, pues éste no puede ser comprendido como una potestad, competencia, función o prerrogativa jurídica similar, sino más bien solo puede ser concebido como un Poder.

En ese sentido, el Poder Constituyente genera una serie de Poderes Constituidos, a través de la Constitución Política que instituye. Uno de estos últimos es el órgano legislativo, cuya facultad principal es la producción de normas jurídicas con rango de ley, las cuales deben ser formuladas de conformidad a las disposiciones constitucionales, es decir, sin contravenirlas; sin embargo, adicionalmente, el órgano legislativo ha recibido facultades extraordinarias o constituyentes, las cuales les permiten modificar las propias disposiciones constitucionales; por tanto, cuando

⁶ Constitución Política del Perú.

Reforma Constitucional

Artículo 206°.- Toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y ratificada mediante referéndum. Puede omitirse el referéndum cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas.

La ley de reforma constitucional no puede ser observada por el Presidente de la República. La iniciativa de reforma constitucional corresponde al Presidente de la República, con aprobación del Consejo de Ministros; a los congresistas; y a un número de ciudadanos equivalente al cero punto tres por ciento (0.3%) de la población electoral, con firmas comprobadas por la autoridad electoral.

⁷ Por ejemplo, el profesor **Néstor Pedro Sagués** señala que “el establecimiento de una constitución formal es un acto jurídico – político complejo (...). El establecimiento de la constitución formal es realizado por quien ejerce el poder constituyente”. Sagués, N. (2004). *Teoría de la Constitución* (pp. 273 y 274). Buenos Aires: Astrea.

De otro lado, **Javier Pérez Royo** defiende que “el poder constituyente está indisolublemente unido a una determinada concepción de la soberanía, sin la cual no puede existir”. Pérez Royo, J. (2012). *Curso de Derecho Constitucional* (p. 87). Madrid: Marcial Pons.

el Congreso de la República desarrolla una Reforma Constitucional, está ejerciendo un Poder Constituyente derivado (no originario), por lo cual debe ejercerlo de modo limitado.

En suma, las facultades constituyentes del órgano legislativo no pueden modificar la Constitución Política, de tal modo que ésta sea desnaturalizada; por el contrario, toda Reforma Constitucional debe propender a mantener en vigor el fundamento de la Constitución, mediante leyes de rango constitucional que la mejoran, con o sin la participación directa del pueblo. Cabe indicar que el citado artículo 206° de la Constitución Política ha establecido que la iniciativa de Reforma Constitucional corresponde, indistintamente, al Presidente de la República, al Congreso de la República o a la ciudadanía (0.3% de la población electoral); sin embargo, la aprobación es una facultad constituyente derivada y exclusiva del órgano legislativo.

En ese orden de ideas, no existe la posibilidad que el Presidente de la República observe una Ley de Reforma Constitucional; sin embargo, siendo que su aprobación concluye en su promulgación, en todo lo demás resulta aplicable el procedimiento establecido en el artículo 108° de la Carta Magna⁸ para la promulgación de las leyes generales; debido a que estamos frente a un acto constituyente y no a un acto legislativo. Del mismo modo, podríamos señalar que el Tribunal Constitucional, como poder constituido, tampoco podría ejercer un control de constitucionalidad sobre el contenido de una Ley de Reforma Constitucional, a lo mucho podrá pronunciarse sobre el parámetro adjetivo o procedimiento de su aprobación.

En buena cuenta, existen muchos tópicos interesantes respecto a este mecanismo, más si se toma en cuenta el escenario político que atraviesa el país en los últimos años y que ha puesto al “cambio de constitución” y a la “reforma constitucional” como objetos de debate cotidiano. Sin embargo, desde nuestro objetivo de abordar el proceso de reconocimiento constitucional del derecho de acceso al agua potable, conviene señalar la particularidad del caso debido a que, si

⁸ Constitución Política el Perú

Artículo 108. La ley aprobada según lo previsto por la Constitución, se envía al Presidente de la República para su promulgación dentro de un plazo de quince días. En caso de no promulgación por el Presidente de la República, la promulga el Presidente del Congreso, o el de la Comisión Permanente, según corresponda. Si el Presidente de la República tiene observaciones que hacer sobre el todo o una parte de la ley aprobada en el Congreso, las presenta a éste en el mencionado término de quince días. Reconsiderada la ley por el Congreso, su Presidente la promulga, con el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso.

bien se han realizado múltiples enmiendas a la Constitución Política de 1993, recién en el año 2017 se encuentra este único suceso en que se incluye un derecho constitucional al catálogo de derechos explícitos, el cual no habría encontrado mayores objeciones para su promulgación. No obstante, sí consideramos que los eventuales problemas jurídicos que pueden suscitarse se encuentran en función al contenido de dicho derecho (según se establece en la Carta Magna), frente al alcance que –por ejemplo- el Tribunal Constitucional ha venido desarrollando al respecto desde el año 2007, sobre lo cual abundaremos en el siguiente capítulo.

Capítulo 2: El proceso de reconocimiento del derecho al agua potable, como derecho innominado, por parte del Tribunal Constitucional.

2.1 El contexto contemporáneo del activismo judicial⁹

En la teoría constitucional contemporánea, se suele asignar la etiqueta de “activista” a aquellos tribunales que no se restringen a ser conservadores durante el proceso de interpretación; por un lado, los representantes del constitucionalismo principialista, señalan que el juez activista no considera los límites del derecho positivo o componentes autoritativos, sino que decide sobre lo que él considera justo e injusto (Atienza:2013); además, desde otra corriente, se juzga la insuficiente legitimidad democrática que tienen las cortes constitucionales “activistas”, las cuales constituyen una expresión de “elitismo judicial” (Waldron:2005).

⁹ Expresión acuñada en los Estados Unidos de América (judicial activism) para referirse a la disposición de jueces y tribunales a hacer uso de una interpretación expansiva, encaminada ya sea a ampliar el ejercicio de los derechos constitucionales de los ciudadanos o a lograr determinados cambios y resultados de política pública. Jurídicamente, el activismo judicial se traduce con frecuencia en la declaración de inconstitucionalidad de leyes y actos de autoridad, o en la interrupción o modificación de criterios de interpretación establecidos y confirmados. Dado que el activismo judicial implica, necesariamente, una dimensión política en la interpretación judicial, el uso de la expresión tiene connotaciones polémicas. Para los críticos de esta dimensión de la función judicial —generalmente grupos “conservadores” o de “derecha”— el activismo judicial es ilegítimo, porque los jueces y tribunales no se circunscriben a la interpretación limitada y razonable de ley o la Constitución, sino que pretenden “crear derecho nuevo”. Igualmente, consideran que el activismo judicial se manifiesta en que los jueces y tribunales no se limitan a resolver las cuestiones que se les ha planteado en un asunto concreto, sino que las exceden por razones de interés personal o ideología política. En ambos casos, se extralimitan en el ejercicio de sus facultades, e invaden el ámbito de poder legítimo de los legisladores y otros órganos del Estado. Sin embargo, puede haber también un activismo judicial de signo “conservador”, dirigido a suprimir o modificar las “conquistas” de la “izquierda”, así como a restablecer situaciones jurídicas del pasado. Desde esta perspectiva, se ha llegado a decir que “activismo judicial” es sencillamente el calificativo que las personas dan a las resoluciones judiciales que no son de su agrado.

Fix-Fierro, H. (2014). *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional Tomo I* (pp. 43 y 44). México: UNAM - IIJ.

En buena cuenta, no es nuestra intención abordar aquí un análisis dogmático sobre el activismo judicial, sino solo hacer referencia a él como un fenómeno contemporáneo que se ha manifestado a través de diferentes pronunciamientos, en múltiples instancias y varias latitudes, como es el caso de las supremas cortes de Canadá, India, Israel y muchas más; en las cuales el activismo ha propendido a expandir los derechos en sus ordenamientos constitucionales; también es el caso de las cortes supranacionales, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyas decisiones no siempre han sido fácilmente aceptadas en su ámbito regional (Fix-Fierro:2014).

La experiencia colombiana es un referente que debemos revisar necesariamente, pues en su línea jurisprudencial, la Corte Constitucional se ha centrado últimamente en la interpretación de los derechos fundamentales de grupos minoritarios o tradicionalmente discriminados¹⁰, como las mujeres, los indígenas y las personas de escasos recursos económicos; por el contrario, sus tradicionales pronunciamientos sobre el contenido general de los derechos fundamentales, que fueron tan importantes en los primeros años de existencia de dicho tribunal, han ido perdiendo protagonismo (Sierra Porto:2012). No deja de llamar la atención, por ejemplo, aquella sentencia del 2016, mediante la cual resuelve una acción de tutela (proceso de amparo) y se reconoce al Río Atrato (su cuenca y afluentes) como sujeto de derechos¹¹. También es importante mencionar el reconocimiento constitucional que le brinda la Corte Constitucional al derecho al agua en el año 2011, a pesar que en el texto constitucional colombiano, éste no se consagra -de manera inequívoca- como un derecho individual (Sutorius y Rodríguez:2015)¹².

¹⁰ En esta evolución de la Corte Constitucional Colombiana, el derecho internacional de los derechos humanos ha resultado un insumo de indudable importancia. Todas las sentencias reseñadas tienen alguna referencia a los tratados internacionales sobre derechos humanos del sistema universal de Naciones Unidas y del sistema regional de la Organización de Estados Americanos, así como a las interpretaciones que de ellos han hecho los respectivos organismos competentes, tales como el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sierra Porto, H. (2012). *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales* (pp. 141 y 142). Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung.

¹¹ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-622, del 10 de noviembre del 2016.

¹² En la Constitución Política colombiana existen cuatro disposiciones de las cuales se desprende que el derecho al agua tiene rango constitucional, pero no hay un precepto específico destinado a consagrar en forma inequívoca el derecho al agua como un derecho individual, contrario a lo que sucede con otros derechos como "el derecho a la vida" o "el derecho al trabajo". Ciertamente, el artículo 49 consagra la garantía del saneamiento. A su vez, el artículo 79 determina el derecho a gozar de un medio ambiente sano y el artículo 366 consagra el mejoramiento de las condiciones de vida de la población mediante la solución de las necesidades insatisfechas en materia de saneamiento ambiental y agua potable. Tales normas no pueden desarrollarse y materializarse sin la presencia del

En el caso peruano, también encontramos en varias causas un desempeño activista del Tribunal Constitucional, lo cual ha generado cierto rechazo por parte de la academia constitucional conservadora¹³, al señalarse que éste no puede mantener una tendencia a invadir espacios vedados para su función (Grández Castro:2010). Lo cierto es que, en nuestro país, podemos hablar de un Tribunal activista porque toma como bandera la constitucionalización de todo el Derecho (es decir, no hay zonas exentas de control constitucional), porque desarrolla aspectos sustantivos en sus pronunciamientos creando Derecho (por ejemplo, al consagrar nuevos derechos fundamentales); y porque sus pronunciamientos involucran la judicialización de la política. Como veremos a continuación, esta característica del supremo intérprete de la Constitución ha permitido, mediante su jurisprudencia, brindar un estatus constitucional a diversos derechos fundamentales en el Perú, entre ellos, el derecho al agua potable.

2.2 Evolución y elementos del contenido del derecho al agua potable desarrollado por el Tribunal Constitucional

Como ya hemos ido anunciando en las páginas anteriores, a través de una sentencia histórica emitida el año 2007, el Tribunal Constitucional peruano consagró el derecho al agua potable como un derecho constitucional no enumerado de naturaleza positiva o prestacional, delimitando los supuestos mínimos que debe cumplir el Estado para su efectivo cumplimiento; por ejemplo: *el acceso*, supone que desde el Estado deben crearse, directa o indirectamente (vía concesionario), condiciones de acercamiento del recurso hídrico a favor del destinatario¹⁴; *la calidad*, significa la obligación de garantizar condiciones plenas de salubridad, así como la necesidad de mantener en óptimos niveles los servicios e instalaciones con las que el mismo ha de ser suministrado¹⁵; y, *la suficiencia*, el recurso natural debe ser dispensado en condiciones

recurso hídrico, pero tampoco definen ni establecen en qué consiste el núcleo duro del derecho al agua y cuáles son los bienes jurídicamente protegidos con este derecho.

M. Sutorius y S. Rodríguez, La fundamentalidad del derecho al agua en Colombia, *Derecho del Estado* n.º 35, Universidad Externado de Colombia (2015), pp. 243-265.

Recuperado en: <http://dx.doi.org/10.18601/01229893.n35.09>.

¹³ Castillo Córdova, L. (2007). ¿Activismo extralimitado del Tribunal Constitucional?: A propósito de un caso de vinculación de los jueces a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Revista Jurídica del Perú*, (77), 19-45.

¹⁴ Cfr. Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia de 7 de noviembre de 2007. EXP. N° 6546-2006-PA/TC, fundamento jurídico 10.

¹⁵ Ídem, fundamento jurídico 11.

cuantitativas adecuadas que permitan cuando menos satisfacer las necesidades elementales o primarias de la persona, como las vinculadas a los usos personales y domésticos o incluso aquellas referidas a la salud, pues de éstas depende la existencia de cada individuo¹⁶.

Sobre este último aspecto, relativo a la *suficiencia*, resulta de gran relevancia advertir cómo el Tribunal Constitucional amplía el alcance de lo que hasta ese momento había contemplado, de modo restringido, la regulación legal de los recursos hídricos; en la medida que el artículo 39° de la Ley de Recursos Hídricos¹⁷ dispone que el uso poblacional del agua tiene por finalidad la satisfacción de las necesidades básicas humanas: alimentación e higiene personal; no obstante, el alcance desarrollado en la jurisprudencia constitucional no se agota en ambos fines domésticos, sino incluye otras finalidades que tengan una relevancia sanitaria, en las que podemos incluir, por ejemplo, el riego para el mantenimiento de las áreas verdes¹⁸, las actividades de desinfección y limpieza pública, entre otros.

Esto último no pasa desapercibido, debido a que tiene una implicancia directa en la gestión y obtención de los derechos de uso de agua e, incluso, en la exención de la autorización de reúso¹⁹

¹⁶ Ídem, fundamento jurídico 12.

¹⁷ Ley N°29338, Ley de Recursos Hídricos

Artículo 39.- Uso poblacional del agua: El uso poblacional consiste en la captación del agua de una fuente o red pública, debidamente tratada, con el fin de satisfacer las necesidades humanas básicas: preparación de alimentos y hábitos de aseo personal. Se ejerce mediante derechos de uso de agua otorgados por la Autoridad Nacional.

Decreto Supremo N°001-2010-AG, Reglamento de la Ley de Recursos Hídricos

Artículo 58.- Uso poblacional del agua. 58.1 El uso poblacional consiste en la extracción del agua de una fuente a través de un sistema de captación, tratamiento y distribución, con el fin de satisfacer las necesidades humanas básicas: preparación de alimentos y hábitos de aseo personal.

¹⁸ Las áreas verdes desempeñan un conjunto de funciones esenciales en el bienestar y en la calidad de vida de los centros urbanos. Estos lugares se pueden concebir, desde un punto de vista ambiental, como elementos que influyen directamente sobre el medio ambiente urbano y, desde un punto de vista social, como generadores de impactos y beneficios directos en la comunidad. De acuerdo con *Spathelf y Nutto* (2004), la Organización Mundial de la Salud de las Naciones Unidas recomienda un mínimo de 12 m² de áreas verdes por habitante en áreas urbanas y una ciudad, en el ideal, debe de contar con una cobertura del 20% de árboles dentro de su territorio. La situación de las áreas verdes urbanas a nivel mundial es muy contrastante tanto en países desarrollados como en vías de desarrollo. Recuperado en <https://www.redalyc.org/pdf/284/28447010004.pdf>

¹⁹ Ley N°29338, Ley de Recursos Hídricos

Artículo 82.- Reutilización de agua residual: (...) El titular de una licencia de uso de agua está facultado para reutilizar el agua residual que genere siempre que se trate de los mismos fines para los cuales fue otorgada la licencia. Para actividades distintas, se requiere autorización (...).

para los titulares de derechos de uso de agua poblacional (básicamente, prestadores de servicios de saneamiento²⁰). A partir de este ejemplo, sostenemos que el desarrollo jurisprudencial de los alcances desarrollados por el Tribunal Constitucional, respecto al derecho al agua potable, incide de modo directo no solo en la garantía y protección del derecho fundamental, sino además en el modo de aplicación e interpretación de la normatividad ambiental (en sentido general) y de la normatividad sobre recursos hídricos y saneamiento (en sentido particular).

En ese orden de ideas, será muy útil presentar en la siguiente matriz, de modo resumido y sistematizado, cuál ha sido el desarrollo del derecho fundamental al agua potable, en cada uno de los pronunciamientos que ha merecido por parte del Tribunal Constitucional, a través de la evaluación de su línea jurisprudencial desde el año 2007, en adelante; considerando algunas importante variables y características como es el caso de: i) las partes que iniciaron la causa judicial (demandante y demandada), cuyo recurso de agravio constitucional pone fin al litigio, ii) los magistrados que conformaron cada colegiado, iii) las ideas fuerza o palabras clave a la que se hace referencia en la motivación de la sentencia; y, principalmente, iv) el contenido, los alcances y los supuestos mínimos que configuran el derecho al agua potable, desarrollado en cada caso.

²⁰ Conforme al Decreto Legislativo N°1280, Ley de Gestión y Prestación de Servicios de Saneamiento: En el ámbito urbano, la prestación de estos servicios se realiza a través de las Empresas Prestadoras de Saneamiento (EPS), en virtud de un contrato de explotación o concesión y, de manera excepcional, se encargará el Gobierno Local, a través de la Unidad de Gestión Municipal o de un Operador Especializado. En el ámbito rural, la municipalidad distrital es responsable de la prestación eficiente y sostenible de los servicios de saneamiento, siempre que no se encuentre dentro del ámbito de una empresa prestadora; cuando la municipalidad distrital no se encuentre en capacidad de asumirla, ésta recae en la municipalidad provincial. En todos estos casos, la prestación del servicio es ejercida directamente por la municipalidad competente, a través de la Unidad de Gestión Municipal, o indirectamente, a través de las Organizaciones Comunales, comúnmente conocidas como Juntas Administradora de Servicios de Saneamiento (JASS).

Expediente	Fecha	Magistrados	Palabras claves	Desarrollo del derecho al agua potable	Demandante	Demandado
N° 06546-2006-PA/TC	07.11.07	-Gonzáles Ojeda, -Mesía Ramírez, y -Vergara Gotelli	-Derecho constitucional no enumerado- -Derechos implícitos	<ul style="list-style-type: none"> Doble rol: para el individuo y la sociedad <p>Este derecho supone una condición elemental para la satisfacción de necesidades (rol personal), pero además incide en el desarrollo social y económico del país para diversos sectores (rol extrapersonal)</p> <ul style="list-style-type: none"> Supuestos mínimos concurrentes: 	Augusto Zúñiga López	EPSEL (PSS Lambayeque)
N° 06534-2006-PA/TC	15.11.07	-Mesía Ramírez, -Vergara Gotelli, y -Álvarez Miranda	-Libertad de contrato -Derecho a la salud (su conservación) -Derecho a la dignidad -Derecho al agua potable	<p><u>Acceso</u>: infraestructura, concesiones, cercanía, precio accesible, no discriminación e información.</p> <p><u>Calidad</u>: salubridad, nivel de servicio, prevención, renovación de instalaciones.</p> <p><u>Suficiencia</u>: asegurar cobertura de necesidades básicas (usos personales, domésticas o referidas a la salud)</p>	Santos Távara Ceferino	SEDAPAL (PSS Lima y Callao)
N° 03668-2009-PA/TC	08.09.10	-Calle Hayen, -Urviola Hani, y -Álvarez Miranda	-Respeto a la dignidad -Derecho a la acción -Justicia por mano propia -Desalojo	<ul style="list-style-type: none"> El proceso de amparo es la vía idónea para solicitar la tutela del derecho al agua potable, al ser un servicio indispensable para el desarrollo habitual de todo ciudadano, más aún cuando se plantea que el corte del servicio se habría producido por parte de un tercero, que se atribuye el derecho de propiedad del inmueble que habita la recurrente (en litigio), situación que el Tribunal considera como un acto que lesiona la dignidad del usuario del servicio, por encontrarse prohibida la justicia por propia mano. 	Hermelinda García Salgado	Blue Hill S.A.C.

N° 01985-2011-PA/TC	22.09.11	-Urviola Hani, -Eto Cruz, y -Vergara Gotelli	-Prestación irregular del servicio -Uso humano -Licencia de uso	<ul style="list-style-type: none"> • La prestación de los servicios de saneamiento debe realizarse de modo estricto, conforme a los títulos habilitantes correspondientes (licencias de usos, contratos de explotación). • Ratifica las condiciones mínimas del derecho fundamental: acceso, calidad y suficiencia 	Eduardo Malca Vásquez	JASS Santa Rosa de Lima - Mollepampa
N° 01573-2012-PA/TC	17.07.13	-Urviola Hani, -Eto Cruz, y -Vergara Gotelli	-Suministro de agua -Incertidumbre de la calidad	<ul style="list-style-type: none"> • El acceso al agua potable no se encuentra necesariamente supeditado a la acreditación del derecho de propiedad del lugar donde se solicita el servicio, sino vinculado a las necesidades de los ciudadanos, las cuales no implican que la empresa prestadora del servicio implemente un sistema permanente de distribución continua de agua, sino el establecimiento de medidas razonables que permitan cubrir la necesidad del servicio de acuerdo con estándares mínimos de distribución y calidad. 	Asociación Pro Vivienda Las Lomas	EMAPISCO (PSS Pisco)
N° 05856-2013-PA/TC	30.01.14	-Urviola Hani, -Eto Cruz, y -Álvarez Miranda	-SUNASS -Propiedad inmueble	<ul style="list-style-type: none"> • Es un derecho de naturaleza prestacional, cuya concretización corresponde ser efectuada por el Estado a través de empresas concesionarias, pues el disfrute de este recurso, a su vez, implica garantizar a los ciudadanos sus derechos fundamentales a la salud, a la dignidad, al trabajo y al medioambiente, entre otros derechos. • Ratifica las condiciones mínimas del derecho fundamental: acceso, calidad y suficiencia 	Teodomira Pizango García	SEDAPAL (PSS Lima y Callao)

2.3 Implicancias del reconocimiento del derecho al agua potable realizado por el Tribunal Constitucional

Si antes de las célebres sentencias del Tribunal Constitucional (expedidas el año 2007) existían dudas sobre el mecanismo procesal aplicable para la protección del derecho al agua potable; desde aquel hito, resulta inobjetable que el proceso de amparo sea por excelencia la vía más idónea para demandar la vulneración (o amenaza cierta e inminente) a este derecho, en concordancia con los artículos 1, 37 y 38 del Código Procesal Constitucional, recientemente derogado (Ley N°28237). En efecto, considerando aquél contexto del reconocimiento constitucional, quedó definido que el derecho al agua potable contiene un sustento constitucional directo, por lo cual sus aspectos constitucionalmente protegidos deben defenderse vía el proceso de amparo.

De otro lado, conforme a la jurisprudencia revisada, el Tribunal Constitucional parte de la premisa que *el derecho al agua potable supone primariamente un derecho de naturaleza positiva o prestacional, cuya concretización correspondería promover fundamentalmente al Estado*, pero además destaca su estrecha relación con otros derechos fundamentales, como el derecho a la vida, el derecho a la salud, el derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado, entre otros, lo cual ratifica su línea jurisprudencial cuando señala que *todos los derechos humanos constituyen un complejo integral único e indivisible, en el que los diferentes derechos se encuentran necesariamente interrelacionados y son interdependientes entre sí*²¹.

Asimismo, si bien el Tribunal Constitucional ha destacado la importancia del agua potable como condición para el desarrollo social y económico del país, la premisa por la que le atribuye un carácter prestacional -indefectiblemente- nos llama a preguntarnos si corresponde ubicar a este derecho dentro de los llamados derechos sociales. Al respecto, si bien desarrollaremos con mayor profundidad la naturaleza jurídica del derecho al agua potable en el cuarto capítulo de

²¹ STC 2945-2003-AA/TC, fundamento 11.

No se trata, sin embargo, de meras normas programáticas de eficacia mediata, como tradicionalmente se ha señalado para diferenciarlos de los derechos civiles y políticos de eficacia inmediata, pues justamente su mínima satisfacción representa una garantía indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos. De este modo, sin educación, salud y calidad de vida digna en general, mal podría hablarse de libertad e igualdad social, lo que hace que tanto el legislador como la administración de justicia deban pensar en el reconocimiento de los mismos en forma conjunta e interdependiente.

este trabajo, es importante reconocer que la posición adoptada por el supremo intérprete de la Constitución consiste en que los derechos sociales no pueden ser exigidos de la misma manera en todos los casos²².

En todo caso, bajo el desarrollo jurisprudencial del propio Tribunal Constitucional, respecto a los derechos sociales, debe considerarse que el principio de progresividad no puede ser entendido con un carácter indeterminado para justificar la inacción del Estado, pues ello acarrearía una inconstitucionalidad por omisión²³, pues el razonamiento aplicable a la Undécima Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política, la cual establece que: *las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos o mayores gastos públicos se aplican progresivamente*, no significa un reconocimiento simbólico de los derechos, pues como lo ha acotado el mismo colegiado constitucional: *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*²⁴.

Finalmente, otra circunstancia que ha definido la doctrina constitucional responde la prohibición de regresividad de los derechos sociales, en virtud del cual *el Estado se obliga a mejorar la situación de estos derechos y simultáneamente asume la prohibición de disminuir*

²² STC 2945-2003-AA/TC, fundamentos 31 y 32.

No se trata de prestaciones específicas, en tanto dependen de la ejecución presupuestal para el cumplimiento de lo exigido, lo contrario supondría que cada individuo podría exigir judicialmente al Estado un puesto de trabajo o una prestación específica de vivienda o salud en cualquier momento...

En consecuencia, la exigencia judicial de un derecho social dependerá de factores tales como la gravedad y razonabilidad del caso, su vinculación o afectación de otros derechos y la disponibilidad presupuestal del Estado, siempre y cuando puedan comprobarse acciones concretas de su parte para la ejecución de políticas sociales.

²³ STC 2945-2003-AA/TC, fundamento 49.

Conforme lo hemos venido señalando a lo largo de esta sentencia, los derechos sociales, como es el caso de la salud pública, no representan prestaciones específicas por sí mismas, pues dependen de la disponibilidad de medios con que cuente el Estado, lo que, sin embargo, de ninguna manera puede justificar la inacción prolongada, como se ha subrayado en los fundamentos anteriores, ya que ello devendría en una omisión constitucional.

²⁴ STC 2945-2003-AA/TC, fundamento 36.

La realidad política de los últimos años ha revelado cómo la corrupción en el uso de los recursos públicos afectó de manera indirecta la atención de derechos como la educación, salud y vivienda. En razón de ello, el principio de progresividad en el gasto a que hace alusión la undécima disposición final y transitoria de la Constitución, 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

*el ámbito de protección de los derechos vigentes o derogar los ya existentes*²⁵. En consecuencia, la naturaleza prestacional del derecho al agua potable no implica necesariamente que el Estado vulnera el derecho cuando parte de la población carece del servicio de agua potable; no obstante, conserva el deber de hacerlo efectivo para la totalidad de ella, dentro de plazos razonables, avanzando progresivamente y sin posibilidad a retroceder.

Capítulo 3: El proceso de reconocimiento del derecho al agua potable, como derecho enumerado, por parte del Congreso de la República.

3.1 Iniciativas legislativas para el reconocimiento del derecho al agua potable

En esta sección vamos a explorar el proceso legislativo que permitió el reconocimiento del derecho al agua potable, mediante su incorporación explícita en el texto constitucional. Para dar cuenta de los múltiples intentos legislativos que tuvieron este propósito, partimos desde los antecedentes del año 2011 hasta el resultado concreto logrado en el año 2017, lo cual evidencia un debate legislativo bastante prolongado a través de diversos proyectos de ley que proponían su incorporación en la Carta Magna, pero que fueron objeto de las distancias partidarias y puntos de vista disímiles en el seno del Congreso de la República.

En todo caso, la trascendencia de revisar los proyectos de ley para este trabajo reside en que, a pesar de no tener *per se* un valor normativo, nos permite abordar el contenido y los alcances de la intención legislativa frente a los problemas relacionados con el derecho al agua y al agua potable (más adelante analizaremos las diferencias), conforme se puede apreciar en la siguiente matriz, en la cual hemos identificado i) los proyectos de ley correspondientes, ii) las fechas en que fueron presentadas por parte de los despachos congresales, iv) la bancada parlamentaria proponente (independiente o asociada), v) la fórmula legislativa para la reforma constitucional, y vi) el resultado del dictamen obtenido luego de la evaluación en bloque.

²⁵ Landa Arroyo, C. (2006). Constitución y Fuentes del Derecho (p. 46). Lima: Palestra

Proyecto de Ley	Denominación	Fecha de propuesta	Proponente / Bancada	Contenido de la propuesta legislativa	Dictamen
N°412/ 2011-CR	Ley de Reforma Constitucional que incorpora el inciso 25 en el artículo 2° de la Constitución Política del Estado, el acceso al agua como derecho fundamental.	20.10.2011	Wulian Monterola Abregú y otros / Unión Regional	Este proyecto de ley propone introducir el derecho al acceso progresivo y universal al agua en el inciso 25 del artículo 2° de la Constitución Política.	La Comisión de Constitución y Reglamento dictaminó el siguiente Texto
N°547/ 2011-CR	Ley de Reforma Constitucional que introduce el derecho al agua y a los servicios de saneamiento	24.11.2011	Sergio Tejada Galindo y otros / Nacionalista - Gana Perú	Este proyecto de ley propone introducir el derecho al agua y a los servicios de saneamiento, entendidos como bienes necesarios para la protección de los derechos a la dignidad, la vida, la integridad, el bienestar, y la salud, a través de su inclusión en el numeral 12.1 del artículo 12 de la Constitución Política.	Sustitutorio: Ley de Reforma Constitucional ARTÍCULO ÚNICO.-
N°566/ 2011-CR	Ley que incorpora el artículo 12-A el derecho al agua en la Constitución Política del Perú.	29.11.2011	Javier Diez Canseco Cisneros y otros / Nacionalista Gana Perú	Este proyecto de ley propone incorporar el derecho al agua en el literal 12.A del artículo 12 de la Constitución basado en su relación con otros derechos y bienes necesarios para la vida como la alimentación y la salud	Incorpórase el numeral 25 al artículo 2° de la Constitución Política del Estado, con el siguiente texto:
N°1386/ 2012-CR	Ley que incorpora como derecho constitucional el acceso al agua	07.08.2012	Yhony Lescano Ancieta y otros / Acción Popular - Frente Amplio	Se propone incorporar el numeral 1-A al artículo 2 de la Constitución Política precisando que el agua es un bien de uso público que constituye patrimonio de la Nación.	

N°1411/ 2012-CR	Ley que incorpora el artículo 2, el derecho al agua como derecho fundamental.	15.08.2012	Sergio Tejada Galindo y otros / Nacionalista - Gana Perú	Este proyecto de ley propone incorporar el acceso al agua como un derecho fundamental, en tanto se trata de un bien público cuya protección vincula a todos los órganos del Estado.	“Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho: (...)
N°1456/ 2012-CR	Ley que incorpora en el artículo 2 de la Constitución Política del Perú, el agua como derecho humano.	24.08.2012	Marisol Espinoza Cruz y otros / Gana Perú	Se propone incorporar el derecho al agua en el artículo 2° de la Constitución Política del Perú basado en que el agua constituye un patrimonio de nuestro país y es un bien estratégico para su desarrollo	25. A acceder al agua. El Estado garantiza este derecho
N°1518/ 2012-CR	Ley que modifica los artículos 2, 62, 66, 67 y 68 de la Constitución Política del Perú, para incorporar el derecho fundamental al agua, y precisar la protección del medio ambiente y de los recursos naturales.	14.09.2012	Jorge Rimarachín Cabrera, Yhony Lescano Ancieta y otros / Acción Popular – Frente Amplio	Este proyecto de ley propone incorporar el derecho fundamental e irrenunciable al acceso al agua en el numeral 22 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú	priorizando su consumo personal y doméstico sobre otros usos”
N°100/ 2016-CR	Ley que incorpora como derecho constitucional el acceso al agua	23.08.2016	Yhony Lescano Ancieta / Acción Popular	“Artículo 2.- Toda persona tiene derecho: (...) 1-A. Al acceso al agua. El agua es un bien de uso público que constituye patrimonio de la Nación y el dominio sobre ella es inalienable e imprescriptible.”	ARTÍCULO ÚNICO.- Incorporación del artículo 7-A a la Constitución
N°192/ 2016-CR	Ley que modifica el artículo segundo de la Constitución Política del Estado e incorpora el acceso al agua como un derecho fundamental	01.09.2016	Wulian Monterola Abregú / Fuerza Popular	“Artículo 2.- Toda persona tiene derecho: (...) 25. A acceder de forma progresiva y universal al agua. El Estado garantiza este derecho priorizando el consumo humano sobre otros usos.”	Política del Perú, conforme al texto siguiente: “Artículo 7-A.- El Estado reconoce el

N°262/ 2016-CR	Ley que incorpora el derecho al agua en la Constitución Política del Perú	15.09.2016	Marisa Glave Remy	<p>“Artículo 12.A.- Derecho al Agua</p> <p>El Estado reconoce y garantiza el derecho universal y progresivo de toda persona al acceso al agua potable, que es un bien público, social, cultural y sin fines de lucro. Todas las personas tienen el derecho a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso persona y doméstico.”</p>	<p><i>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.”</i></p>
N°272/ 2016-CR	Ley que incorpora al artículo 2 de la Constitución Política del Perú el agua como derecho humano	19.09.2016	Marisol Espinoza Cruz / Alianza para el Progreso	<p>“Artículo 2.- Toda persona tiene derecho: (...)</p> <p>25. 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 nuestra nación y es esencial para la vida, el dominio sobre el agua es inalienable, imprescriptible e inembargable.”</p>	<p><i>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.”</i></p>
N°424/ 2016-CR	Ley de reforma constitucional que incorpora el derecho al agua potable y saneamiento a la Constitución Política del Perú	19.10.2016	María C. Melgarejo Páucar y Kenji G. Fujimori Higuchi / Fuerza Popular	<p>“Artículo 7.- (...)</p> <p>El acceso al agua potable y saneamiento es un derecho de la persona humana. El Estado garantiza y prioriza su prestación progresiva conforme a Ley.”</p>	<p><i>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.”</i></p>

3.2 El contenido del derecho al agua potable reconocido en la Constitución Política

De modo general, podemos afirmar que, en el seno del Congreso de la República, las iniciativas legislativas para otorgar el reconocimiento explícito al derecho fundamental al agua potable, han incluido criterios de universalidad, progresividad, la importancia de la protección del agua como recurso natural y la generación de espacios de participación ciudadana para su gestión (Ku Yanasupo: 2017). Finalmente, todo ello se concretaría en la propuesta que sustentó la Ley N° 30588, publicada en junio de 2017, Ley de Reforma Constitucional que introduce expresamente el derecho al agua potable en la Carta Magna del siguiente modo:

Artículo 7-A.- El Estado reconoce el derecho de toda persona a acceder de forma progresiva y universal al agua potable. El Estado 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.

A primera vista, un factor de análisis que debemos tener en cuenta es que la Constitución ha fijado expresamente que la protección constitucional está delimitada para el derecho al agua potable, es decir, para el recurso que ha sido materia de un tratamiento previo y que será destinado al consumo humano, de modo prioritario, lo que puede entenderse de modo similar al uso poblacional al que hace referencia el artículo 39° de la Ley de Recursos Hídricos), es decir, se lleva a cabo la captación del recurso por parte de un prestador de servicios de saneamiento, quien se encarga del proceso de tratamiento para su potabilización y la correspondiente distribución; no obstante, la lectura constitucional del artículo 7-A no debe considerar el reduccionismo en que ha caído el concepto legal sobre el cual nos hemos manifestado en las páginas anteriores²⁶.

²⁶ Nuevamente, el artículo 39 de la Ley de Recursos Hídricos (Ley N°29338) y el artículo 58° del Reglamento de la Ley de Recursos Hídricos (Decreto Supremo N°001-2010-AG) precisan que el uso poblacional del agua tiene por finalidad *la satisfacción de las necesidades humanas básicas: preparación de alimentos y hábitos de aseo personal*. En ese sentido, la legislación hídrica no contempla dentro del uso poblacional a las otras actividades vinculadas a la salud pública como lavado y desinfección de espacios públicos, mantenimiento y riego de áreas verdes, etcétera; por lo cual, los derechos de uso de agua que se gestionen para tales casos serían considerados dentro de las licencias para usos productivos o recreativos.

Retomando el factor de análisis, una primera preocupación consiste en que la redacción constitucional del artículo 7-A ha dejado al margen –por ejemplo– el derecho de las múltiples poblaciones que realizan el consumo del agua, directamente de las fuentes naturales, mediante el también llamado uso primario del agua que (esta vez, con acierto) ha definido la Ley de Recursos Hídricos en su artículo 36²⁷. Sobre este particular, el texto constitucional deja pendiente un reconocimiento amplio del derecho al agua, conservando aún grandes distancias con los estándares internacionales de protección, pues en ellos se alude directamente al derecho humano al agua, en sentido general, sobre lo cual desarrollaremos más adelante.

Otro aspecto importante, es que durante el proceso de reconocimiento realizado por el Tribunal Constitucional se establece que los elementos que conforman el derecho al agua potable son principalmente tres (03): el acceso, la calidad y la suficiencia. No obstante, el legislador ha incorporado en el artículo 7-A que el derecho al agua potable se entiende en términos de acceso, a pesar que, como hemos advertido, en otras fórmulas o iniciativas legislativas propuestas se hacía referencia al *derecho al agua potable*, en sentido general, y no al *derecho al acceso al agua potable*, en sentido particular, lo que puede significar un sesgo importante durante el proceso de interpretación constitucional.

Asimismo, para el derecho al acceso al agua potable, en el artículo 7-A se recogen las características de progresividad y universalidad, de modo expreso, lo que sin duda ratifica su naturaleza de derecho social, cuya característica “prestacional” ya había sido planteada por el Tribunal Constitucional, en su oportunidad, lo cual no debe entenderse como una característica de inferioridad en su relevancia frente a otros derechos fundamentales, sobre lo cual nos hemos referido en el capítulo 2 del presente trabajo. De igual modo, se señala que el Estado garantiza este derecho, priorizando el consumo humano sobre otros usos, cuya prelación ya ha sido definida por la Ley de Recursos Hídricos (uso primario, uso poblacional y uso productivo), con las particularidades que hemos planteado desde nuestra crítica.

²⁷ Ley N°29338, Ley de Recursos Hídricos

Artículo 36.- Uso primario del agua: El uso primario consiste en la utilización directa y efectiva de la misma, en las fuentes naturales y cauces públicos de agua, con el fin de satisfacer necesidades humanas primarias. Comprende el uso de agua para la preparación de alimentos, el consumo directo y el aseo personal; así como su uso en ceremonias culturales, religiosas y rituales.

3.3 Implicancias del derecho al agua potable reconocido en la Constitución Política

Bajo el análisis de implicancias, partiendo de una primera aproximación, podría presumirse que el reconocimiento del derecho al agua potable obtiene una absoluta categoría y eficacia constitucional desde el año 2007, en mérito a la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional; y que -por tanto- su consagración expresa dentro del texto constitucional realizada por el Congreso de la República solo constituye una formalidad de orden positivo, llevada a cabo diez años después (plano adjetivo). No obstante, es preciso comprender también cómo interactúan ambos reconocimientos en el plano de la aplicabilidad jurídica pues, como hemos señalado, los referidos procesos no necesariamente han brindado resultados idénticos, en cuanto a sus alcances (plano sustantivo).

Sin perjuicio de lo antes mencionado, debemos desdoblarse el análisis del siguiente modo: i) desde el plano sustantivo: consideramos que estas diferencias deben ser asumidas de forma complementaria, toda vez que ambos procesos han tenido por objeto y resultado definir alcances específicos del derecho al agua potable, en contextos distintos, y no por ello deben ser analizados conjuntamente de modo restrictivo (porque uno no restringe al otro), pues no se trata que determinado contenido ha reemplazado al otro, ni tampoco lo ha subsumido; y, ii) desde el plano adjetivo: en ambos casos, todas las garantías y mecanismos de protección constitucional del derecho al agua potable preexisten a su reconocimiento expreso, y esto es así desde el año 2007 en que se le otorgó la condición de derecho constitucional no enumerado.

Otra implicancia importante, destacada en un trabajo anterior, consiste en evidenciar que la labor del reconocimiento constitucional de derechos desde el Estado *constituye un ejemplo que puede resultar generalizador, en la medida que nos permite evidenciar algunas deficiencias propias de una democracia incipiente como la nuestra. Una democracia en la que los poderes públicos realizan labores aisladas sin mediar un proceso de deliberación interinstitucional* (Varillas Borja: 2018); como puede verse, en esta experiencia se ha configurado el desencuentro de roles entre el Tribunal Constitucional y el Congreso de la República al llevar a cabo procesos de reconocimiento constitucional aislados, a pesar de tratarse de un tópico central, el cual guarda especial relevancia en la agenda pública nacional desde hace décadas.

Capítulo 4: La eficacia del derecho al agua potable en el Perú y los mecanismos que requiere implementar el Estado para garantizarlo.

4.1 Estándares internacionales de protección del derecho al agua potable

En la actualidad, no cabe duda de que el derecho al agua (así, de modo general) goza de una innegable condición de derecho humano en virtud del Derecho Internacional, cuyo valor se ha ido incorporando en los derechos nacionales de diversos Estados, como un derecho constitucional explícito, reconocido de modo expreso en el catálogo de derechos consagrados de sus respectivas Cartas Políticas. Al respecto, la configuración del derecho humano al agua en el ámbito internacional es resultado de una evolución, y se ha practicado en dos circunstancias, no excluyentes entre sí: i) cuando se relaciona a otros derechos, vía interpretación o por referencias implícitas; y, ii) a través de una atribución de autonomía con relación a otros derechos.

Sobre la primera circunstancia, es preciso indicar que -ante la ausencia de un reconocimiento expreso- se puede verificar un reconocimiento implícito en diversos instrumentos internacionales en materia ambiental, de desarrollo y bienestar, derecho humanitario, derecho del sistema interamericano y universal²⁸; por ello, la vía interpretativa sobre otros derechos reconocidos en los tratados para configurar el derecho al agua ha surgido en virtud a su característica de interdependencia respecto a otros derechos humanos; al respecto, la doctrina nacional refiere que *el agua es indispensable para la plena realización de, por lo menos, el derecho a la vida, el derecho a la salud, el derecho a la vivienda adecuada, el derecho a las condiciones de trabajo adecuadas, el derecho a participar en la vida cultural, el derecho a la educación, entre otros* (Salmón Gárate: 2014).

²⁸ Declaración de Estocolmo de 1972 (principios 1 y 2), Declaración de Berlín de 1922 (principio 4), Declaración sobre derecho al desarrollo de 1986 (artículo 8), Declaración de la Cumbre de la Tierra de 1992, III y IV Convenios de Ginebra de 1949, Protocolos Adicionales I y II a los Convenios de Ginebra, Carta de las Naciones Unidas (artículo 55), Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de DESC (artículo 11) y un largo etcétera.

Respecto a la segunda circunstancia, la cual define su calificación como derecho autónomo, el primer reconocimiento expreso del derecho humano al agua data del año 2002, en razón de la Observación General N° 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas; dicho instrumento lo ha definido como el derecho de todas las personas a contar con agua suficiente, segura, de calidad aceptable y accesible tanto en precio como físicamente, para usos personales y domésticos. Sumado a ello, también existen relevantes pronunciamientos emitidos por la Organización de las Naciones Unidas (ONU), como es el caso de la Asamblea General y el Consejo de Derechos Humanos²⁹; al respecto, la doctrina internacional señala que *la situación del ámbito universal se refleja en el espacio regional: en el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA) no existe un reconocimiento expreso en un instrumento jurídico vinculante sobre derecho humano al agua; sin embargo, hay referencias implícitas y resoluciones recientes de esta organización que hacen referencia expresa a este derecho* (Blanco : 2017).

Cabe destacar que, según la Relatoría Especial de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) para el agua y saneamiento, en el plano internacional se definen principios de derechos humanos respecto al agua y saneamiento como son: no discriminación e igualdad, acceso a la información y transparencia, participación, rendición de cuentas y sostenibilidad. Asimismo, en cuanto al contenido de los derechos al agua y saneamiento, en dicho escenario, se enumeran los siguientes elementos que lo configuran: disponibilidad, accesibilidad física del agua y saneamiento, calidad y seguridad, asequibilidad, aceptabilidad, dignidad y privacidad³⁰

²⁹ La Asamblea General de la ONU considera al derecho al agua potable y al saneamiento como un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos (A/RES/64/292 del 28 de julio de 2010). Además, señaló que este derecho se deriva del derecho a un nivel de vida adecuado y está indisolublemente unido al derecho al más alto nivel posible de salud física y mental, así como al derecho a la vida y la dignidad humana (A/RES/68/157 del 18 de diciembre de 2013). Por su parte, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU afirmó que el acceso al agua potable y saneamiento son un derecho (A/HRC/RES/18/1 del año 2011), instó a los Estados a garantizar el financiamiento suficiente para el suministro sostenible en la prestación de estos servicios (A/HRC/21/L.1 del año 2012), enfatizó en la necesidad de que los países asuman un enfoque de derechos humanos en la gestión del agua (A/HRC/RES/24/18 del año 2013); y, adicionalmente, remarcó que no basta con el reconocimiento formal de este derecho, sino además que se deberán implementar los mecanismos jurisdiccionales para tutelarlos (A/HRC/RES/27/7 del año 2014).

³⁰ Catarina de Albuquerque (2014). Manual práctico para la realización de los derechos humanos al agua y al saneamiento. Organización de las Naciones Unidas, 29-36.

4.2 La tutela del derecho al agua potable en el Derecho Comparado

Otra perspectiva la podemos obtener desde el Derecho Comparado, cuando verificamos que en diversos Estados cercanos (Ecuador, México, etc.) y otros no tanto (República del Congo, Kenia, Sudáfrica, etc.) se ha consagrado explícitamente en sus respectivas Constituciones Políticas el derecho al agua y al saneamiento. Con mayor detalle, podemos revisar los ordenamientos jurídicos de los países de la región, y encontrar diversas formas de reconocimiento del derecho al agua (o agua potable); por ejemplo, Ecuador en el artículo 12 de su Constitución, Bolivia en el artículo 20 de su Constitución, Uruguay en el artículo 47 de su Constitución, etcétera.

De otro lado, algunos Estados optaron por brindar solo un reconocimiento a nivel legal o *infraconstitucional*, es decir, mediante un instrumento normativo con rango de ley; incluso, en otros Estados se advierte que dicho reconocimiento se llevó a cabo de modo jurisprudencial. Sobre este contexto, a continuación, se presenta la matriz de seguimiento a las formas de reconocimiento en Latinoamérica, realizado por los autores Mora Portuguez y Dubois Cisneros:

N°	Estado	Constitución	Ley	Jurisprudencia
1	México	agua y saneamiento	-	agua y saneamiento
2	Guatemala	-	-	-
3	Honduras	agua y saneamiento	agua	-
4	El Salvador	-	-	-
5	Nicaragua	agua	agua	-
6	Costa Rica	-	-	agua
7	Panamá	-	-	-
8	República Dominicana	agua y saneamiento	-	-
9	Colombia	servicios de agua y saneamiento	-	agua
10	Venezuela	servicios de agua y saneamiento	agua	-

11	Ecuador	agua	agua y saneamiento	-
12	Perú	agua (potable)	agua	agua (potable)
13	Bolivia	agua y saneamiento	-	-
14	Brasil	-	-	-
15	Uruguay	agua y saneamiento	agua y saneamiento	-
16	Paraguay	-	agua	-
17	Argentina	-	-	-
18	Chile	-	-	agua

A partir de dicha matriz, se concluye que solo cinco (5) Estados reconocen el derecho humano al agua y saneamiento con rango constitucional, otros dos (2) reconocen constitucionalmente al agua y al saneamiento como servicios; y, otros tres (3) reconocen el derecho humano al agua sin incluir el saneamiento. De la misma manera, seis (6) Estados cuentan con normas *infraconstitucionales* que reconocen el derecho al agua, pero solo dos (2) tienen regulación legal tanto sobre el agua como del saneamiento; además, solo cinco (5) países han desarrollado jurisprudencialmente el derecho al agua (Mora y Dubois: 2015).

4.3 La eficacia del derecho al agua potable en el Perú

El objetivo de presentar el enfoque internacional y comparado, no se agota en dar cuenta del reconocimiento formal que ha merecido -en otros contextos y latitudes- el derecho al agua (potable), sino cuánto incide ello en su eficacia, es decir, en el estado de satisfacción de las necesidades básicas de la población respecto al agua potable; por lo cual en los siguientes puntos desarrollaremos los avances en la implementación de la cobertura, las brechas pendientes y las políticas que deben activarse para acelerar los resultados. Pues queda claro, que a pesar del desarrollo de un proceso de reconocimiento constitucional que data de más de una década, siguen existiendo grandes brechas pendientes de cierre en términos de cobertura e infraestructura para que el agua potable en todos los hogares del país sea una realidad.

Desde el plano jurídico que incide en las políticas públicas, hemos recogido en este trabajo la naturaleza prestacional del derecho al agua potable, incluso desde el parámetro jurisprudencial definido por el Tribunal Constitucional, en virtud que la eficacia de dicho derecho se configura entre dos límites: i) por un lado, en su condición de derecho social, se requiere de una habilitación presupuestaria para que el Estado pueda materializar su concreción: por lo cual estamos frente a una eficacia diferida o no inmediata; ii) de otro lado: si bien el derecho al agua potable no goza de una eficacia inmediata, sí resulta imperativo que el Estado Peruano adopte acciones progresivas y conducentes para su concreción, lo que no le excluye de su responsabilidad de acciones urgentes a corto plazo, con dicho fin.

Desde otro enfoque también jurídico, pero con incidencia en la resolución de controversias legales, la eficacia del derecho al agua potable sí tiene un efecto verdaderamente inmediato, por su rango constitucional. En estos casos particulares donde no se encuentra en discusión la carencia material de agua potable como parte de una brecha pendiente de cerrar, sino donde el asunto litigioso fluctúa entre intereses de diversa índole que pueden impactar en contra del derecho de determinadas personas para acceder al agua potable (en los términos que el ordenamiento jurídico nacional ha previsto), el operador jurídico cuenta con un parámetro constitucional directo para privilegiar la protección del derecho fundamental frente a cualquier vulneración.

4.4 La brecha de los servicios de (agua potable y) saneamiento, en un contexto global y de pandemia

Mediante Decreto Supremo N° 007-2017 VIVIENDA, el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento aprobó la Política Nacional de Saneamiento como instrumento de desarrollo del sector, orientada a alcanzar el acceso y cobertura universal en los ámbitos urbano y rural. Como toda política pública, resulta de cumplimiento obligatorio para los tres niveles de gobierno, así como de los prestadores de los servicios de saneamiento, bajo un consecuente deber de adecuación de las políticas especiales con relación a la referida política nacional. La Política Nacional de Saneamiento recoge un diagnóstico revelador y, a la vez, preocupante:

La población estimada del Perú al año 2016 es de 31.4 millones de habitantes, de los cuales, el 77.2 % vive en el ámbito urbano, mientras que el 22.8 % vive en el ámbito rural. Se estima que 3,4 millones de peruanos carecen del servicio de agua y 8,0 millones de peruanos carecen del servicio de alcantarillado. Como se puede apreciar, las brechas en el acceso a los servicios de saneamiento constituyen el problema central que afecta al sector saneamiento.

CAUSANTES DE BRECHAS	OBJETIVOS ESPECÍFICOS	EJES DE LA POLÍTICA N°
Insuficiente cobertura y calidad de servicios;	Atender a la población sin acceso a los servicios y de manera prioritaria a la de escasos recursos	1: Acceso de la población a los servicios de saneamiento
Deficiencia en la gestión de las inversiones	Garantizar la generación de recursos económicos y su uso eficiente por parte de los prestadores.	2: Sostenibilidad financiera
Debilidad de la gestión de los prestadores	Desarrollar y fortalecer la capacidad de gestión de los prestadores	3: Fortalecimiento de los prestadores
Ausencia de estándares para la formulación de proyectos de saneamiento	Desarrollar proyectos de saneamiento sostenibles, con eficiencia técnica, administrativa, económica y financiera	4: Optimización de las soluciones técnicas
Inadecuada articulación de los actores	Consolidar el rol rector del MVCS y fortalecer la articulación con los actores involucrados en el sector saneamiento	5: Articulación de los actores
Baja valoración de los servicios de saneamiento	Desarrollar una cultura ciudadana de valoración de los servicios de saneamiento	6: Valoración de los servicios de saneamiento.

Como consecuencia de la Política Nacional de Saneamiento y la identificación de los problemas centrales del sector, se formula y aprueba el Plan Nacional de Saneamiento 2017 – 2021, mediante Decreto Supremo N° 018-2017-VIVIENDA. Dicho plan tiene por objetivo implementar en un período de cuatro (04) años la Política Nacional de Saneamiento, desarrollando los objetivos específicos y ejes de política nacional, así como, acciones de implementación, indicadores y metas para las acciones estratégicas. La estructura del Plan Nacional de Saneamiento entonces sigue la lógica de las operaciones de previsión y provisión

de los servicios de saneamiento, las cuales tienen concordancia con los Ejes de Política aprobados en la Política Nacional de Saneamiento.

En ese orden de ideas, el Plan Nacional de Saneamiento define la importancia del sector saneamiento, al señalar que *el acceso adecuado a los servicios de saneamiento impacta directamente en la calidad de vida de las personas, contribuye a mejorar la autoestima y su inclusión en la sociedad, mejora las condiciones de competitividad, disminuye la incidencia de enfermedades de origen hídrico. La falta de servicios de saneamiento restringe las posibilidades de las personas para llevar a cabo actividades generadoras de ingresos, conformando así el llamado círculo perverso del agua - salud – pobreza.* Si bien esta redacción responde a un contexto de evaluación que data del año 2017, el problema de la falta de cierre de brechas se agravó mucho más con la pandemia desatada en el año 2020.

Al respecto, en mérito al pronunciamiento de la Organización Mundial de la Salud, mediante el cual califica el brote del Coronavirus (COVID-19) como una pandemia, al haberse extendido de manera simultánea en más de cien países del mundo y, eleva la alerta mundial a “nivel muy alto”, el 11 de marzo de 2020 el Gobierno peruano a través del Decreto Supremo N° 008-2020-SA declaró la Emergencia Sanitaria a nivel nacional y dicta medidas para la prevención y control sanitario a fin de evitar la propagación del COVID-19. En el marco de dichas medidas, en su calidad de Autoridad Nacional de Salud, el Ministerio de Salud estableció el lavado de manos de forma frecuente, así como la limpieza y desinfección de todas las superficies, como una de las acciones de prevención y control más efectivas en la comunidad para evitar contraer la infección del COVID-19.

4.5 La Agenda pendiente para la tutela efectiva del derecho al agua potable (y saneamiento) a través del cierre de brechas

Bajo lo dispuesto por la Ley de Gestión y Prestación de los servicios de saneamiento, aprobada mediante Decreto Legislativo N°1280, en el año 2017 se elaboró el Plan Nacional de Saneamiento 2017-2021; no obstante, es claro que a pesar de los avances desplegados desde el sector saneamiento, en nuestro país se mantienen brechas significativas en términos de acceso,

calidad y sostenibilidad. De acuerdo con la Encuesta Nacional de Programas Presupuestales (ENAPRES 2020) del Instituto Nacional de Estadística³¹, 2.9 millones de peruanos (8.8%) carecen de acceso al servicio de agua potable y 7.5 millones (23.2%) al servicio de alcantarillado sanitario o de otras formas de disposición sanitaria de excretas. Además, únicamente el 41.6% de la población tenía acceso a agua segura.

Lamentablemente, se siguen marcando fuertes diferencias en acceso y calidad entre los ámbitos rural y urbano, entre regiones naturales, entre el ámbito rural concentrado y el disperso, y entre los servicios de agua potable y de alcantarillado sanitario u otras formas de disposición sanitaria de excretas (principalmente, soluciones intradomiciliarias); por su parte, los segmentos de menor poder adquisitivo se encuentran críticamente retrasados en el acceso a los servicios. Por ello, resulta prioritario que en el próximo Plan Nacional de Saneamiento se fortalezca las acciones de los tres niveles de gobierno, los prestadores de servicios de saneamiento y los sectores y entidades involucradas con la gestión y prestación de dichos servicios, orientadas a alcanzar **el acceso universal a los servicios de saneamiento**. Ése sigue siendo el norte.

Por ende, el nuevo Plan debe determinar objetivos específicos, líneas de acción, indicadores y metas mínimas a alcanzar en el horizonte a mediano plazo, así como la estimación de las inversiones requeridas para alcanzar dichas metas y el financiamiento correspondiente para tales inversiones y para las medidas orientadas a incrementar la sostenibilidad, fortaleciendo las capacidades operativas y de gestión de las entidades que las ejecutan y desarrollan la prestación de los servicios³². Dada la magnitud de las necesidades, las decisiones y el requerimiento de financiamiento para problemas estructurales en los tres niveles de gobierno deben ser abordados, según la reforma normativa generada por el sector desde el 2016.

Finalmente, ratificamos que la planificación es fundamental, ahora que se tiene diversos insumos como los planes regionales de saneamiento, la Política Nacional de Saneamiento, las

³¹ Estudio del INEI recuperado en: <http://proyecto.inei.gob.pe/enapres/wp-content/uploads/2021/04/ENAPRES-Indicadores-de-Programas-Presupuestales-2020.pdf>

³² Algunas de estas estrategias han sido recogidas del proyecto de Plan Nacional de Saneamiento 2000-2026 del MVCS

políticas del Acuerdo Nacional, los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas, las Contribuciones Nacionalmente Determinadas (NDC) para enfrentar el cambio climático, y las recomendaciones de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE); bajo criterios de priorización para atender a las poblaciones más vulnerables, con un enfoque de equidad y asequibilidad en la prestación de los servicios, pues la protección del derecho al agua potable (y al saneamiento), es a su vez “un fin y un medio” para proteger la salud y la vida de los peruanos, contribuyendo al desarrollo del país.

Conclusiones

1. Durante su proceso de reconocimiento constitucional, el derecho al agua potable se ha configurado en tres categorías: como derecho humano, como derecho constitucional y como derecho fundamental.
2. El mecanismo de *numerus apertus del artículo 3°* de la Constitución Política ha permitido la consagración constitucional de los derechos por parte del Tribunal Constitucional, como es el caso del derecho al agua potable.
3. El artículo 108° de la Constitución Política establece las condiciones para llevar a cabo la Reforma Constitucional, dicho acto constituyente (no legislativo) permitió la inclusión expresa del derecho al agua potable en la Carta Magna.
4. La jurisprudencia constitucional desarrollada desde el año 2007 define al derecho al agua potable como un derecho de naturaleza prestacional, el cual se configura a partir de tres (03) elementos constitutivos: acceso, calidad y suficiencia.
5. El desarrollo del contenido del derecho al agua potable por parte del Tribunal Constitucional constituye un parámetro obligatorio de interpretación y aplicación de las normas legales sobre recursos hídricos, saneamiento y otras conexas.
6. En el año 2017 se incorporó el derecho al agua potable, de modo expreso, en la Constitución Política, como resultado de diversas iniciativas legislativas, formuladas desde diversas bancadas y legislaturas anteriores, incluso.
7. El contenido constitucional del derecho al agua potable, conforme a lo precisado en la Carta Magna, debe ser interpretado en concordancia con los parámetros definidos por la jurisprudencia constitucional, bajo un enfoque complementario.

8. Existen estándares internacionales desarrollados para el derecho al agua y saneamiento, los cuales constituyen una fuente relevante para entender en su amplitud el contenido constitucional del derecho al agua potable, y extender su comprensión al “agua en general” como un derecho humano.
9. En el escenario comparado, se ha desarrollado una serie de avances en cuanto al reconocimiento del derecho al agua (potable) y saneamiento en la región; sin embargo, ello no implica necesariamente una eficacia material frente a las brechas existentes.
10. El reconocimiento como derecho constitucional del derecho al agua potable implica dos formas de eficacia: i) una eficacia mediata, respecto a las políticas públicas; y ii) otra eficacia inmediata, respecto a la solución de controversias legales.
11. Al presente año, el ente rector en materia de saneamiento ha definido una Política Nacional y un Plan Nacional al 2021, los cuales tienen como objetivo principal el cierre de brechas en los servicios de saneamiento para todos los peruanos y peruanas.
12. En la actualidad persisten problemas estructurales, como el círculo perverso de la pobreza y el agua, la distancia, acceso y dispersión del ámbito rural, entre otros aspectos, los cuales merecen ser tomados en cuenta en la formulación del nuevo Plan Nacional al 2026.
13. A corto y mediano plazo resulta necesario considerar criterios de priorización en el cierre de brechas, así como las consideraciones ambientales de cambio climático, objetivos de desarrollo sostenible, recomendaciones de la OCDE, entre otros.

Recomendaciones

1. Al momento de aplicar e interpretar las normas jurídicas en materia ambiental, de recursos hídricos y saneamiento, los operadores jurídicos deben tener en cuenta los parámetros desarrollados por la jurisprudencia constitucional y el contenido delimitado en la Constitución Política respecto al derecho al agua potable, desde un punto de vista complementario y no excluyente.
2. *De lege ferenda*, sigue siendo urgente que el Constituyente expanda la consagración del derecho al agua potable, hacia un derecho al agua, en sentido general; bajo un criterio de igualdad y en favor de aquellas poblaciones que realizan el uso primario del recurso,

directamente desde su fuente, al no contar con un prestador de servicios de saneamiento que les provea de agua potabilizada.

3. De no concretarse lo anterior, será el Tribunal Constitucional quien finalmente deba consagrar el derecho constitucional al agua potable, seguramente a partir de la solución del alguna controversia judicial en la que se intente privilegiar el uso productivo del recurso frente al uso primario de las poblaciones, a pesar que la Ley de Recursos Hídricos ha previsto un orden de prelación; no obstante, la configuración de estos conflictos es posible, dado la complejidad y poderosos intereses con los que se presentan tales casos.

Bibliografía

Abramovich, V. y Courtis, C. (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles* (1º Ed). Madrid: Trotta.

Alexy, R. (2003). Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional. En *Neoconstitucionalismo(s)* (1º Ed). Madrid: Trotta.

Alexy, R. (1998). *Teoría del discurso y derechos humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Arnold, R. (2002). El Derecho Constitucional europeo a fines del siglo XX. Desarrollo y Perspectivas. *Derechos humanos y Constitución en Iberoamérica*. Lima: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

Becerra Urbina, R. (2015). *Introducción al Estudio del Derecho Ambiental: Análisis y Comentario de la Ley General del Ambiente* (1º Ed). Lima: Lex.

Buob Concha, Luis (2012). Derecho al agua: entendiendo sus componentes económico, social y cultural como factores de desarrollo para los pueblos indígenas. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, Número 17 (Tomo 1).

Castillo Córdova, L. (2007). *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general* (1° Ed). Lima: Palestra.

Castillo Córdova, L. (2007). *¿Activismo extralimitado del Tribunal Constitucional?: A propósito de un caso de vinculación de los jueces a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Revista Jurídica del Perú N° 77, 19-45

Coto Zevallos, J. y Romero Pariachi, R. (2010). *Equidad en el acceso al agua en la ciudad de Lima: Una mirada a partir del derecho humano al agua* (Tesis, PUCP).

Ferrajoli, Luigi (2003). *Pasado y futuro del Estado de Derecho*. En *Neoconstitucionalismo(s)* (1° Ed). Madrid: Trotta.

Ferrer Mac-Gregor, E. (2014). *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional* (2° Edición). Ciudad de México: UNAM

García-Pelayo, M. (1994). *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza.

Gargarella, R. (2016). *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática* (1° Ed). México: Siglo XXI.

Grández Castro, P. (2010). *Tribunal Constitucional y argumentación jurídica* (1° Ed). Lima: Palestra.

Guevara Gil, A. (2014). *El derecho frente a la crisis del agua en el Perú. Primeras jornadas de Derecho de aguas*. Lima: CICAJ - DAD PUCP.

Guevara Gil, A. (2015). *Cinco años de la Ley de Recursos Hídricos en el Perú. Segundas jornadas de Derecho de aguas*. Lima: CICAJ - DAD PUCP.

Guevara Gil, A. (2016). *El Estado frente a los conflictos por el agua. Terceras jornadas de Derecho de aguas*. Lima: CICAJ - DAD PUCP.

Guevara Gil, A. (2017). *El derecho humano al agua, el derecho de las inversiones y el Derecho Administrativo. Cuartas jornadas de Derecho de aguas*. Lima: CICAJ-DAD PUCP.

Guevara Gil, A. (2019). *La gestión de la calidad del agua en el Perú. Sextas jornadas de Derecho de aguas*. Lima: CICAJ - DAD PUCP.

Guastini, R (2003). La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano. En *Neoconstitucionalismo(s)* (1° Ed). Madrid: Trotta.

Gutiérrez Camacho, W (Ed.) (2013). *La Constitución Comentada* (2° Ed) (3 tomos). Lima: Gaceta Jurídica.

Guzmán Jiménez, L. (2017). *El activismo judicial y su impacto en la construcción de políticas públicas ambientales* (1° Ed). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Guzmán Napurí, C (2008). El derecho al agua potable ¿Hasta dónde podemos seguir creando derechos fundamentales? *Revista Jus Constitucional*, Número 3.

Hackanson Nieto, C. (2012). *Curso de Derecho Constitucional* (2° Ed). Lima: Palestra.

Ku Yanasupo, L. (2014). El derecho al agua y el debate de su posible constitucionalización. *Revista Gaceta Constitucional*, Número 75.

Landa Arroyo, C. (2006). *Constitución y Fuentes de Derecho* (1° Ed). Lima: Palestra

Landa Arroyo, C. (2007). *Tribunal Constitucional y Estado democrático* (1° Ed). Lima: Palestra.

Naranjo Mesa, V (2014). *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas* (12° Ed). Bogotá: Temis.

Peces-Barba, G. (2004). *Lecciones de derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson.

Peña Chacón, M (2019). *Derecho Ambiental del Siglo XXI*. San José: Isolma.

Prieto Sanchís, L. (2003). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.

Sierra Porto, H. (2011). Recientes avances de la jurisprudencia constitucional colombiana. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, 135-142.

Sosa Sacio, J. (2004). Derechos no enumerados y nuevos derechos según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. *Revista Actualidad Jurídica*, Número 126.

Sosa Sacio, J. (2014). *La satisfacción de las necesidades básicas como mejor fundamento para los derechos humanos y su relación con los derechos fundamentales y constitucionales en el ordenamiento constitucional peruano* (Tesis, PUCP).

Varillas Borja, V. (2018). El reconocimiento constitucional del derecho al agua potable. Un proceso que evidencia el desencuentro de los poderes públicos en el Perú. *Revista Actualidad Jurídica*, Número 301.

Wieland Fernandini, P (2017). *Introducción al Derecho Ambiental*. Lima: Fondo Editorial PUCP.