

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU  
ESCUELA DE POSGRADO  
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL



PONTIFICIA  
**UNIVERSIDAD**  
**CATÓLICA**  
DEL PERÚ

**“EL ACCESO AL AGUA Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS  
PUEBLOS AMAZÓNICOS DE LORETO”**

**Autora: Pilar Geraldine Pretell García**

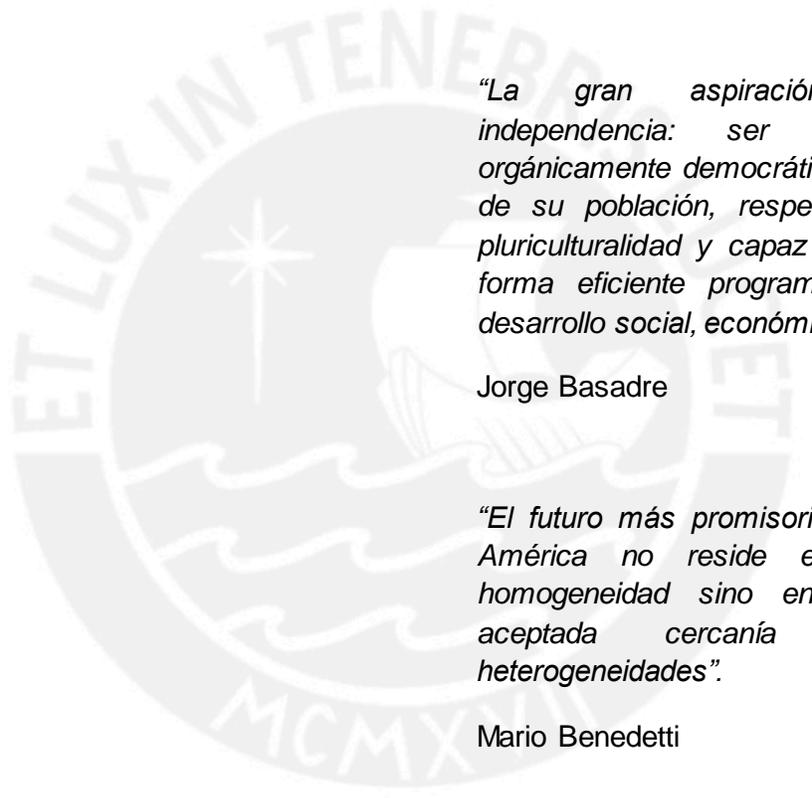
**Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho Constitucional**

**Asesor: Enrique Martín Bernales Ballesteros**

**Jurado:**

Jorge Armando Guevara Gil (Presidente)  
Enrique Martín Bernales Ballesteros (Segundo miembro)  
John Iván Ortiz Sánchez (Tercer miembro)

Lima, 2016

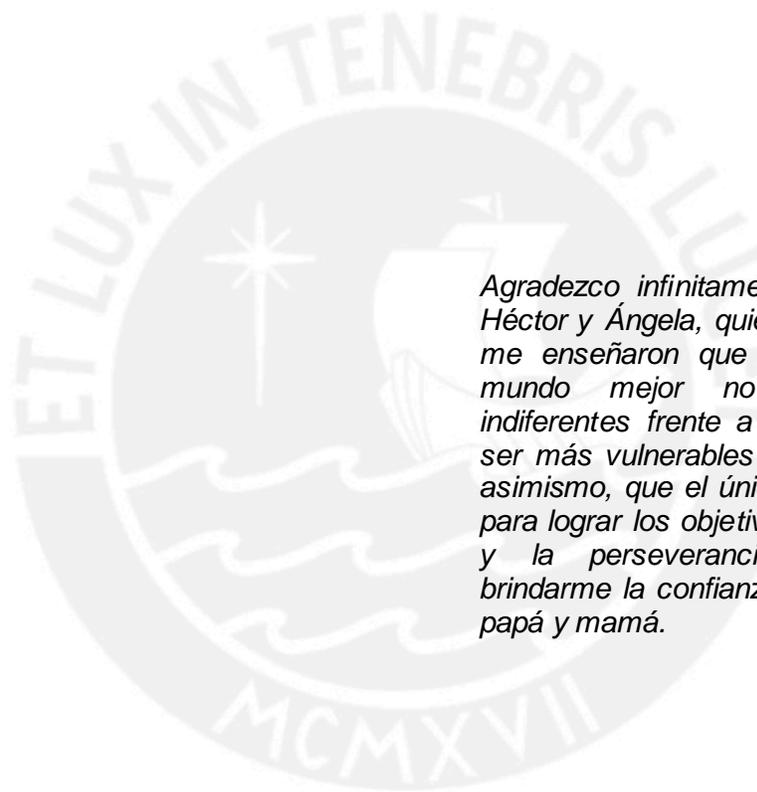


*“La gran aspiración de la independencia: ser un Estado orgánicamente democrático, integrador de su población, respetuoso de su pluriculturalidad y capaz de llevar en forma eficiente programas de justo desarrollo social, económico y cultural”.*

Jorge Basadre

*“El futuro más promisorio de nuestra América no reside en su falsa homogeneidad sino en la real y aceptada cercanía de sus heterogeneidades”.*

Mario Benedetti



*Agradezco infinitamente el apoyo de Héctor y Ángela, quienes con su amor me enseñaron que si queremos un mundo mejor no podemos ser indiferentes frente a quienes resultan ser más vulnerables que nosotros. Y, asimismo, que el único camino certero para lograr los objetivos es el esfuerzo y la perseverancia. Gracias por brindarme la confianza que necesitaba papá y mamá.*

## AGRADECIMIENTOS

El presente trabajo va dedicado a aquellas personas que confiaron en mí y me animaron a continuar con esta investigación. Mamá, muchas gracias por tu compañía durante tantas madrugadas, a pesar que te decía que no era necesario y por tener predisposición para ayudarme en lo que estuviera a tu alcance. Papá, muchas gracias por escucharme y permitirme que te comparta mis dudas existenciales respecto a esta investigación, tus interrogantes, tus inquietudes y tus comentarios, fueron muy valiosos y me permitieron ver cosas que inicialmente no me las había planteado, ni cuestionado, ahora puedo decir que todo ello contribuyó. A ambos muchas gracias por darme fortaleza para continuar y no desfallecer, incluso en momentos cuando el panorama no resultaba ser el más favorable para continuar redactando.

Asimismo, no podría dejar de mencionar a mi querido abuelito Víctor, gracias por acompañarme a la distancia y confiar en mí, queridas tías Rosita y Consuelo, les agradezco su preocupación y apoyo.

Un especial agradecimiento a Sergio Tamayo por su predisposición y apoyo en la elaboración de la presente investigación. Muchas gracias por absolver mis dudas cuando recién me enrumbaba en el plan de tesis. ¡Eres admirable!

Muchas gracias al Dr. Luis Huerta, al Dr. Enrique Bernales, al Dr. Armando Guevara y al Dr. Iván Ortiz por sus recomendaciones y por darme luces para continuar con la investigación.

De igual modo, aprovecho la ocasión para agradecer a quienes, a pesar de su partida y no haber tenido la oportunidad de conversar con ellos, sé que desde el lugar en el que están me ayudaron, por eso, muchas gracias abuelita Erlinda y abuelito Héctor Pretell. Abuelito, cuando algún día nos encontremos, espero no sea muy pronto, tengo fe que tendremos extensas conversaciones porque nos deleitaremos compartiendo nuestras anécdotas, reiremos y nos indignaremos juntos, eso lo tengo por seguro.

Tampoco puedo dejar de agradecer a mi abuelita Haydeé, quien a pesar de la distancia, estaba pendiente de los pasos que daba, que Dios te tenga en su Santa Gloria. A mi querido y recordado tío Lito, aunque no tuve la oportunidad de decírselo personalmente, siempre quedaré muy agradecida con usted, porque a pesar de la distancia, sentí que me acompañaba en cada paso, que con perseverancia y buena voluntad pueden lograrse grandes cosas y que ante situaciones de injusticia una debe indignarse, pero que ello no resulta suficiente para cambiar el panorama, sino que una debe contribuir desde el lugar en el que se encuentre y continuar avanzando. Lo quiero y lo extraño mucho.

Finalmente, a mi querido tío Lizardo, muchas gracias por su apoyo y confianza, puedo decirle que los ánimos que me dio desde mi etapa escolar contribuyeron a continuar con mis metas y espero ello lo llene de satisfacción.

## EL ACCESO AL AGUA Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS PUEBLOS AMAZÓNICOS DE LORETO

<b>INTRODUCCION</b>	8
<b>CAPITULO I: El acceso al agua de los pueblos amazónicos de Loreto</b>	
1. Los pueblos amazónicos y el uso del agua	13
1.1 Las actividades económicas, organización política y creencias ancestrales	15
1.2 Las mujeres y la niñez sobre el uso del agua	17
1.3 Organización referente al uso del agua	18
2. La calidad del uso del agua en Loreto y su incidencia en los pueblos amazónicos	19
2.1 La disponibilidad del agua en el departamento de Loreto	19
2.2 Datos sobre la calidad del acceso al agua	21
2.2.1 Calidad de los ríos amazónicos de Loreto	21
2.2.2 Acceso de los pueblos amazónicos a agua potable	24
2.3 El estado de salud de los pueblos amazónicos	31
2.4 Consecuencia social por el acceso limitado del agua	32
<b>CAPITULO II: El acceso al agua y su interpretación a nivel internacional y nacional</b>	
1. El acceso al agua conforme a los instrumentos internacionales	35
1.1. A nivel del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos	35
1.1.1. Primeros intentos por reconocer el acceso al agua como un derecho humano	35
1.1.2. Instrumentos internacionales relacionados con el acceso al agua	36
1.1.3. Instrumentos internacionales que reconocen la importancia del acceso al agua	40
1.1.4. Pronunciamientos de la Organización de las Naciones Unidas	43
1.2. A nivel del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos	49
1.2.1. Instrumentos internacionales relacionados con el acceso al agua	49

1.2.2. Pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	50
2. El acceso al agua en la experiencia comparada	55
2.1. El acceso al agua reconocido en la Constitución	55
2.2. El acceso al agua reconocido como derecho a nivel jurisprudencial	62
3. El acceso al agua conforme a los dispositivos normativos en el Perú	69
3.1. Evaluación de dispositivos legales	70
3.2. Evaluación de planes nacionales	86
4. El acceso al agua y su naturaleza jurídica conforme a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional del Perú	90
4.1 El agua como recurso natural	90
4.2 El acceso al agua potable como derecho fundamental y como servicio público	94
<b>CAPITULO III: El acceso al agua y los derechos fundamentales de los pueblos amazónicos de Loreto</b>	
1. El Estado Constitucional de Derecho y el acceso al agua de los pueblos amazónicos	99
1.1. Fuerza normativa de la Constitución	100
1.2. Fuerza normativa de los instrumentos internacionales de derechos humanos	103
1.3. Interpretación de la Constitución y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y el acceso al agua	104
1.3.1. El Tribunal Constitucional del Perú como agente de consolidación de la democracia	105
1.3.2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos como agente de consolidación de la democracia	109
2. El acceso al agua y los derechos fundamentales de los pueblos amazónicos	112
2.1. Los derechos fundamentales conforme a un enfoque intercultural	112
2.2. Los derechos fundamentales y el pluralismo jurídico	117
2.3. El derecho a la igualdad de los pueblos amazónicos	119

2.4. Naturaleza jurídica del acceso al agua de los pueblos amazónicos	122
2.5. El reconocimiento de derechos fundamentales en el acceso al agua por parte de los pueblos amazónicos	123
2.6. Contenido del acceso al agua como derecho fundamental	134
2.6.1. Contenido del acceso al agua como ejercicio del derecho fundamental al medio ambiente	135
2.6.2. Contenido del acceso al agua potable como ejercicio del derecho fundamental a la salud	136
2.7. Exigibilidad derivada del acceso al agua como derecho fundamental	143
2.7.1. Obligaciones del Estado	143
2.7.2. Obligaciones de los particulares	149
2.8. Tutela del acceso al agua de los pueblos amazónicos en la vía judicial	151
2.8.1. El acceso al agua de los pueblos amazónicos en el proceso de amparo	153
2.8.2. El acceso al agua de los pueblos amazónicos en el proceso de inconstitucionalidad	158
2.8.3. El acceso al agua de los pueblos amazónicos en el proceso de acción popular	159
3. Presupuestos a nivel jurisprudencial que pueden contribuir con el acceso al agua de los pueblos amazónicos	160
3.1. Pautas básicas para afianzar los derechos fundamentales de los pueblos amazónicos	167
3.2. El acceso al agua y el ejercicio de otros derechos fundamentales	168
3.3. El acceso al agua potable y el ejercicio de otros derechos fundamentales	170
3.4. El Estado respecto a la protección del acceso al agua	171
3.5. El Estado respecto al acceso al agua potable de las comunidades nativas	172
<b>CONCLUSIONES</b>	184
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	193

## INTRODUCCIÓN

El tema elegido como objeto de estudio tiene como motivación el hecho que no existe suficiente investigación, a diferencia de lo que ocurre respecto a las comunidades campesinas y quienes viven en zonas periurbanas, que contenga un enfoque constitucional que analice la problemática del acceso al agua que tienen las comunidades nativas y los colectivos originarios que residen en la selva peruana.

Durante el siglo XX, el olvido y la indiferencia hacia las personas que vivían en la selva del Perú persistieron y se agravaron, toda vez que el Estado no adoptó medidas eficaces que permitieran afrontar y atribuir responsabilidades por las violaciones a los derechos humanos de tales colectivos, sobre todo, durante la época del caucho. En consecuencia, se puede decir que, históricamente, el departamento de Loreto, desde antes de la etapa republicana, no ha sido uno de los temas centrales para las autoridades y gobiernos de turno, debido a las dificultades climáticas, del territorio y presupuestales, los cuales han solido ser justificación para no focalizar una mayor atención sobre el tema del agua para las comunidades nativas y los pueblos originarios.

Si bien actualmente, existen algunos cambios, estos no resultan suficientes, dado que el progreso económico del país, reflejado en los indicadores de los últimos años, poco o casi nada de ello se ha visto manifestado en la vida cotidiana de los citados colectivos, dado que aún persisten carencias económicas, insuficiente satisfacción de necesidades básicas y, asimismo, marginación y discriminación. Ante esta situación real, hemos estimado conveniente elegir a las comunidades nativas y los colectivos originarios del departamento de Loreto, a fin que pueda visibilizarse una de la grandes problemáticas por las que atraviesan, que el acceso al agua sea posible en condiciones adecuadas.

De otro lado, hoy en día resulta innegable reconocer la importancia de las actividades extractivas de hidrocarburos en la Amazonía del Perú, específicamente, en Loreto, cuyo inicio data desde la década de 1970, lo que ha conllevado ingresos considerables para el Estado, principalmente, para el Gobierno Nacional y, al mismo tiempo, impactos ambientales negativos que han ocasionado una afectación a muchas comunidades nativas y pueblos originarios en situación de aislamiento y contacto inicial, a quienes en conjunto denominaremos pueblos amazónicos, motivo por el cual ha significado que el Estado sea visto como un agente que no ha cumplido un rol tutitivo durante décadas.

Conforme se manifestó, los contextos históricos y sociales de los pueblos amazónicos demuestran que el Estado no ha solido adoptar, por lo general, medidas concretas que coadyuven a salvaguardar sus derechos fundamentales, situación que ha conllevado que la población presuponga que las entidades estatales buscan proteger intereses particulares. De ahí el surgimiento de tensiones entre tales actividades y los diversos

enfoques de desarrollo sostenible que, en ocasiones, ha desencadenado en un conflicto social.

En el departamento de Loreto existen muchos ríos, lagunas, cochas y quebradas que se encuentran contaminadas producto de las actividades extractivas de hidrocarburos, conforme señalan los indicadores ambientales. Ello constituye una señal alarmante y preocupante para los pueblos amazónicos, toda vez que, para muchos de ellos, tales recursos hídricos suelen ser las únicas fuentes hídricas para su subsistencia, generando tal contaminación un grave perjuicio a su modo de vida tradicional, identidad cultural, estructura social, costumbres, creencias, además que podría conllevar la propia extinción de estos pueblos.

Sobre la base del referido contexto, resulta atendible que las comunidades nativas puedan acceder a agua potable y que, al mismo tiempo, el Estado preserve y cuente con aliados para la supervisión de la calidad de los ríos, cochas y quebradas, a fin que tanto las comunidades nativas como los pueblos en situación de aislamiento y contacto inicial puedan realizar actividades básicas tales como la pesca, agricultura y ganadería, de corresponder, y con ello pueda garantizarse su propia existencia y cosmovisión.

Tomando en cuenta lo anterior, la pregunta central que surge y sobre la cual gira este trabajo es: ¿la regulación prevista en los dispositivos de rango legal vigentes genera condiciones óptimas para que los pueblos amazónicos accedan a los recursos hídricos que tienen a su alcance?

A efectos de desarrollar la respectiva interrogante, la presente investigación realizará un análisis teórico–doctrinario respecto al acceso al agua a favor de los pueblos amazónicos. Sin embargo, se partirá sobre la base de datos fácticos y, posteriormente, se analizará el desarrollo internacional y constitucional, a nivel comparado y nacional, a fin de señalarse posibles lineamientos que, eventualmente, el legislador debería tener en cuenta y el Tribunal Constitucional ante la evaluación de un caso concreto de esta naturaleza, todo ello a fin de coadyuvar con las funciones del ejecutor de las políticas públicas.

De ahí que la presente investigación gire en torno a dos variables. La primera consiste en evaluar los dispositivos legales que reconocen el acceso al agua respecto a los pueblos amazónicos y las obligaciones que se derivan de ellas; mientras que, la segunda se refiere a evaluar, en el marco del derecho constitucional, los mecanismos de protección que existen y los argumentos constitucionales que podrían invocarse ante la falta o inadecuado acceso a los recursos hídricos a los que tienen acceso los pueblos amazónicos, a fin que este quede garantizado.

Como podrá apreciarse en el desarrollo de la investigación, el acceso al agua por parte de los pueblos amazónicos del Perú podría verse garantizado si se establecieran presupuestos mínimos para su aprovechamiento, lo cual consideramos que resultaría viable, más aún si el Tribunal Constitucional ha señalado en diversos pronunciamientos

una serie de límites para el desarrollo de actividades de hidrocarburos por parte del Estado y de los particulares, a fin de garantizar el derecho a un medio ambiente adecuado y equilibrado.

De modo que, un adecuado análisis constitucional sobre las vías que podrían optimizar el aprovechamiento de las fuentes hídricas a las cuales podrían tener acceso los pueblos amazónicos, sea porque no existe o porque esta es deficiente, podría coadyuvar a un mejor entendimiento entre el Estado y dicha población.

En ese sentido, consideramos que la utilidad de la investigación puede ser vista desde tres ámbitos. En primer lugar, busca analizar los alcances de los dispositivos legales referentes al acceso al agua por parte de los pueblos amazónicos y los presupuestos mínimos que se han establecido en ellos, en caso existieran. En segundo lugar, se analiza a nivel constitucional si existen fundamentos suficientes para considerar al acceso al agua por parte de los pueblos amazónicos como un derecho fundamental autónomo o como contenido implícito de otros derechos. En tercer lugar, puede ayudar a determinar cuáles podrían ser los presupuestos mínimos que podrían llenarlo de contenido.

Sobre la base de lo señalado y a partir de los objetivos y la pregunta de la investigación que ha sido expuesta, la hipótesis de trabajo es la siguiente: *“La regulación prevista en dispositivos de rango legal vigentes conlleva una insuficiente protección constitucional para que los pueblos amazónicos del Perú accedan, bajo condiciones óptimas, a los recursos hídricos que tienen a su alcance”*.

En virtud de esto último y del contexto particular en el que viven las comunidades nativas y los pueblos originarios en situación de aislamiento y contacto inicial de Loreto, el primer capítulo tiene como objetivo señalar cuál es la disponibilidad del agua en el departamento de Loreto, a fin que quede evidenciado si existe o no proporción entre la cantidad de este recurso y la disponibilidad en condiciones adecuadas para los pueblos amazónicos. Asimismo, sobre la base de sondeos etnográficos se hace mención al uso tradicional del agua por parte de los pueblos amazónicos, resaltando, adicionalmente, la relación de su uso con el rol que suelen desempeñar las mujeres y las niñas de esos colectivos.

De igual modo, en el referido capítulo se hace referencia a la calidad del uso del agua en Loreto y su incidencia en los pueblos amazónicos, que conforme se apreciará en las siguientes líneas, podrá inferirse que ha existido un abandono histórico por parte del Estado lo que ha conllevado una serie de dificultades para que estos pueblos puedan realizar sus actividades diarias, tales como la agricultura y la pesca en condiciones adecuadas.

Por su parte, el segundo capítulo tiene como propósito realizar un análisis sobre el acceso al agua y su interpretación a nivel internacional y nacional, en ese sentido, se señalarán los pronunciamientos de los organismos supranacionales, incluidos los de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Asimismo, podrá apreciarse que algunos Parlamentos o Tribunales de la región latinoamericana han optado por reconocer a nivel constitucional o jurisprudencial el acceso al agua como un derecho fundamental, en algunos casos, como el simple acceso al agua y/o el acceso al agua potable, sea conforme su uso tradicional y ancestral o como un servicio público para toda la ciudadanía, incluyendo, en algunos casos, a determinados pueblos originarios.

Este recuento normativo y jurisprudencial a nivel comparado tiene como propósito analizar en qué medida podría tenerse en consideración en el Perú, los presupuestos que sirvieron de base en ciertos países de la región para salvaguardar el acceso al agua a favor de los pueblos originarios, sea a través de la vía normativa y/o jurisprudencial.

De igual modo, se analizarán dispositivos de rango legal vigentes, así como planes nacionales aprobados mediante decretos supremos, a efectos de verificar si la regulación contenida en ellos puede garantizar de manera óptima el acceso de los pueblos amazónicos a los recursos hídricos. Asimismo, en el segundo capítulo, se abordarán los pronunciamientos que el Tribunal Constitucional del Perú ha realizado sobre esta temática.

Tras efectuar el respectivo análisis normativo y jurisprudencial de otras latitudes y del Perú, en el tercer capítulo se evaluará los alcances de los presupuestos constitucionales que serían necesarios adoptar para garantizar de un modo más óptimo el acceso al agua de los recursos hídricos, sea en su calidad de fuente natural o potable, a favor de los pueblos amazónicos.

En ese sentido, se partirá de la premisa que vivimos en un Estado Constitucional de Derecho, toda vez que el tema del acceso al agua a nivel constitucional ha quedado circunscrito en el plano legal y con algunos presupuestos básicos a nivel de la jurisprudencia constitucional nacional; sin embargo, consideramos que ello resulta insuficiente. Por tanto, este capítulo tiene por objeto revalorar la importancia de un desarrollo teórico a partir de presupuestos constitucionales, en aras de garantizar la dignidad y los derechos fundamentales de los pueblos amazónicos.

Sobre la base de ello, se señalarán algunos lineamientos básicos que podría tener en cuenta, el legislador y/o el Tribunal Constitucional peruano y con ello el ejecutor de las políticas públicas pueda adoptarlos, a efectos de respetar y proteger los derechos fundamentales, en el marco de un Estado Constitucional de Derecho.

Asimismo, se analizará si es un derecho fundamental autónomo o, si por el contrario, forma parte del contenido implícito de otros derechos fundamentales. Sin perjuicio de este debate teórico, se abordarán las obligaciones que conlleva para el Estado y los particulares a raíz de su reconocimiento constitucional, así como las vías procesales por medio de las cuales podría estar tutelado.

De ahí que se analice la posibilidad que el Tribunal Constitucional reformule el contenido del derecho de acceso al agua en los casos en los que estén involucrados pueblos amazónicos y, asimismo, se evalúen las implicancias que conllevaría una nueva mirada constitucional, la cual a futuro podría contemplarse en determinadas políticas públicas, tales como planes nacionales y/o dispositivos legales o, incluso, dispositivos de carácter reglamentario que tengan un alcance general.

En suma, se establece una serie de presupuestos que podrían coadyuvar a los jueces constitucionales o al Tribunal Constitucional en los casos que: i) adviertan una eventual colisión entre el acceso al agua por parte de los pueblos amazónicos y otros derechos fundamentales; y, ii) en los que se invoque una inacción del Estado o ineficiente acceso al agua por parte de los pueblos amazónicos, en la medida que la interpretación jurisprudencial puede ser una herramienta clave y útil para poder solucionar demandas de acceso al agua por parte de estos colectivos vulnerables y muchas veces olvidados por las autoridades.



## CAPÍTULO I

### El acceso al agua de los pueblos amazónicos de Loreto

#### 1. Los pueblos amazónicos y el uso del agua

Un porcentaje considerable de pueblos originarios ubicados en el departamento de Loreto han sufrido, históricamente, una serie de imposiciones, bajo una serie de concepciones “asimilacionistas”, las cuales tenían por objetivo afianzar la construcción de una nación culturalmente homogénea, mediante la imposición de una cultura occidentalizada, toda vez que estas culturas eran consideradas como inferiores o incivilizadas.

A lo largo del siglo XX, el desarrollo de los procesos de urbanización y las migraciones internas, así como la mayor conectividad producto de los medios de comunicación, la ampliación de estos, de las relaciones de mercado y la expansión en la cobertura de las entidades públicas —en educación, salud, seguridad, justicia, etc. —, han propiciado que se genere una mayor asimilación de los pueblos originarios<sup>1</sup>, encaminada hacia un ideal de sociedad nacional.

Es menester recordar que las culturas amazónicas<sup>2</sup> serán objeto de atención y estudio por los historiadores tras la llegada de jesuitas durante fines del siglo XVII, quienes, luego, fueron expulsados por los españoles. Posterior a ello, será recién a fines del siglo XIX en el que nuevamente encontraremos datos históricos sobre las culturas amazónicas, debido a la explotación del caucho<sup>3</sup>.

Para efectos del presente trabajo, se ha optado por la denominación de pueblos amazónicos que involucra tanto a las comunidades nativas como a los pueblos originarios

<sup>1</sup> Cabe señalar que en la Constitución de 1920, durante el gobierno de Augusto B. Leguía se reconoció a las comunidades de la sierra; sin embargo, será recién durante el gobierno de Velasco Alvarado en el que se creará el registro de comunidades nativas, como un modo de reconocer a las culturas de la Amazonía. Este será el hito, mediante el cual se iniciará el camino por parte de los pueblos de la Amazonía para exigir el reconocimiento de una serie de derechos.

<sup>2</sup> "No solo por los estudios de los etnógrafos modernos y de los viajeros del siglo pasado sino por el testimonio de los propios historiadores españoles del siglo XVI, como Toribio de Ortiguera (LXII) se puede trazar un cabal esquema de la vida de los pueblos amazónicos que, de ordinario, imaginamos como sumamente primitivos, cazadores antropófagos. De los relatos antiguos como de las monografías recientes resulta que las tribus orientales poseían, cada una en distinta proporción, muchos elementos culturales que siendo originarios de la Amazonía, pasaron a constituir base de la civilización andina. No puede sostenerse lo contrario, porque la penetración de los incas no se había producido en gran escala ni desde mucho tiempo atrás, sino bajo los monarcas postreros del imperio cusqueño". En: VALCÁRCEL, Luis. *Historia de la cultura antigua del Perú*. Tomo I. Volumen II. Imprenta del Ministerio de Educación Pública. 1948, pp. 138.

<sup>3</sup> "Los dos mayores procesos históricos de los que podemos dar cuenta en la Amazonía peruana, que son las reducciones misionales de los siglos XVII y XVIII y el auge de la explotación del caucho durante el siglo XIX, han causado una profunda reconfiguración política y sociológica de la región que les sirvió de escenario. A la desaparición física de numerosos pueblos, a consecuencia principalmente de enfermedades traídas por los foráneos, pero también de masacres, se añade la reubicación forzada de pueblos indígenas o de segmentos de ellos en zonas alejadas de sus territorios ancestrales, la alteración de sus tradiciones culturales y la composición de identidades que, sobre una base profundamente indígena, se apropian de elementos de la cultura invasora, a la que recomponen y adapta para dar nacimiento al llamado "campesino ribereño". En: CHIRIF, Alberto y CORNEJO CHA PARRO, Manuel. *Imaginario e imágenes de la época del caucho: los sucesos del Putumayo*. Lima: CAAAP, El referido material bibliográfico describe los sucesos y excesos que llevaron a la muerte de más de 30000 pobladores amazónicos durante el auge de la extracción cauchera en la cuenca este del río Putumayo, 2009, pp. 204-205. El referido material bibliográfico describe los sucesos y excesos que llevaron a la muerte de más de 30000 pobladores amazónicos durante el auge de la extracción cauchera en la cuenca este del río Putumayo.

en situación de aislamiento y contacto inicial, a pesar que, en ocasiones, suelen ser denominadas en conjunto como pueblos indígenas.

Si bien esta última denominación encuentra respaldo a nivel internacional, tanto en el Convenio 169 de la OIT como en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte IDH) y en parte de la legislación nacional; no obstante, consideramos que nada impide que se opte por la denominación de pueblos amazónicos<sup>4</sup>, en la medida que ello se encuentra reconocido a nivel legal, en el artículo 7 de la Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la OIT.

De modo que los pueblos amazónicos deberían ser considerados como pueblos originarios siempre que cumplan determinados criterios objetivos y subjetivos de identificación como sujetos colectivos, en ese sentido, la referida denominación no altera su naturaleza, ni sus derechos colectivos reconocidos, de conformidad con el dispositivo convencional señalado en el acápite precedente.

En suma, la denominación de pueblos amazónicos por la que optamos no pretende impedir, en absoluto, la aplicación de los derechos reconocidos en el Convenio 169 de la OIT, sino que con ello se busca contribuir con la no discriminación que aún persiste en el Perú, teniendo en cuenta que la denominación “indígena” tiene un origen histórico en el que se hacía referencia a “pueblos oprimidos” o “incultos” o “no civilizados”.

En esa línea, somos de la opinión que el lenguaje también puede contribuir con acentuar actitudes discriminatorias, de ahí que hoy en día, muchas entidades nacionales e internacionales se refieran a determinados colectivos de un modo diferente a lo que solía denominarse hace algunas décadas atrás, conforme sucede con las denominaciones población afrodescendiente o población andina.

Con relación a los pueblos originarios en situación de aislamiento y contacto inicial, si bien no existe data oficial exacta sobre el número de personas que se encuentran en esta situación, para efectos de la presente investigación se tendrá en consideración el registro de reservas territoriales que el Estado peruano ha reconocido en beneficio de estos pueblos, con más de 2' 400,000 de hectáreas destinadas a su protección, las cuales hasta el momento hacen un total de cinco<sup>5</sup>: Reserva Territorial Murunahua (Ucayali), Reserva Territorial Kugapakori, Nahua, Nanti y otros (Cusco), Reserva Territorial Isonahua (Ucayali), Reserva Territorial Mascho Piro (Ucayali), Reserva Territorial Madre de Dios (Madre de Dios).

No obstante, conforme la información difundida por el Ministerio de Cultura, existe una solicitud de Reserva Indígena Sierra del Divisor Occidental, cuya delimitación comprende

<sup>4</sup> A mayor abundamiento, se aprecia que esta denominación es utilizada incluso, en ocasiones, por el Ministerio de Cultura.

<sup>5</sup> <http://www.cultura.gob.pe/es/interculturalidad/dpiaci/registro/reservasindigenas>. Visto el 15 de setiembre de 2015.

parte de la región Loreto<sup>6</sup>, la solicitud de Reserva Indígena Cacataibo Sur y Cacataibo Norte, cuya delimitación también comprende parte de la región Loreto<sup>7</sup>, la solicitud de Reserva Indígena Tapiche, Blanco Yaquerana, Choyabacu y afluentes (Yavarí Tapiche), ubicada en la región Loreto<sup>8</sup>, así como la solicitud de Reserva Indígena Yavarí Mirín, ubicada en el departamento de Loreto<sup>9</sup>.

Asimismo, conforme lo previsto en el Anexo N° 1 de la Resolución Ministerial N° 393-2015-MC<sup>10</sup>, se aprobó el listado actualizado de centros poblados ubicados en el ámbito de comunidades pertenecientes a pueblos de la Amazonía peruana<sup>11</sup>, contenido en la “Base de datos oficial de pueblos indígenas u originarios” e incorpora datos complementarios a los contenidos en las Resoluciones Ministeriales N°s. 321-2014-MC<sup>12</sup>, 066-2015-MC<sup>13</sup> y 204-2015-MC<sup>14</sup>. Cabe señalar que esta información fue brindada por las Direcciones Regionales Agrarias y el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), lo cual dio como resultado dos mil quinientos noventa y nueve comunidades de la Amazonía peruana, de las cuales mil veintinueve se encuentran en la región de Loreto, ubicadas en las siguientes nueve provincias: Maynas, Requena, Datem de Marañón, Alto Amazonas, Ucayali, Alto Amazonas, Loreto, Mariscal Ramón Castilla, Putumayo.

### 1.1 Las actividades económicas, organización política y creencias ancestrales

Consideramos este aspecto esencial, a fin que en las siguientes líneas pueda realizarse una estimación sobre el daño que podría ocasionarse a los pueblos amazónicos respecto a sus actividades diarias y económicas como la pesca y la agricultura y, la posible afectación a su modo de vida, a su cosmovisión, cuando las fuentes hídricas a las cuales tienen acceso se encuentran contaminadas. Para tal efecto, se mencionarán algunos colectivos, tomados de la “Base de datos oficial de pueblos indígenas u originarios” del Ministerio de Cultura<sup>15</sup>, a fin de tener una idea sobre las implicancias que este hecho conllevaría, conforme se detalla a continuación:

<sup>6</sup> El Memorando N° 191-2013-VM/MC que otorga calificación favorable para el reconocimiento de uno o más pueblos indígenas en situación de aislamiento y la categorización de la Reserva Indígena Sierra del Divisor Occidental.

<sup>7</sup> El Memorando N° 189-2013-VM/MC que otorga calificación favorable para el reconocimiento de pueblo indígena Cacataibo en situación de aislamiento y la categorización de la Reserva Indígena Cacataibo Sur y Reserva Indígena Cacataibo Norte.

<sup>8</sup> El Memorando N° 193-2013-VM/MC que otorga calificación favorable para el reconocimiento de pueblos indígenas Matsés (Mayuruna), Isconahua o Iscobaquebu (Remo), Korubo y Matis en situación de aislamiento y la categorización de la Reserva Indígena Yavarí Tapiche.

<sup>9</sup> El Memorando N° 192-2013-VM/MC que otorga calificación favorable para el reconocimiento de pueblos indígenas en situación de aislamiento identificados como pertenecientes a los pueblos indígenas Marubo, matis, Matsés, Korubo y Mayoruna y la categorización de la Reserva Indígena Yavarí Mirín.

<sup>10</sup> Publicada el 12 de noviembre de 2015 en el diario oficial El Peruano.

<sup>11</sup> “De acuerdo a los datos para el 2014 de la Encuesta Nacional de Hogares (ENAHOG), el 60.4% de la población de las comunidades nativas se encuentra en situación de pobreza, mientras que el 20.1% está en pobreza extrema. Esta situación contrasta significativamente con la población no indígena, toda vez que ella solo el 19.4% es pobre y el 3.5% es pobre extremo”. En: Decreto Supremo N° 003-2016-MIDIS, mediante el cual se aprueba la Estrategia de Acción Social con Sostenibilidad, publicado el 15 de mayo de 2016 en el diario oficial El Peruano.

<sup>12</sup> Publicada el 3 de octubre de 2014 en el diario oficial El Peruano.

<sup>13</sup> Publicada el 27 de febrero de 2015 en el diario oficial El Peruano.

<sup>14</sup> Publicada el 20 de junio de 2015 en el diario oficial El Peruano.

<sup>15</sup> Para mayor detalle, véase el siguiente enlace: <http://bdpi.cultura.gob.pe>. Visto el 10 de julio de 2015.

- El pueblo Achuar<sup>16</sup> vive principalmente en el norte del departamento de Loreto, cerca de la frontera con Ecuador. Tradicionalmente, existe una división sexual del trabajo. Los hombres se dedican a la caza y a la pesca, actividades cuya frecuencia e importancia depende de la cercanía de la comunidad respecto de los ríos. Sin embargo, son las mujeres quienes están más relacionadas con la actividad agrícola y un 80% de los cultivos son destinados para su autoconsumo; mientras que un 20% se realiza con fines comerciales.
- El pueblo Arabela<sup>17</sup> permanece principalmente en comunidades ubicadas en el departamento de Loreto. Según la tradicional división sexual del trabajo, los hombres se dedican a ciertas actividades como la caza, la pesca, la preparación del terreno para la chacra, la construcción de casas, la fabricación de canoas, entre otras. Mientras que, las mujeres, tienen entre sus actividades la cosecha, el molido de maíz, la cocina, el hilado de chambira y la alfarería. Es de precisar que este colectivo destina a la comercialización los excedentes de yuca, maíz, plátano y algunos frutales.
- El pueblo Awajún<sup>18</sup>, si bien vive principalmente en el departamento de Amazonas, también se encuentran comunidades en el norte del departamento de Loreto. Tradicionalmente, los Awajún practican una agricultura de roza y quema, en donde la mujer cumple un rol principal, dado que está encargada de mantener la chacra y cosechar la yuca. Mientras que la caza es una actividad que la realizan los hombres y, por ende, se encargan de la fabricación de armas y el tratamiento de las pieles de los animales.

Con relación a la cosmovisión, consideran que la naturaleza se encuentra personificada, toda vez que son muchos los espíritus que habitan en el bosque y el agua y son ellos los que protegen y ayudan a curar a las personas enfermas. Consideran que existe el espíritu del agua, denominada Tsuqki, que junto al espíritu de la tierra (Nugkui) y el espíritu del bosque (Etsa), proporcionan puntos de referencia que ordenan, organizan y guían el uso de espacio.

- El pueblo Bora<sup>19</sup> vive principalmente en la zona nororiental del departamento de Loreto, cerca a la frontera con Colombia. Este pueblo se dedica al cultivo, a la caza, la pesca, el comercio de madera y artesanía.

Con relación a su organización política, los Bora se dividen tradicionalmente en clanes, los cuales son liderados cada uno por un curaca y este cargo sería transmitido hereditariamente de padre a hijo, varón primogénito.

<sup>16</sup> <http://bdpi.cultura.gob.pe/pueblo/achuar>. Visto el 10 de julio de 2015.

<sup>17</sup> <http://bdpi.cultura.gob.pe/pueblo/arabela>. Visto el 10 de julio de 2015.

<sup>18</sup> <http://bdpi.cultura.gob.pe/pueblo/awajun>. Visto el 10 de julio de 2015.

<sup>19</sup> <http://bdpi.cultura.gob.pe/pueblo/bora>. Visto el 10 de julio de 2015.

- El pueblo Chapra<sup>20</sup> vive principalmente en los distritos de Morona y Pastaza, en la provincia de Datem del Marañón, en el departamento de Loreto. Entre las actividades económicas de los chapra se encuentran la agricultura y la ganadería. La mayor parte de la producción agrícola es destinada al consumo interno, mientras que la ganadería es una actividad realizada exclusivamente con fines comerciales. Otras actividades de autoconsumo son la caza y la pesca; sin embargo, cada vez resulta más difícil la disponibilidad de presas de caza, razón por la cual la población se ve forzada a caminar cada vez más horas para llegar a lugares donde existan las condiciones para conseguir animales silvestres.

## 1.2 Las mujeres y la niñez sobre el uso del agua

En la medida que son las mujeres y las niñas quienes se dedican a actividades vinculadas al cultivo, a la cocina y a las labores domésticas, es decir, cumplen roles tradicionales, resulta ser una práctica común que sean ellas quienes se dediquen a cargar en recipientes agua para sus familias. Así, por ejemplo, tanto en la Amazonía como en la región andina, el acceso al agua y su respectivo control resultan ser estrategias fundamentales en las estrategias de sobrevivencia de las unidades familiares<sup>21</sup>.

De otro lado, si bien no existe una data exacta sobre la situación por la que atraviesan las mujeres pertenecientes a pueblos amazónicos, consideramos que puede tenerse en consideración un Informe que data del 2003, elaborado por el Ministerio de Salud, sobre la base de entrevistas, respecto al caso de los Nanti de la reserva territorial Kugapakori Nahua río Camisea, Cusco, aun cuando no es muy reciente, puede ser tomado en cuenta de manera referencial<sup>22</sup>:

*“Todas las mujeres entrevistadas indicaron traer agua del río, mayormente del canal principal o, en invierno cuando el río está crecido y turbio, de alguna quebrada. Es tarea de mujeres, en la que participan tanto mujeres adultas como niñas, quienes traen agua cuando la necesitan, en cantidades que varían según el número de personas que está compartiendo la comida de una mujer, pero la mayor parte de las mujeres indicó que busca agua de mañana y tarde, o sea por lo menos dos veces al día, de manera que no hay mucha oportunidad de mantenerla almacenada en los porongos. Los usos principales del agua que llevan a casa les sirve para lavar la yuca y otros tubérculos, cocinar y diluir el masato”.*

Con relación a la niñez de los pueblos amazónicos, si bien no hemos encontrado una data actualizada específicamente sobre el uso del agua y las condiciones a las que tienen

<sup>20</sup> <http://bdpi.cultura.gob.pe/pueblo/chapra>. Visto el 10 de julio de 2015.

<sup>21</sup> BOELEN, Rutgerd y ZWARTEVEEN, Margaret. “Las dimensiones de género de los derechos de agua en los sistemas de riego andino”. En: *Derechos de agua y acción colectiva*. Primera reimpression, Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 2007, pp. 113-151.

<sup>22</sup> MINISTERIO DE SALUD. OFICINA GENERAL DE EPIDEMIOLOGÍA. *Pueblos en situación de extrema vulnerabilidad: El caso de los Nanti de la reserva territorial Kugapakori Nahua río Camisea, Cusco*. PERU/MINSA/OGE-04/009 & Serie Análisis de Situación de Salud y Tendencias. 2003, 2004, pp. 88. [http://www.dge.gob.pe/publicaciones/pub\\_asis/asis12.pdf](http://www.dge.gob.pe/publicaciones/pub_asis/asis12.pdf). Visto el 29 de noviembre de 2015.

acceso, consideramos que ello no puede ser óbice para no tener una idea de la realidad existente. Así, por ejemplo, el resultado del II Censo de Comunidades Indígenas de la Amazonía Peruana 2007 refleja que el acceso a fuentes mejoradas de agua y saneamiento es significativamente menor entre los niños, niñas y adolescentes pertenecientes a pueblos amazónicos, en comparación con sus pares de lengua materna castellana.

En ese sentido, en el referido censo se señaló que el 28% de la niñez indígena de 3 a 5 años accede a fuentes mejoradas de agua en comparación con el 66% de la niñez no indígena; mientras que, entre quienes tienen entre 6 a 11 años y entre 12 a 17 años, los porcentajes son de 32% y 68% y de 39% y 70%, respectivamente<sup>23</sup>.

### 1.3 Organización referente al uso del agua

La Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos<sup>24</sup> establece que el Estado crea mecanismos para la participación de los usuarios y de la población organizada en la toma de decisiones que afectan el agua en cuanto a calidad, cantidad, oportunidad u otro atributo del recurso.

En ese sentido, en el referido dispositivo se prevé que los Consejos de Recursos Hídricos de Cuencas son órganos de la Autoridad Nacional del Agua (en adelante, la ANA), constituidos con la finalidad de lograr la participación activa y permanente de los gobiernos regionales, gobiernos locales, sociedad civil, organizaciones de usuarios de agua, comunidades campesinas, comunidades nativas y demás integrantes del Sistema Nacional de Gestión de los Recursos Hídricos<sup>25</sup> que intervienen en la cuenca, con el objeto de participar en la planificación, coordinación y concertación para el aprovechamiento sostenible de los recursos hídricos en sus respectivos ámbitos, mediante el Plan de Gestión de Recursos Hídricos en la Cuenca<sup>26</sup>.

Asimismo, un tema que concita la atención es el referente a los usuarios de agua de la Amazonía, quienes se encuentran, incluso, organizados en comités de subcuenca, debiendo ejercer sus atribuciones y funciones en forma coordinada con las comunidades nativas y los pueblos originarios. Sin perjuicio de ello, también se reconoce la facultad que tienen las comunidades nativas para organizar comités de subcuenca conforme a sus usos y costumbres, encargándose de la protección de las cochas, humedales y restingas

<sup>23</sup> Para mayor detalle, véase el siguiente enlace: [http://www.unicef.org/lac/Estado\\_de\\_la\\_Ninez\\_Indigena\\_190810\(1\).pdf](http://www.unicef.org/lac/Estado_de_la_Ninez_Indigena_190810(1).pdf). Visto el 29 de noviembre de 2015.

<sup>24</sup> Publicada el 31 de marzo de 2009 en el diario oficial El Peruano.

<sup>25</sup> Cabe señalar que, conforme al artículo 11 de la Ley N° 29338, integran el Sistema Nacional de Gestión de los Recursos Hídricos:

- 1.- La Autoridad Nacional del Agua
- 2.- El Ministerio del Ambiente, el Ministerio de Agricultura, el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, el Ministerio de Salud, el Ministerio de la Producción y el Ministerio de Energía y Minas.
- 3.- Los gobiernos regionales y gobiernos locales a través de sus órganos competentes.
- 4.- Las organizaciones de usuarios agrarios y no agrarios.
- 5.- las entidades operadoras de los sectores hidráulicos, de carácter sectorial y multisectorial.
- 6.- Las comunidades campesinas y comunidades nativas.
- 7.- Las entidades públicas vinculadas con la gestión de los recursos hídricos.

<sup>26</sup> <http://www.iproga.org.pe/conversatorio/conversatorio1.html>. Visto el 30 de noviembre de 2015.

de selva, de conformidad con la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos. Cabe señalar que estos comités se organizan en torno a los ríos menores o grandes quebradas y de acuerdo a la zonificación que realice la ANA.

Sobre este punto, es preciso remarcar que las comunidades nativas no están obligadas a formar organizaciones de usuarios para ejercer su derecho del uso de agua, toda vez que para la distribución del recurso hídrico se organizan de acuerdo a sus usos y costumbres ancestrales.

Por otro lado, si bien no existe una data sobre la organización de los comités de subcuenca en la Amazonía, conformados por comunidades nativas, así como tampoco el número existente de estos comités, en la medida que resulta ser opcional, podría tenerse en consideración, la información señalada en el acápite anterior, además, podría considerarse de manera referencial lo señalado por el Ministerio de Agricultura en el año 2013, respecto a la conformación de las Juntas de Usuarios de Riego en las zonas andinas.

Adicionalmente, cabe mencionar que, en la región andina, conforme a los indicadores señalados por el Ministerio de Agricultura, solo un total de 38 mujeres ocuparon un cargo directivo en la Junta de Usuarios de Riego, que cuenta con un total de 898 directivos, lo cual significa una participación del 4.23% en relación al total de directivos<sup>27</sup>.

Esta información que ocurre en la zona andina del Perú, podría conllevarnos a colegir que una situación similar podría repetirse en las cuencas amazónicas ubicadas en el departamento de Loreto, de las cuales participan las comunidades nativas.

## **2. La calidad del uso del agua en Loreto y su incidencia en los pueblos amazónicos**

Los indicadores sociales y económicos revelan lo paradójico de la Amazonía, pues a pesar de la abundancia de agua que existe en muchos lugares, el recurso hídrico no se encuentra en buenas condiciones, razón por la cual se requiere un debido monitoreo, a fin de garantizar que sea apta para el consumo humano. Además de ello, existe una carencia de servicios públicos básicos y de infraestructura, lo que ha conllevado que la región sea catalogada entre los niveles más bajos de desarrollo y, por lo tanto, se agudice la marginación y exclusión de la población amazónica, siendo ubicadas en las escalas más bajas de la pobreza<sup>28</sup>.

### **2.1 La disponibilidad del agua en el departamento de Loreto**

<sup>27</sup> Para mayor detalle, véase el siguiente enlace:  
<http://centroderecursos.cultura.pe/sites/default/files/rb/pdf/Que%20cambios%20para%20las%20mujeres%20en%20el%20Peru.pdf>. Visto el 28 de noviembre de 2015.

<sup>28</sup> OFICINA NACIONAL DE DIÁLOGO Y SOSTENIBILIDAD DE LA PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS. *Willaqniki. Informe de diferencias, controversias y conflictos sociales N° 12. Situación en la Amazonía peruana: realidad y perspectivas, intervención de la ONDS*. Noviembre 2013, pp.8.

El Perú ocupa el octavo lugar en el ranking mundial de países con mayor cantidad de agua<sup>29</sup> y cuenta con tres vertientes hidrográficas: del Pacífico, la Amazónica<sup>30</sup> y la del lago Titicaca. En la presente investigación solo nos centraremos en la vertiente amazónica, toda vez que resulta ser parte de nuestro objeto de estudio<sup>31</sup>.



Fuente: [http://www.amazonia-andina.org/sites/default/files/daaa\\_politicas\\_y\\_marco\\_juridico\\_proteccion\\_agua\\_jorge\\_benites\\_aguero.pdf](http://www.amazonia-andina.org/sites/default/files/daaa_politicas_y_marco_juridico_proteccion_agua_jorge_benites_aguero.pdf)

Conforme se aprecia del gráfico, en la vertiente amazónica se encuentra el mayor porcentaje de agua, lo cual resulta paradójico, toda vez que, por ejemplo, en la vertiente del pacífico según los indicadores existe un menor porcentaje de disponibilidad; sin embargo, el mayor porcentaje de la población reside en la costa; mientras que en la vertiente amazónica si bien existe una mayor disponibilidad, no existe un número de habitantes tan amplio como en la costa. En los siguientes acápite se analizará si entre la referida disponibilidad existe una proporción con la calidad de los recursos hídricos a las que tienen acceso, básicamente, los pueblos amazónicos ubicados en el departamento de Loreto.

Cabe señalar que existen 159 cuencas hidrográficas en el territorio nacional, las cuales se encuentran ubicadas de la siguiente manera: 62 en la vertiente del Pacífico, 84 en el Atlántico y 13 en el lago Titicaca. De ellas 34 son transfronterizas, 9 en la vertiente del Pacífico (Ecuador y Chile), 17 en el Amazonas (Ecuador, Colombia, Brasil y Bolivia) y 8 en el Titicaca (Bolivia y Chile)<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> <http://www.snmpe.org.pe/prensa-y-multimedia-snmpe/sintesis-de-noticias/mineria/snmpe-el-53-del-agua-disponible-en-costa-peruana-se-desperdicia-por-falta-de-infraestructura.html>. Visto el 30 de noviembre de 2015.

<sup>30</sup> Esta cuenca se divide en 44 subcuencas, véase el siguiente enlace: [http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/file/DGAAM/mapas/mapas\\_cuencas.htm](http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/file/DGAAM/mapas/mapas_cuencas.htm). Según cifras oficiales del Ministerio de Energía y Minas. Visto el 5 de setiembre de 2015.

<sup>31</sup> "Uso del agua: los retos del Perú, un país rico en este recurso". <http://elcomercio.pe/peru/pais/uso-agua-retos-peru-pais-rico-este-recurso-noticia-1814746>. Visto el 29 de mayo de 2015. "El Perú es uno de los veinte países más ricos del mundo en agua. Sin embargo, el recurso no está ubicado en los lugares donde más se requiere de este".

<sup>32</sup> VI Foro Mundial del Agua. Marsella-Francia 2012. Foro de las soluciones y de los compromisos. Informe país, pp. 10. Para mayor detalle, véase en el siguiente enlace: <http://www.ana.gob.pe/media/1243802/informe%20pais%20%202012.pdf>. Visto el 4 de diciembre de 2015.

Sin embargo, a pesar de este gran número de cuencas solo existen seis consejos de cuenca creados para ocho Gobiernos Regionales, los cuales se detallan a continuación:

Consejo	Creación	Ambito
Chira-Pira	Decreto Supremo 006-2011-AG	Piura
Chancay-Lambayeque	Decreto Supremo 008-2011-AG	Cajamarca y Lambayeque
Quilca-Chili	Decreto Supremo 003-2012-AG	Arequipa
Chancay-Huaral	Decreto Supremo 004-2012-AG	Lima
Tumbes	Decreto Supremo 013-2012-AG	Tumbes y Piura
Caplina-Locumba	Decreto Supremo 019-2013-MINAGRI	Tacna y Moquegua

## 2.2 Datos sobre la calidad del acceso al agua

### 2.2.1 Calidad de los ríos amazónicos de Loreto

Según lo señalado por la ANA, el 40% de los problemas que sufre la cuenca amazónica tiene que ver con la calidad de los recursos hídricos, debido al desarrollo de la minería ilegal, las actividades extractivas de hidrocarburos, vertimientos residuales domésticos sin tratamiento y el transporte pluvial que ha perjudicado la calidad de las aguas de los principales ríos de la Amazonía originando una reducción de la productividad pesquera y el incremento de enfermedades en las personas<sup>33</sup>.

Esta situación ha sido reafirmada por Investigadores de Ciencia y Tecnología Ambientales y del Departamento de Sanidad y Anatomía Animal de la Universidad Autónoma de Barcelona<sup>34</sup>, cuyo estudio consistió en elaborar una base de datos de análisis químicos realizados en la Amazonía del Perú entre los años 1983 y 2013 y cuyos resultados señalan que la contaminación por petróleo<sup>35</sup> ha afectado el Amazonas del Perú durante los últimos 30 años, lo que supone un peligro importante para las zonas más vírgenes y remotas de esta región, toda vez que el 68% de las muestras estaban por encima de los límites actuales permitidos en cuanto a las concentraciones de plomo y el 20% de cadmio.

A lo largo de las cuatro décadas que se vienen realizando exploraciones y extracciones petroleras en la Amazonía del Perú, básicamente, en el departamento de Loreto, existen

<sup>33</sup> <http://www.rumbosdelperu.com/intensifican-esfuerzos-para-preservar-recursos-hidricos-de-la-cuenca-amazonica-V1189.html>. Visto el 29 de noviembre de 2015.

<sup>34</sup> Para mayor detalle, se sugiere revisar el siguiente enlace: <http://www.uab.cat/web/sala-de-prensa/detalle-noticia/el-petroleo-ha-contaminado-el-amazonas-del-peru-durante-los-ultimos-30-anos-1345667994339.html?noticiaid=1345672510909>. Visto el 15 de julio de 2015.

<sup>35</sup> La producción de gas y petróleo a nivel nacional empezó en los años 1920 y logró su máximo nivel en 1970, pero la creciente demanda actual está provocando un nuevo crecimiento de las extracciones. Aproximadamente el 70% del territorio ha sido concesionado para la explotación petrolera entre 1970 y 2009. En: <http://www.uab.cat/web/sala-de-prensa/detalle-noticia/el-petroleo-ha-contaminado-el-amazonas-del-peru-durante-los-ultimos-30-anos-1345667994339.html?noticiaid=1345672510909>. Visto el 15 de julio de 2015.

noticias referentes a la incidencia y la externalidad negativa que tales actividades han producido. A continuación se detallará de manera cronológica algunas noticias:

- El 19 de junio de 2010 se denunció el derrame de 400 barriles de petróleo (5000 litros aproximadamente), mientras eran trasladados por la empresa Sanám, pero pertenecientes a la empresa petrolera argentina Plus Petrol, en la región amazónica de Loreto, lo cual incidió en la calidad de las aguas del río Marañón, así como en la reserva nacional Pacaya Samiria, con la consecuente muerte de peces, plantas del lugar, enfermedades de quienes integran las comunidades de la amazonía, toda vez que se alimentan de dichas aguas y peces<sup>36</sup>.
- En el año 2012 se evaluaron cuatro unidades hidrográficas correspondientes a las cuencas del Pastaza, Nanay, Tambopata y la intercuenca media baja Madre de Dios, lo cual dio como resultado que los parámetros superaran los estudios de calidad ambiental del agua (ECA-Agua), encontrándose las siguientes sustancias: oxígeno disuelto, coliformes termotolerantes, sólidos suspendidos, aceites y grasas, nitrógeno total, nitrógeno amoniacal, plomo y mercurio. En la referida evaluación se consideró que la cuenca Pastaza registró el mayor número de parámetros, mientras que en las cuencas Nanay y en la intercuenca media baja Madre de Dios, solo se registraron dos parámetros que incumplieron los ECA<sup>37</sup>.
- En el año 2014, la ANA inició el primer gran monitoreo participativo integral de la calidad de los recursos hídricos en la selva peruana, con la finalidad de conocer cuál es la situación de la calidad del agua de sus ríos y proponer multisectorialmente alternativas de recuperación o protección. El trabajo técnico estuvo a cargo de la Dirección de Gestión de Calidad del Agua de la ANA, el cual comprendió 600 puntos de estudio en más de 90 ríos ubicados en 20 cuencas, entre los ríos a ser analizados figuran: Marañón, Nanay, Corrientes, Tigre, Pastaza, Napo, Itaya, Huallaga, Chamaya, Ucayali, Utcubamba, Pachitea, Madre de Dios, Inambari, Perene, entre otros<sup>38</sup>.

Como consecuencia de ello, en el mes de setiembre de 2014, se dieron a conocer los resultados del monitoreo participativo de calidad de los recursos hídricos del río Nanay, en Loreto, indicando que este río estaba afectado por el vertimiento de aguas residuales municipales, industriales y poblacionales que no son tratadas adecuadamente y que ocasiona un perjuicio a seis centros poblados de diferentes

<sup>36</sup> PEÑA JUMPA, Antonio. "Desastres ecológicos en la Amazonía y los Andes, ¿qué hacer desde el derecho? En: *PUNTO EDU*. Lima: PUCP. 21 de julio de 2010. Para mayor detalle véase el siguiente enlace: <http://puntoedu.pucp.edu.pe/entrevistas/desastres-ecologicos-en-la-amazonia-y-los-andes-que-hacer-desde-elderecho/>

<sup>37</sup> MINISTERIO DEL AMBIENTE. *Informe Nacional del Estado del Ambiente*. 2012-2013. p. 199. Para mayor detalle, véase en el siguiente enlace: <http://www.minam.gob.pe/politicas/wp-content/uploads/sites/17/2013/10/INFORME-NACIONAL-del-Estado-2013.compressed.pdf>. Visto el 30 de noviembre de 2015.

<sup>38</sup> Para mayor detalle, véase el siguiente enlace: <http://www.andina.com.pe/agencia/noticia-ana-inicio-gran-monitoreo-del-agua-los-rios-de-selva-peruana-509656.aspx>. Visto el 26 de julio de 2015.

distritos, los cuales no realizan un tratamiento del agua, ni adecuada gestión de residuos sólidos<sup>39</sup>.

- En el 2014, a través de un Reporte Final de Emergencias Ambientales, Petroperú informó al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, el OEFA) que el 30 de junio de 2014 hubo derrame de petróleo en el kilómetro 41 +833, debido a la comunicación del señor Galo Vásquez Silva, apu de la comunidad nativa de Cuninico, quien señaló haber advertido la presencia de trazas de petróleo crudo en las aguas del río Cuninico, afluente del río Marañón<sup>40</sup>. El volumen derramado fue de 2358 barriles, equivalente a 99038 galones de petróleo.

Asimismo, en la referida resolución del OEFA se menciona que de “los resultados de análisis de muestras de bentos, procedentes del canal de flotación, reflejaron la alteración de la diversidad acuática, reportándose con vida únicamente a los organismos altamente resistentes a la contaminación”. En ese sentido, queda acreditada el daño real a la fauna de la zona de influencia del derrame de petróleo en el río Cuninico, de igual modo, quedó acreditado que existe población en la zona de influencia directa e indirecta producto del derrame, razón por la cual existe un daño potencial a la vida o salud humana.

- En un informe del año 2015, elaborado por la Federación Indígena Quechua del Pastaza (Fediquep) se indica que la gran mayoría de los ríos y las cochas de la zona tienen altas concentraciones de derivados de petróleo (tales como bario, mercurio, arsénico, aluminio, hierro<sup>41</sup>) en los sedimentos de la quebrada Ullpayacu y de la cocha Chirunchicocha<sup>42</sup>, lo que ha ocasionado una grave contaminación.
- En las supervisiones especiales llevadas a cabo del 27 al 29 de enero de 2016 y del 6 al 11 de febrero de 2016, el OEFA verificó que en la progresiva 440+781 del

<sup>39</sup> Para mayor detalle, véase el siguiente enlace: <http://www.andina.com.pe/agencia/noticia-ana-inicio-gran-monitoreo-del-agua-los-rios-de-selva-peruana-509656.aspx>. Visto el 26 de julio de 2015.

<sup>40</sup> Resolución Directoral N° 844-2015-OEFA/DFSAI del 21 de setiembre de 2015, recaída en el Expediente N° 1306-2014-OEEFA/DFSAI/PAS, emitido por la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental. Para mayor detalle, véase el siguiente enlace: [http://www.oefa.gob.pe/?wfb\\_dl=15555](http://www.oefa.gob.pe/?wfb_dl=15555). Visto el 5 de mayo de 2015.

<sup>41</sup> <http://observatoriopetrolero.org/los-riesgos-de-la-salud-en-el-pastaza-frente-a-la-contaminacion/>. Visto el 10 de setiembre de 2015. En esta página se puede apreciar el efecto adverso que producen algunos elementos, los que se detallan a continuación: 1) hidrocarburos totales de petróleo: en exposición a altas concentraciones puede causar la muerte. La exposición a pequeñas concentraciones puede provocar afectación del sistema nervioso, dolor de cabeza, náuseas, somnolencia, pérdida de conciencia. Exposiciones a largo plazo pueden provocar daños a la sangre, riñones o hígado y tiene un efecto cancerígeno. 2) bario, es un metal pesado. La toma de gran cantidad puede causar parálisis y, en algunos casos, incluso la muerte. En pequeñas cantidades puede causar en las personas dificultad al respirar, incremento de la presión sanguínea, arritmia, dolor de estómago, debilidad en músculos, inflamación del cerebro y el hígado, daño en riñones y corazón, 3) mercurio, metal pesado, venenoso al contacto, al olerlo y al ingerirlo. Cuando está disuelto en el agua genera afectaciones a la salud, sistema nervioso, temblores en el cuerpo. Problemas en la visión y audición, insomnio, problemas de concentración, limitación del aprendizaje, atraso en el crecimiento de los niños y niñas (físico y mental), 4) arsénico, metal pesado. Venenoso en grandes cantidades puede matar, irrita los tejidos del cuerpo, sistemas digestivo, respiratorio y piel. Produce infertilidad en hombres y mujeres, 5) aluminio, concentraciones significativas de aluminio pueden causar daños al sistema nervioso central, demencia, pérdida de la memoria, apatía, temblores severos, 6) hierro, en altas dosis puede provocar conjuntivitis.

<sup>42</sup> <http://www.source-international.org/es/public-notice-of-the-indigenous-rights-defense-program-about-pastaza-contamination/>. Visto el 27 de noviembre de 2015.

Tramo II, así como en la progresiva 206+031 del Ramal Norte, ambos del Oleoducto Norperuano operado por la empresa Petroperú, se produjeron derrames de petróleo crudo ocasionados por el deterioro de la tubería debido a un proceso corrosivo externo, afectando al suelo superficial adyacente a la tubería así como cuerpos hídricos (quebradas y ríos)<sup>43</sup>.

## 2.2.2 Acceso de los pueblos amazónicos a agua potable

La Organización de las Naciones Unidas, dentro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio, conforme se desarrollará con mayor amplitud en el segundo capítulo, estableció como línea de base a los Estados Partes una cobertura de servicios de agua potable del 75%, lo cual implicaba reducir a la mitad las personas sin acceso a agua y que ello debía reflejar una cobertura de acceso al agua de 87%<sup>44</sup>.

Con relación al Perú, los datos del Instituto Nacional de Estadística e Informática (en adelante, el INEI) correspondiente al IV trimestre del 2014, la cobertura de acceso a agua potable a través de la red pública a nivel nacional llegó al 85.9%. No obstante, la información elaborada por el INEI no se encuentra desagregada a nivel de distritos, sino únicamente por regiones, razón por la cual dificulta el conocimiento real de acceso en cada circunscripción<sup>45</sup>.

Sin embargo, conforme al tercer reporte del INEI, que data del mes de setiembre de 2015, y que corresponde a los meses de abril, mayo y junio 2015, se indica que en el área rural 66 de cada 100 hogares tiene acceso al agua por red pública. En ese sentido, de la zona rural del país, solo el 65,7% tiene acceso a este servicio<sup>46</sup>.

Como se puede apreciar, si bien a nivel nacional el porcentaje de acceso a agua potable se incrementó, ello no ocurrió en la misma medida en las zonas rurales, existiendo aún una brecha considerable entre las zonas urbanas y rurales, no cumpliendo el Perú con el Objetivo 7 del Desarrollo del Milenio<sup>47</sup>.

Luego de haber señalado brevemente el contexto global sobre el acceso al agua potable en zonas rurales, consideramos que este acceso debe estar referido exclusivamente a las comunidades nativas, en la medida que muchas de ellas han adoptado algunas costumbres occidentalizadas. En ese sentido, sobre este aspecto, se excluye a los

<sup>43</sup> Resolución Directoral N° 12-2016-OEFA/DS, del 15 de febrero del 2016, emitido por la Dirección de Supervisión. Para mayor detalle, véase el siguiente enlace: [https://www.oefa.gob.pe/?wpfb\\_dl=16917](https://www.oefa.gob.pe/?wpfb_dl=16917). Visto el 5 de mayo de 2016. Asimismo, puede revisarse el siguiente documental: [http://elpais.com/elpais/2016/02/23/planeta\\_futuro/1456251889\\_477465.html](http://elpais.com/elpais/2016/02/23/planeta_futuro/1456251889_477465.html). Visto el 20 de abril de 2016. Al respecto, cabe acotar que el 3 de marzo de 2016 se publicó en el diario oficial El Peruano el Decreto Supremo N° 014-2016-PCM, Decreto Supremo que declara el Estado de Emergencia en las localidades de Chiriaco, Chipe, Villa Hermosa, Inayo, Wachins, Nazareth, Pakun, Wachapea, Nuevo Progreso y Samaren, del distrito de Imaza, provincia de Bagua, departamento de Amazonas.

<sup>44</sup> MERCADO, Leida. *Agua y los objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM)*, pp. 9. Para mayor detalle, véase el siguiente enlace: <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/3346mercado.pdf>. Visto el 20 de noviembre de 2015.

<sup>45</sup> DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Informe Defensorial N° 170. El derecho humano al agua y saneamiento. El control del gasto público en la ejecución de infraestructura de acceso*, mayo 2015, pp. 13-14.

<sup>46</sup> [http://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/informe-tecnico-n03\\_condiciones-vida\\_abrmayjun15.pdf](http://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/informe-tecnico-n03_condiciones-vida_abrmayjun15.pdf).

<sup>47</sup> Visto el 29 de noviembre de 2015.

<http://www.un.org/es/millenniumgoals/>. Visto el 26 de noviembre de 2015.

pueblos en situación de aislamiento y contacto inicial, dada la particular naturaleza en la que viven, sobre todo aquellos pueblos que se encuentran en situación de aislamiento y cuyo contacto cercano con alguien de una zona urbana aunque breve que fuera podría ser fatal para ellos por cuanto podría afectar su estado de salud y generar un perjuicio irreparable.

De otro lado, sobre la base de la información del empadronamiento de población y viviendas realizado entre los años 2012 y 2013 por el Sistema de Focalización de Hogares y difundido por la Base de Datos de Pueblos Indígenas u Originarios del Ministerio de Cultura<sup>48</sup>, se advierte que un número considerable de personas que integran comunidades nativas no cuentan con acceso a agua potable<sup>49</sup>.

Al respecto, cabe acotar que “la población de las comunidades nativas es la más excluida en términos de acceso a los servicios básicos. Así, por ejemplo, de acuerdo a los datos de ENAHO 2014, solo el 35,7 % de los hogares en las comunidades tiene acceso al servicio de agua a través de red pública o pilón, el 32,1% tiene acceso a servicios higiénicos de red pública o pozo séptico y solo el 16.4% cuenta con ambos servicios”<sup>50</sup>.

A continuación se detallan algunos ejemplos:

- El Centro Poblado de 1 de Octubre<sup>51</sup> ubicado en el distrito de Ramón Castilla de la provincia de Mariscal Ramón Castilla del departamento de Loreto, ha sido identificado como Pueblo Indígena Yagua ubicado en la Amazonía Peruana, mediante Resolución Ministerial N° 321-2014-MC. Tiene 81 habitantes y 12 viviendas de las cuales ninguna tiene acceso a agua potable.
- El Centro Poblado de 12 de Octubre<sup>52</sup> ubicado en el distrito de Tigre de la provincia de Loreto del departamento de Loreto, ha sido identificado como Pueblo Indígena Kichwa ubicado en la Amazonía Peruana. Tiene 426 habitantes y 85 viviendas empadronadas, de las cuales ninguna tiene acceso a agua potable.
- El Centro Poblado de 13 de Enero<sup>53</sup> está ubicado en el distrito de Sarayacu de la provincia de Ucayali del departamento de Loreto, ha sido identificado como Pueblo Indígena Shipibo-konibo ubicado en la Amazonía Peruana. Tiene 20 habitantes y 3 viviendas empadronadas, de las cuales ninguna tiene acceso a agua potable.

<sup>48</sup> <http://bdpi.cultura.gob.pe/>. Visto el 17 de julio de 2015.

<sup>49</sup> Sin perjuicio de ello y aunque paradójico que parezca, cabe señalar que gran parte de los centros poblados señalados sí contaban con acceso a electricidad.

<sup>50</sup> Instituto Nacional de Estadística e Informática-INEI. Encuesta Demográfica y de Salud Familiar, 2014. En: Decreto Supremo N° 003-2016-MDIS.

<sup>51</sup> [http://bdpi.cultura.gob.pe/sites/default/files/centropoblado/reportes/1\\_de\\_octubre.pdf](http://bdpi.cultura.gob.pe/sites/default/files/centropoblado/reportes/1_de_octubre.pdf). Visto el 17 de julio de 2015.

<sup>52</sup> [http://bdpi.cultura.gob.pe/sites/default/files/centropoblado/reportes/12\\_de\\_octubre.pdf](http://bdpi.cultura.gob.pe/sites/default/files/centropoblado/reportes/12_de_octubre.pdf). Visto el 17 de julio de 2015.

<sup>53</sup> [http://bdpi.cultura.gob.pe/sites/default/files/centropoblado/reportes/13\\_de\\_enero.pdf](http://bdpi.cultura.gob.pe/sites/default/files/centropoblado/reportes/13_de_enero.pdf). Visto el 17 de julio de 2015.

- El Centro Poblado de 25 de Diciembre<sup>54</sup> está ubicado en el distrito de Tigre de la provincia de Loreto del departamento de Loreto, ha sido identificado como Pueblo Indígena Kichwa ubicado en la Amazonía Peruana.  
Tiene 43 habitantes y 9 viviendas empadronadas, de las cuales ninguna tiene acceso a agua potable.
- El Centro Poblado de 28 de Julio<sup>55</sup> está ubicado en el distrito de Tigre de la provincia de Loreto del departamento de Loreto, ha sido identificado como Pueblo Indígena Kichwa ubicado en la Amazonía Peruana.  
Tiene 424 habitantes y 76 viviendas empadronadas, de las cuales ninguna tiene acceso a agua potable.
- El Centro Poblado de 28 de Julio del Sillay<sup>56</sup> está ubicado en el distrito de Cahuapanas de la provincia de Datem del Marañón del departamento de Loreto, ha sido identificado como Pueblo Indígena Shawi ubicado en la Amazonía peruana.  
Tiene 83 habitantes y 17 viviendas empadronadas, de las cuales ninguna tiene acceso a agua potable.
- El Centro Poblado de 9 de Agosto<sup>57</sup> está ubicado en el distrito de Las Amazonas de la provincia de Maynas del departamento de Loreto, ha sido identificado como Pueblo Indígena Yagua ubicado en la Amazonía peruana.  
Tiene 38 habitantes y 7 viviendas empadronadas, de las cuales ninguna tiene acceso a agua potable.
- El Centro Poblado de 9 de Octubre<sup>58</sup> está ubicado en el distrito de Contamana de la provincia de Ucayali del departamento de Loreto, ha sido identificado como Pueblo Indígena Shipibo-konibo ubicado en la Amazonía peruana.  
Tiene 37 habitantes y 7 viviendas empadronadas, de las cuales ninguna tiene acceso a agua potable.
- El Centro Poblado de Actual Tipishca<sup>59</sup> está ubicado en el distrito de Lagunas de la provincia de Alto Amazonas del departamento de Loreto, ha sido identificado como Pueblo Indígena Kukama-kukama ubicado en la Amazonía peruana.  
Tiene 290 habitantes y 55 viviendas empadronadas, de las cuales ninguna tiene acceso a agua potable.

<sup>54</sup> [http://bdpi.cultura.gob.pe/sites/default/files/centropoblado/reportes/25\\_de\\_diciembre.pdf](http://bdpi.cultura.gob.pe/sites/default/files/centropoblado/reportes/25_de_diciembre.pdf). Visto el 17 de julio de 2015.

<sup>55</sup> [http://bdpi.cultura.gob.pe/sites/default/files/centropoblado/reportes/28\\_de\\_julio\\_1.pdf](http://bdpi.cultura.gob.pe/sites/default/files/centropoblado/reportes/28_de_julio_1.pdf). Visto el 17 de julio de 2015.

<sup>56</sup> [http://bdpi.cultura.gob.pe/sites/default/files/centropoblado/reportes/28\\_de\\_julio\\_del\\_shillay.pdf](http://bdpi.cultura.gob.pe/sites/default/files/centropoblado/reportes/28_de_julio_del_shillay.pdf). Visto el 17 de julio de 2015.

<sup>57</sup> [http://bdpi.cultura.gob.pe/sites/default/files/centropoblado/reportes/9\\_de\\_agosto.pdf](http://bdpi.cultura.gob.pe/sites/default/files/centropoblado/reportes/9_de_agosto.pdf). Visto el 17 de julio de 2015.

<sup>58</sup> [http://bdpi.cultura.gob.pe/sites/default/files/centropoblado/reportes/9\\_de\\_octubre\\_0.pdf](http://bdpi.cultura.gob.pe/sites/default/files/centropoblado/reportes/9_de_octubre_0.pdf). Visto el 17 de julio de 2015.

<sup>59</sup> [http://bdpi.cultura.gob.pe/sites/default/files/centropoblado/reportes/achual\\_tipishca.pdf](http://bdpi.cultura.gob.pe/sites/default/files/centropoblado/reportes/achual_tipishca.pdf). Visto el 17 de julio de 2015.

Ante esta situación, la Dirección Regional de Salud-DIRESA Loreto distribuye soluciones de cloro a determinadas comunidades nativas, con la finalidad de que sus integrantes puedan tener acceso al agua de mejor calidad<sup>60</sup>.

De otro lado, sin perjuicio de lo señalado, estimamos conveniente señalar algunas notas de prensa e informes que datan del 2013 respecto a los ríos que discurren en las cuencas del río Pastaza, Tigres, Corrientes y Marañón, toda vez que, posteriormente, esta zona sería declarada en emergencia por cuanto las referidas cuencas presentaban niveles de contaminación que significaban un alto riesgo para la vida, la salud de la población y por afectaciones al medio ambiente, lo cual significaría un hito para que más pueblos amazónicos puedan acceder a agua potable.

Entre las notas de prensa, informes de la Dirección General de Salud y de la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología del Congreso de la República, se ha considerado a bien indicar lo siguiente:

- Se declaró en emergencia ambiental la cuenca del río Pastaza<sup>61</sup>.
- Los pueblos originarios de la selva se encuentran en riesgo por contaminación en el río Pastaza<sup>62</sup>.
- Los apus denunciaron contaminación en la cuenca río Corrientes<sup>63</sup>.
- Se difundió un informe de Monitoreo Participativo realizado por la DIGESA, Monitores y Autoridades en la cuenca del Pastaza, área de influencia del lote 1AB<sup>64</sup>.
- La ANA realizó un estudio del río Marañón, respecto a 30 puntos monitoreados al interior de la reserva nacional Pacaya Samiria el cual dio como resultado<sup>65</sup>: i) la presencia de plomo ascendió hasta en 18 puntos, por ejemplo, el río Marañón, grande y caudaloso, tiene plomo hasta en 10 veces más del estándar de calidad ambiental; y, ii) la reserva Pacaya Samiria no se salva de la contaminación.

En el área del Lote 8X, se encontró alta presencia de cloruros y derivados de petróleo, fluoreno, crisenos y pirenos, los cuales son hidrocarburos aromáticos presentes en las lagunas de la reserva, y que generan terribles impactos para la salud.

Incluso, las zonas que no corresponden al lote están afectadas. Asimismo, en la cocha Clemente, fuente de peces para las comunidades próximas, se encontró

<sup>60</sup> <http://www.viviendaloreto.gob.pe/informe-de-cumplimiento-del-convenio-de-asignacion-por-desempeno-en-el-marco-del-fondo-de-estimulo-al-desempeno-y-logro-de-resultados-sociales/>. Visto el 29 de noviembre de 2015.

<sup>61</sup> Para mayor detalle, véase el siguiente enlace: <http://peru.com/actualidad/nacionales/loreto-declaran-emergencia-ambiental-cuenca-rio-pastaza-noticia-129218>. Visto el 25 de marzo del 2013.

<sup>62</sup> Para mayor detalle, véase el siguiente enlace: <http://www.larepublica.pe/14-09-2013/pueblos-indigenas-de-la-selva-en-riesgo-por-contaminacion-en-el-rio-pastaza>. Visto el 14 de septiembre de 2013.

<sup>63</sup> Para mayor detalle, véase el siguiente enlace: <http://www.rpp.com.pe/2013-08-13-loreto-apus-denuncian-contaminacion-en-la-cuenca-rio-corrientes-noticia-621887.html>. Visto el 13 de agosto de 2013.

<sup>64</sup> Para mayor detalle, véase el siguiente enlace: <http://observatoriopetrolero.org/wp-content/uploads/2013/02/3.-DIGESA.pdf>. Visto el 19 de enero de 2013.

<sup>65</sup> Para mayor detalle, véase el siguiente enlace: <http://www.noticiasser.pe/24/01/2014/nacional/informes-ambientales-muestran-altos-niveles-de-contaminacion-en-el-rio-maranon-y>. Visto el 24 de enero de 2014.

arsénico por encima de los estándares de referencia, encontrándose en el recorrido del oleoducto derivados de petróleo".

- Se difundió el informe del Grupo de Trabajo a la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología del Congreso de la República respecto a la Situación Indígena de las Cuencas de los ríos Tigre, Pastaza, Corrientes y Marañón<sup>66</sup>. Al respecto, el grupo de trabajo logró identificar los siguientes problemas:
  - Contaminación.
  - Falta de acceso a la educación y a la salud. La educación, un tema pendiente para las comunidades de las cuencas de los ríos Corrientes, Pastaza, Tigre y Marañón.
  - La falta de reconocimiento de sus tierras, es decir, la falta de titulación de las comunidades visitadas de las cuencas de los ríos Pastaza, Corrientes y Marañón: Comunidad Nativa de Nuevo Andoas.

Sobre la base de este contexto, se declaró en estado de emergencia sanitaria las cuencas de los ríos Pastaza, Corrientes, Tigre y Marañón, conforme al Decreto Supremo N° 006-2014-SA<sup>67</sup>, debido a la evidencia de la carencia de sistemas de abastecimiento de agua apta para el consumo humano en diversas localidades dentro del ámbito territorial de la declaratoria de emergencia ambiental, o que contando con tales sistemas, no se encontraban funcionando adecuadamente.

En la parte considerativa del Decreto Supremo N° 006-2014-SA se señala que los pobladores de diversas localidades de las cuencas de los ríos Pastaza, Corrientes, Tigre y Marañón, pertenecientes al departamento de Loreto, vienen consumiendo agua que muestra valores que no cumplen los límites máximos permisibles para el consumo humano, de conformidad con lo establecido en el Decreto Supremo N° 031-2010-SA<sup>68</sup>.

De ahí que esta situación se considere como un problema sanitario debido a la ocurrencia de enfermedades de origen hídrico, entre ellas enfermedades diarreicas agudas, lo que ocasiona que la población de las cuencas antes citadas se encuentre más vulnerable, representando un riesgo elevado para la salud y la vida de las personas.

Por lo que, el Gobierno consideró que resultaba necesario implementar acciones inmediatas relacionadas con la adquisición, transporte, instalación, capacitación, operación y mantenimiento de módulos de tratamiento de agua para el consumo humano, de carácter provisional, compra de bienes y contratación de servicios u otros vinculados con la finalidad de salvaguardar la vida y la salud.

<sup>66</sup> Para mayor detalle, puede revisarse el Informe final: Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología. Grupo de Trabajo sobre la Situación Indígena de las Cuencas de los Ríos Tigre, Pastaza, Corrientes y Marañón, el cual puede ser visualizado en el siguiente enlace: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/comisiones/2011/com2011pueandamaaframbeco.nsf/pubs1foto/7C6EA2CE879846F505257A440053CE21/\\$FILE/INFORME\\_FINAL.PDF](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/comisiones/2011/com2011pueandamaaframbeco.nsf/pubs1foto/7C6EA2CE879846F505257A440053CE21/$FILE/INFORME_FINAL.PDF). Visto el 24 de enero de 2014.

<sup>67</sup> Publicado el 6 de mayo de 2014. Este dispositivo tuvo como antecedente, la creación de la Comisión Multisectorial para el Desarrollo de las cuencas del Pastaza, Tigre, Corrientes y Marañón, mediante Resolución Suprema N° 119-2014-PCM, el 31 de marzo de 2014, con el objetivo de proponer, canalizar y efectivizar medidas concretas que permitan atender las demandas de los pueblos indígenas de las cuencas del Pastaza, Corrientes, Tigre y Marañón.

<sup>68</sup> Reglamento de la Calidad del Agua para Consumo Humano, publicado el 26 de setiembre de 2010 en el diario oficial El Peruano.

Adicionalmente, debido a la Declaratoria de Emergencia Ambiental de la cuenca del río Corrientes, el Estado, a través del Ministerio de Salud y la Dirección Regional de Salud, adoptó como medida temporal la provisión de 250 kits “Mi Agua”<sup>69</sup> a cuatro comunidades nativas Antioquía, José Olaya, Nuevo Jerusalén y Sion.

El mandato previsto en el mencionado decreto supremo conllevó a que el Estado implementara plantas potabilizadoras temporales de agua<sup>70</sup> en 65 comunidades nativas<sup>71</sup>, las cuales vienen siendo operadas por una empresa privada que capacita a los integrantes de estos pueblos, luego que Digesa certifica que el agua es apta para el consumo humano.

No obstante, cabe señalar que hasta el mes de junio de 2015, tales plantas potabilizadoras se encontraban en operación en 57 comunidades: 17 en la cuenca del río Marañón, 27 en la cuenca del río Pastaza, 10 en la cuenca del río Tigre y 3 en la cuenca del río Corrientes y las restantes empezaron a iniciar sus operaciones en el mes de julio de 2015<sup>72</sup>, todas ellas promovidas y ejecutadas por el Programa Nacional de Saneamiento Rural del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (MVCS), situación que demuestra un significativo avance. Cabe señalar que esta información se encuentra contemplada en el Primer Informe Trimestral de Seguimiento Monitoreo y Evaluación al Plan Nacional de Derechos Humanos 2014-2016, emitido en el mes de abril de 2015<sup>73</sup>.

Las comunidades nativas favorecidas con la medida prevista en el Decreto Supremo N° 006-2014-SA son las siguientes:

	LOCALIDAD	DISTRITO	PROVINCIA	DEPARTAMENTO
1	José Olaya	Trompeteros	Loreto	Loreto
2	Nueva Jerusalén	Trompeteros	Loreto	Loreto
3	Antioquía	Trompeteros	Loreto	Loreto
4	Pampa Hermosa	Trompeteros	Loreto	Loreto

<sup>69</sup> Cabe señalar que un kit está compuesto básicamente de la siguiente manera: Un balde de veinte litros, cuya vida útil es de veinte años aproximadamente, un bidón de treinta y cinco litros, cuya vida útil es de veinte años aproximadamente, una manga filtrante de una micra, cuya vida útil es de uno a dos años, dependiendo del buen uso, alumbre en forma de piedra, cuya vida útil es de veinte a treinta días aproximadamente y cloro en solución. En: DEFENSORÍA DEL PUEBLO. ADJUNTÍA DEL MEDIO AMBIENTE, SERVICIOS PÚBLICOS Y PUEBLOS INDÍGENAS. *Acciones del Estado frente a la Declaratoria de Emergencia Ambiental en la Cuenca del río Pastaza. Supervisión a la implementación del Plan de Acción Inmediato y de corto plazo.* Marzo 2014, p. 30-31. Para mayor detalle, véase el siguiente enlace: [http://therightsofnature.org/wp-content/uploads/Informe-de-Adjuntia-N-001-2014-DP-AMASPP1.MA1 .pdf](http://therightsofnature.org/wp-content/uploads/Informe-de-Adjuntia-N-001-2014-DP-AMASPP1.MA1.pdf). Visto el 27 de noviembre de 2015.

<sup>70</sup> Con una adecuada operación y mantenimiento puede durar un promedio de 20 años. El procedimiento de filtración domiciliar toma un tiempo aproximado de treinta minutos y se obtienen aproximadamente veinte litros de agua.

<sup>71</sup> Para ello, “el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, mediante su Programa Nacional de Saneamiento Rural (PNRSR), incorporó la implementación del proyecto a 248 nativos, en calidad de facilitadores, promotores, supervisores comunales, así como operadores de las plantas potabilizadoras de agua, que se convirtieron en aliados para la sostenibilidad del servicio. El proyecto de dotación de agua potable a más de 20 mil nativos loretanos en emergencia sanitaria, fue reconocido en el II Concurso de Buenas Prácticas Interculturales en la gestión pública, organizado por el Ministerio de Cultura, la Presidencia del Consejo de Ministros y la USAID”. Para mayor detalle, véase el siguiente enlace: <http://pnrsr.vivienda.gob.pe/portal/noticias/proyecto-de-suministro-de-agua-potable-a-20-mil-nativos-recibe-reconocimiento-en-concurso-de-buenas-practicas-interculturales-en-la-gestion-publica/>. Visto el 17 de diciembre de 2015.

<sup>72</sup> PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS-OFICINA NACIONAL DE DIÁLOGO Y SOSTENIBILIDAD. *Willaqñiki. Informe de diferencias, controversias y conflictos sociales*, N° 32, julio 2015.

<sup>73</sup> [http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc\\_int/doc14052015-184747.pdf](http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_int/doc14052015-184747.pdf). Visto el 25 de noviembre de 2015.

5	Sauki	Trompeteros	Loreto	Loreto
6	Pijuayal	Trompeteros	Loreto	Loreto
7	Valencia	Trompeteros	Loreto	Loreto
8	Santa Rosa	Trompeteros	Loreto	Loreto
9	Belén	Trompeteros	Loreto	Loreto
10	Sion	Trompeteros	Loreto	Loreto
11	San José	Trompeteros	Loreto	Loreto
12	Titiyacu	Andoas	Datem del Maraón	Loreto
13	Nuevo Porvenir	Andoas	Datem del Maraón	Loreto
14	Los Jardines	Andoas	Datem del Maraón	Loreto
15	Nuevo Andoas	Andoas	Datem del Maraón	Loreto
16	Alianza Topal	Andoas	Datem del Maraón	Loreto
17	Alianza Capahuari	Andoas	Datem del Maraón	Loreto
18	Andoas Viejo	Andoas	Datem del Maraón	Loreto
19	Pañayacu	Andoas	Datem del Maraón	Loreto
20	Sabaloyacu	Andoas	Datem del Maraón	Loreto
21	Soplin	Andoas	Datem del Maraón	Loreto
22	Loboyacu	Andoas	Datem del Maraón	Loreto
23	Sungache	Andoas	Datem del Maraón	Loreto
24	Buena Vista	Andoas	Datem del Maraón	Loreto
25	Huagramona	Andoas	Datem del Maraón	Loreto
26	Naranjal Pastaza	Andoas	Datem del Maraón	Loreto
27	Bolognesi	Andoas	Datem del Maraón	Loreto
28	Lago Anático (Achuar Anático)	Andoas	Datem del Maraón	Loreto
29	Alianza Cristiana	Andoas	Datem del Maraón	Loreto
30	Puerto Alegre	Andoas	Datem del Maraón	Loreto
31	Santa María de Manchari	Andoas	Datem del Maraón	Loreto
32	Nueva Esperanza	Andoas	Datem del Maraón	Loreto
33	San Fernando	Andoas	Datem del Maraón	Loreto
34	Nueva Unión	Pataza	Datem del Maraón	Loreto
35	Campo Verde	Pataza	Datem del Maraón	Loreto

36	Trueno Cocha	Pataza	Datem del Maraón	Loreto
37	Siwin	Pataza	Datem del Maraón	Loreto
38	Nueva Vlda	Andoas	Datem del Maraón	Loreto
39	12 de octubre	Tigre	Loreto	Loreto
40	Andrés A. Cáceres	Tigre	Loreto	Loreto
41	Marsella	Tigre	Loreto	Loreto
42	San Juan de Bartra	Tigre	Loreto	Loreto
43	Vista Alegre	Tigre	Loreto	Loreto
44	Nuevo Remanente	Tigre	Loreto	Loreto
45	El Salvador	Tigre	Loreto	Loreto
46	Teniente Ruiz	Tigre	Loreto	Loreto
47	Nuevo Canaan	Tigre	Loreto	Loreto
48	Paiche Playa	Tigre	Loreto	Loreto
49	San Pedro	Urarinas	Loreto	Loreto
50	Alfonso Ugarte	Urarinas	Loreto	Loreto
51	San José de Saramuro	Urarinas	Loreto	Loreto
52	San José de Samiria	Parinari	Loreto	Loreto
53	San Martín de Tipishca	Parinari	Loreto	Loreto
54	Bolívar	Parinari	Loreto	Loreto
55	San Miguel	Parinari	Loreto	Loreto
56	Leoncio Prado	Parinari	Loreto	Loreto
57	Nuevo Arica	Parinari	Loreto	Loreto
58	San Gabriel	Urarinas	Loreto	Loreto
59	Nuevo Lima	Urarinas	Loreto	Loreto
60	Dos de Mayo	Nauta	Loreto	Loreto
61	Bagazán	Nauta	Loreto	Loreto
62	San Juan de Lagunillas	Nauta	Loreto	Loreto
63	Lisboa	Nauta	Loreto	Loreto
64	Solterito	Nauta	Loreto	Loreto
65	Puerto Orlando	Nauta	Loreto	Loreto

### 2.3 El estado de la salud de los pueblos amazónicos

En términos generales, con relación al alto índice de contaminación de los ríos y la posible afectación para los pueblos en situación de aislamiento voluntario y contacto inicial debe partirse de la premisa que “son poblaciones en situación de alto riesgo. Los principales riesgos a este nivel derivan de su reducida escala demográfica y su vulnerabilidad ante enfermedades infecciosas y virales para las cuales no tienen defensas inmunológicas. En el caso de pequeñas poblaciones, el impacto de las epidemias en la vida y demografía resulta dramático”<sup>74</sup>. En atención a ello, se puede afirmar que la contaminación de los ríos a los que tienen acceso podría, eventualmente, ocasionar su extinción.

<sup>74</sup> MINISTERIO DE SALUD. OFICINA GENERAL DE EPIDEMIOLOGÍA. *Pueblos en situación de extrema vulnerabilidad: El caso de los Nanti de la reserva territorial Kugapakori Nahua río Camisea, Cusco. PERU/MINSA/OGE-04/009 & Serie Análisis de Situación de Salud y Tendencias. 2003, 2004, p. 36.* Para mayor detalle, véase el siguiente enlace: [http://www.dge.gob.pe/publicaciones/pub\\_asis/asis12.pdf](http://www.dge.gob.pe/publicaciones/pub_asis/asis12.pdf)

Adicionalmente, debe tenerse presente que “las epidemias frecuentes se constituyen en factor de riesgo para poblaciones altamente vulnerables como las de contacto inicial. Además estas epidemias son uno de los factores determinantes para la desnutrición infantil y afecta gravemente las actividades de subsistencia de los PIAVCI. De modo que, la frecuente ocurrencia de brotes epidémicos es un factor central para comprender los ciclos de desnutrición, no solo por su efecto directo en la salud de los afectados sino en la medida que estos interfieren con el abastecimiento de alimentos”<sup>75</sup>.

De otro lado, del Informe Defensorial N° 169, denominado *La defensa del derecho de los pueblos indígenas amazónicos a una salud intercultural*, se desprende que el inicio de morbilidades y mortalidades en estos colectivos se debe a procesos de cambio, tales como la urbanización, migración, contaminación de los ríos, fuentes de agua y medio ambiente, entre otros, según la información recabada por los establecimientos de salud. Las principales causas de consulta médica son enfermedades infecciosas intestinales, infecciones agudas de las vías respiratorias, otras enfermedades infecciosas y parasitarias, entre otras afecciones mal definidas, las cuales se encuentran relacionadas con la falta de condiciones adecuadas de vida y de acceso a agua potable y saneamiento, según refieren los expertos<sup>76 77</sup>.

## 2.4 Consecuencia social por el acceso limitado del agua

Antes de abordar las implicancias sociales que se han suscitado en el departamento de Loreto, durante las últimas décadas, consideramos conveniente resaltar que el proceso de colonización de la Amazonía peruana ha tenido como característica auges y ocasos respecto a la extracción de los recursos naturales. Los colectivos amazónicos han intentado sin mayor éxito, desde la década de los setenta, fecha desde la cual se acentúa una mayor injerencia en su territorio, exigir el respeto de sus recursos naturales.

Para efectos de la presente investigación, se entiende por conflictos medioambientales a aquellos procesos complejos en los cuales sectores de la sociedad, el Estado y las empresas perciben que sus objetivos, intereses, valores o necesidades son contradictorios y que, bajo ciertas circunstancias, estos procesos pueden tornarse, incluso, violentos<sup>78</sup>.

<sup>75</sup> MINISTERIO DE SALUD. DIRECCIÓN GENERAL DE EPIDEMIOLOGÍA. DIRECCIÓN REGIONAL DE SALUD DEL CUSCO. *Análisis de situación de salud (ASIS) del Pueblo Nanti del Alto Camisea, Reserva Territorial Kugapakori, Nahua, Nanti*. 2014, Camisea, Cusco, p. 118, 161.

<sup>76</sup> DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *La defensa del derecho de los pueblos indígenas amazónicos a una salud intercultural. Serie Informes Defensoriales. Informe Defensorial N° 169*, enero 2015, p. 32 y 146-147.

<sup>77</sup> En correlación con este tema, la Organización Mundial de la Salud sostiene que las siguientes enfermedades están relacionadas con el agua: anemia, arsenicosis, ascariasis, campilobacteriasis, cólera, toxinas cianobacterianas, dengue, dengue hemorrágico, diarrea, ahogamiento, flurrosis, enfermedad del gusano de guinea, hepatitis, encefalitis japonesa, intoxicación por plomo, leptospirosis, malaria, malnutrición, metahemoglobinemia, oncocercosis, tiña, escabiosis, esquistosomiasis, lesión de la médula espinal, tracoma, tifoidea y fiebres entéricas paratifoideas. Para mayor información, véase el siguiente enlace: [http://www.who.int/water\\_sanitation\\_health/diseases/diseasefact/es/](http://www.who.int/water_sanitation_health/diseases/diseasefact/es/). Visto el 28 de noviembre de 2015.

<sup>78</sup> Véase la Resolución Defensorial N° 009-2012-DP del 26 de marzo de 2012, por medio de la cual se aprueba el Informe Defensorial N° 156, denominado “*Violencia en los conflictos sociales*”, elaborado por la Adjuntía para la prevención de conflictos sociales y la gobernabilidad. Visto el 2 de junio de 2014. De la referida resolución defensorial, se desprende la siguiente afirmación: “*La violencia que se genera en los conflictos sociales ha provocado y provoca las consecuencias más negativas tanto en las personas como en la sociedad en su conjunto.*”

Con relación a los efectos sociales, somos de la opinión que el modelo de desarrollo económico implementado ha jugado un rol determinante durante las dos últimas décadas en el Perú, lo cual ha conllevado que se otorgue preferencia a la explotación de hidrocarburos<sup>79</sup> en la Amazonía, sin tomar en consideración los efectos de mediano y largo plazo de estas actividades, no solo en la vida social y en el medio ambiente de los pueblos amazónicos directamente afectados, sino en la propia economía del país.

Bajo este contexto económico, durante los últimos diez años, los gobiernos de turno se han encontrado intranquilos por el incremento de conflictos sociales, los cuales se iniciaban precisamente a razón de que el Estado no solía propiciar ni el diálogo, ni la participación de los pueblos amazónicos, es decir, de las comunidades nativas.

En la actualidad, conforme a los reportes de la Defensoría del Pueblo, se puede afirmar que una de las principales causas de conflictividad se debe, fundamentalmente, a la contaminación de los ríos, la cual, a su vez, tiene como origen que las empresas extractivas de hidrocarburos<sup>80</sup> no realizan una adecuada gestión y el Estado, por su parte, durante mucho tiempo no haya cumplido con un adecuado rol supervisor. En ese sentido, el discurso que consiste en asociar la actividad extractiva con la contaminación ambiental ha ido ganando fuerza y ha ocasionado que la población vea esta actividad como una amenaza<sup>81</sup>.

El referido contexto ha desencadenado que durante la última década se aprecie de un modo más visible la existencia de conflictos socioambientales en la zona andina y parte de la selva de nuestro país, según el Reporte mensual de conflictos sociales elaborado por la Defensoría del Pueblo del año 2014<sup>82</sup>.

---

*La violencia reiterada refuerza comportamientos agresivos y la idea equivocada de que es un medio eficaz para el logro de los objetivos, desgasta la intermediación política, debilita la autoridad democrática y el sistema de reglas de Derecho, pues confunde el uso de las libertades que garantiza la Constitución Política con la realización de actos ilegales”.*

<sup>79</sup> Como dato histórico, cabe señalar que, “a partir de 1895 las funciones del Estado se tornaron más limitadas (...). Los impuestos debían ser los más bajos posibles y no afectar a los grupos que generaban riqueza. Según esta lógica, gravar un impuesto la renta era reducir el excedente que generaba más ahorro, es decir, atentar contra la inversión y las posibilidades de desarrollo futuro no solo de los empresarios sino de todo el país”. En: INSTITUTO RIVA-AGÜERO. *Historia del Petróleo en el Perú*. Lima: Fondo editorial Pucp, 2008, p. 144-145. Pero será en la década de 1979, en el que el Perú incursionaría de manera sistemática en la explotación petrolera en la región amazónica.

<sup>80</sup> Conforme al reporte elaborado por la Oficina Nacional de Diálogo y Sostenibilidad de la Presidencia del Consejo de Ministros, recaído en el Informe Willaqñiki N° 21, de agosto 2014, se indica que “el 67% de los conflictos reportados en julio corresponden a aquellos vinculados a las actividades extractivas. Al igual que junio, es la actividad minera donde se registran el mayor número de casos (15). El número de los conflictos por actividad hidrocarburífera mantiene la tendencia del mes anterior, siendo un total de 6 casos (...)”, p. 58.

<sup>81</sup> PANFICHI, Aldo y CORONEL, Omar. “Los conflictos hídricos en el Perú 2006-2010: una lectura panorámica”. En: BOELENS, Rutgerd, CREMERS, Leontien; y, ZWARTEVEEN, Margreet (Editores). *Justicia hídrica. Acumulación, conflicto y acción social*. Lima: IEP. 2011, p. 403.

<sup>82</sup> DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Reporte mensual de conflictos sociales N° 123*, mayo 2014. Con relación al mes de mayo de 2014, los conflictos socioambientales ocuparon el 63,7% (135 casos) del total de conflictos registrados en mayo, le siguen los conflictos por asuntos de gobierno local, con 10,8% (23 casos) y los conflictos por demarcación territorial, con 7,5% (16 casos). Cabe indicar que este organismo constitucionalmente autónomo monitorea los conflictos sociales suscitados en nuestro país desde el año 2004. Para mayor detalle, véase en el siguiente enlace: <http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/conflictos/2014/Reporte-Mensual-de-Conflictos-Sociales-N-123-may2014.pdf>. Visto el 10 de junio de 2014. Para mayor detalle véase el siguiente enlace: <http://www.defensoria.gob.pe/temas.php?des=3>. Visto el 2 de junio de 2014.

Sin embargo, en el reporte de 2015, la Defensoría del Pueblo prevé que “de 153 conflictos sociales identificados, el 67% (103 casos) la causa principal es el temor o supuesta afectación a la calidad del recurso, el 19% (29 casos) es la limitación a la oportunidad de acceso o control al mismo; en el 115 (17 casos), el temor o supuesta limitación a la cantidad; y en el 3% (4 casos) se expresa en más de una afectación a los atributos de ese recurso”<sup>83</sup>.

En el citado informe se indica que “el 63% (96 casos) de los 153 casos están ubicados en la sierra; el 22% (34), en la costa; el 10% (16) en la selva; y, un 5% se registra en más de una región”<sup>84</sup>. Si bien los conflictos sociales ocurridos en la selva solo reflejan el 10%, ello no debe ser motivo para que se deje de prestar especial atención a quienes viven en aquella zona del país.

Asimismo, se indica que los conflictos sociales identificados se desarrollan en 23 departamentos, 97 provincias y 167 distritos. La mayor cantidad de conflictos sociales se ubica en los departamentos de Ancash (20 casos) y Lima (13), le siguen Cajamarca (12), Cusco (12), Puno (12), Loreto (11), Apurímac (8), Ayacucho (8) y Junín (8)<sup>85</sup>.

Si bien en ocasiones los conflictos sociales<sup>86</sup> suelen generar zozobra en el país, más aún entre los residentes del lugar en el que ocurren los hechos, Alza Barco sostiene que, en estricto, estos no tendrían que ser asumidos como necesariamente negativos, con excepción obviamente de los violentos, sino más bien, deberían ser vistos como oportunidades para la negociación entre los diversos grupos que comparten una comunidad, en aras de fortalecer la institucionalidad democrática. En consecuencia, considera que los conflictos tendrían que manejarse a través de canales adecuados, tales como los partidos políticos, el Parlamento, los órganos ejecutivos a través de procedimientos administrativos o el gobierno local y regional, a fin de coadyuvar a armonizar intereses y lograr mejores decisiones<sup>87</sup>.

---

<sup>83</sup> DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Informe N° 001-2015-DP/APCSG. Serie Informes de Adjuntía. Conflictos sociales y recursos hídricos, Serie Informes de Adjuntía-Informe N° 001-2015-DP/APCSG*, 2015, pág. 62. Para mayor detalle véase el siguiente enlace: [http://www.defensoria.gob.pe/blog/wp-content/dp\\_uploads/informe-ccss-y-rrhh-11-12-15-w eb.pdf](http://www.defensoria.gob.pe/blog/wp-content/dp_uploads/informe-ccss-y-rrhh-11-12-15-w eb.pdf). Visto el 15 de diciembre de 2015.

<sup>84</sup> *Ibidem*.

<sup>85</sup> *Ibidem*, p. 91.

<sup>86</sup> DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Informe extraordinario. Los conflictos socioambientales por actividades extractivas en el Perú*. 2007, pág. 28.

<sup>87</sup> ALZA BARCO, Carlos. “Conflictividad en el Perú: una lectura desde las políticas públicas”. En: PEASE GARCÍA, Henry y VILLA FRANCA, Luis. *Aula Magna. Reforma del Estado. El papel de las políticas públicas*. Fondo Editorial de la PUCP. 2008, p. 46.

## CAPÍTULO II

### El acceso al agua y su interpretación a nivel internacional y nacional

#### 1. El acceso al agua conforme los instrumentos internacionales

Con relación a nuestro objeto de estudio, los primeros esfuerzos para reconocer el derecho humano al agua a nivel internacional se remontan a fines de la década de 1970. Este reconocimiento se aprecia directa o indirectamente, en informes de desarrollo humano, resoluciones internacionales de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante, la ONU), pronunciamientos del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte IDH), a través de los cuales se exhorta a los Estados a que garanticen el acceso al agua, sobre todo, a personas de escasos recursos.

A pesar de tales esfuerzos, las cifras en pleno siglo XXI demuestran que muchos ríos vienen siendo contaminados producto de las actividades industriales, aguas residuales domésticas y agrícolas, además, que aún existe un porcentaje considerable de personas que no tiene acceso a agua potable, lo cual resulta alarmante, por cuanto ello también disminuye la capacidad de los ecosistemas para proporcionar servicios relacionados con el agua<sup>88</sup>, en concordancia con el “Informe sobre Desarrollo Humano 2006. Más allá de la escasez: Poder, pobreza y la crisis mundial del agua”<sup>89</sup>.

Así, una de cada nueve personas en todo el mundo no tiene acceso a fuentes mejoradas de agua potable y una de cada tres, insuficiente saneamiento y aproximadamente 3.5 millones de personas mueren cada año por insuficiente acceso a agua potable, saneamiento e higiene<sup>90</sup>.

#### 1.1. A nivel del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos

##### 1.1.1. Primeros intentos por reconocer el acceso al agua como un derecho humano

Inicialmente, los primeros tratados internacionales de Derecho Ambiental se centraron en establecer parámetros y principios para que los Estados puedan diseñar sus políticas de desarrollo; no obstante, posteriormente, órganos especializados internacionales prepararon estándares técnicos en la clasificación y uso de recursos naturales, tales como el agua.

Sobre el reconocimiento del acceso al agua como un derecho humano, habrá que remontarse a la Declaración del Mar del Plata de 1977 el cual señala en su preámbulo que “todos los pueblos, cualquiera sea su etapa de desarrollo y sus condiciones

<sup>88</sup> <http://unesdoc.unesco.org/images/0023/002322/232272s.pdf>. Visto el 20 de noviembre de 2015.

<sup>89</sup> Para mayor detalle, puede revisarse el siguiente enlace: [http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr\\_2006\\_es\\_completo.pdf](http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2006_es_completo.pdf). Visto el 28 de noviembre de 2015.

<sup>90</sup> [http://www.unwater.org/fileadmin/user\\_upload/unwater\\_new/docs/water\\_quality.pdf](http://www.unwater.org/fileadmin/user_upload/unwater_new/docs/water_quality.pdf), Visto el 20 de noviembre de 2015.

económicas y sociales, tienen derecho al agua potable en cantidad y calidad acordes con sus necesidades básicas”. Si bien este documento carece de carácter vinculante, es considerado como el pionero respecto al reconocimiento del derecho al agua y, además, por atribuirle el carácter esencial<sup>91</sup>.

Transcurrirá mucho tiempo desde la referida Declaración para que vuelva a retomarse esta iniciativa, la cual quedará plasmada en la Resolución 64/292 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 28 de julio de 2010, denominada *El derecho humano al agua y el saneamiento*, en cuyo primer párrafo se reconoce que “el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos”<sup>92</sup>. Sin embargo, la relatora especial sobre el derecho humano al agua potable y al saneamiento, Catarina de Albuquerque, ex relatora Especial de Naciones Unidas para el Derecho Humano al Agua Potable y al Saneamiento sostuvo que el agua y el saneamiento deberían tratarse como dos derechos humanos distintos, incluidos ambos en el derecho a un nivel de vida adecuado<sup>93</sup>.

### 1.1.2. Instrumentos internacionales relacionados con el acceso al agua

Entre los instrumentos internacionales de los que puede desprenderse alguna vinculación respecto al acceso al agua se señalan los siguientes:

#### a) Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>94</sup>

En su preámbulo se prevé que *“los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad”*. Asimismo, en su artículo 25 se prevé que *“toda persona tiene derecho a un nivel adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda (...)”*.

#### b) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>95</sup>

De modo similar, en el numeral 1 artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, el PIDESC) se prevé que *“los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida*

<sup>91</sup> SALMÓN GARATE, Elizabeth y VILLANUEVA BOGANI, Pedro. “Los aportes del Derecho Internacional a la construcción del derecho humano al agua”, p. 164. En: GUEVARA GIL, Armando (editor). *Derechos y conflictos de agua en el Perú*. Lima: Concertación, Walir, Departamento Académico de Derecho de la PUCP, 2008, p. 165.

<sup>92</sup> STEINER, Christian y URIBE, Patricia (Editores). *Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentario*. Bolivia: Plural editores, 2014, p. 8. Para mayor detalle, véase el siguiente enlace: [http://www.kas.de/wf/doc/kas\\_38682-1522-4-30.pdf?140901164826](http://www.kas.de/wf/doc/kas_38682-1522-4-30.pdf?140901164826). Visto el 29 de noviembre de 2015.

<sup>93</sup> DE ALBUQUERQUE, Catarina. *Derechos hacia el final. Buenas prácticas en la realización de los derechos al agua y al saneamiento*, Lisboa, 2012. P. 32. Para mayor detalle, véase el siguiente enlace: [http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Water/BookonGoodPractices\\_sp.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Water/BookonGoodPractices_sp.pdf). Visto el 13 de noviembre de 2015.

<sup>94</sup> Aprobada por Resolución Legislativa N° 13282 de 15 de diciembre de 1959.

<sup>95</sup> Aprobado por el Perú mediante Decreto Ley N° 22129 de 28 de marzo de 1978, vigente desde el 28 de julio de 1978.

*adecuado para sí y para su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento”.*

Por su parte, el artículo 12 del mencionado tratado prevé lo siguiente:

**“Artículo 12.**

1. *Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.*
2. *Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:*
  - a. *La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil y el sano desarrollo de los niños.*
  - b. *El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente.*
  - c. *La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas.*
  - d. *La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”.*

Sobre la base de esta normativa universal, en el 2008 las Naciones Unidas creó la Relatoría Especial sobre el Derecho Humano al Agua Potable y al Saneamiento<sup>96</sup>, con la finalidad de señalar una propuesta de lineamientos que permitan asegurar el cumplimiento del artículo 11 del PIDESC.

Con relación al artículo 12 del PIDESC se desprende que los Estados deben proteger y garantizar que los seres humanos tengan un buen estado de salud. Para tal efecto, deben adoptar políticas que logren concretizarlo. Si bien en el artículo 12 del PIDESC no se hace alusión de manera directa al agua, consideramos que aquel guarda una relación indirecta, toda vez que en tal dispositivo internacional se contempla una finalidad del acceso al agua potable o del cuidado de la fuentes o cuencas hídricas, la cual está reconducida a asegurar un nivel óptimo de salud.

**c) Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes<sup>97</sup>**

<sup>96</sup> Se puede conocer más sobre el trabajo de la Relatoría Especial sobre el Derecho Humano al Agua Potable y al Saneamiento, aquí: <http://www.ohchr.org/EN/Issues/WaterAndSanitation/SRWWater/Pages/SRWWaterIndex.aspx>

<sup>97</sup> Aprobado por el Estado peruano mediante la Resolución Legislativa N° 26253, publicada el 5 de diciembre de 1993. Entró en vigor para el Estado peruano desde el 2 de febrero de 1995. Sin embargo, su antecedente se ve reflejado en el Convenio 107, sobre Poblaciones Indígenas y Tribales, aprobado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1957, a solicitud de las Naciones Unidas, siendo el primer esfuerzo por codificar, en un instrumento internacional, las obligaciones de los Estados en esta materia.

En el artículo 2 del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (en adelante, el Convenio 169 de la OIT) se contempla que *“los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad”*. De modo que, *“promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones”*.

Por su parte, en el inciso 1 del artículo 7 señala que *“los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”*.

Asimismo, en el inciso 2 del artículo 7 se establece que *“el mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento”*.

No obstante lo anterior, en el inciso 3 del artículo 7 contempla que *“los gobiernos deberán velar porque, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas pueden tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas”*. Finalmente, en el citado dispositivo se contempla que *“los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan”*.

De lo señalado se colige que los Estados siempre deben propiciar y garantizar la participación de los pueblos originarios en caso exista la posibilidad que algún plan, programa o inversión pueda afectarlos directamente. Incluso aún cuando el Estado sostenga que una determinada acción servirá para garantizar sus derechos sociales, no bastará que unilateralmente el Estado decida qué es lo que le resulta más conveniente al colectivo, sino que tendrá que escuchar a los pueblos originarios y serán ellos quienes manifestarán su posición al Estado.

Por otro lado, su artículo 15 contempla que *“los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos*

*derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades”.*

Finalmente, en el artículo 25 se establece que *“los gobiernos deberán velar porque se pongan a disposición de los pueblos interesados servicios de salud adecuados o proporcionar a dichos pueblos los medios que les permitan organizar y prestar tales servicios bajo su propia responsabilidad y control, a fin de que puedan gozar del máximo nivel posible de salud física y mental. Los servicios de salud deberán organizarse, en la medida de lo posible, a nivel comunitario. Estos servicios deberán planearse y administrarse en cooperación con los pueblos interesados y tener en cuenta sus condiciones económicas, geográficas, sociales y culturales, así como sus métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales”.*

Si bien no se hace mención al acceso al agua en el Convenio 169 de la OIT, consideramos que en la medida que se reconoce el derecho a la salud, existen argumentos suficientes para afirmar que el Estado deberá adecuar los mecanismos que suele adoptar para garantizar este acceso del modo más idóneo, sin que con ello se vulneren las costumbres históricas y ancestrales de los colectivos originarios.

#### **d) Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial<sup>98</sup>**

El artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (en adelante, CIERD) contempla que *“los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos económicos, sociales y culturales, en particular: el derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales”.*

<sup>98</sup> Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas a través de su Resolución N° 2106 A (XX) del 21 de diciembre de 1965. Entró en vigor el 4 de enero de 1969, de conformidad con su artículo 19°. Aprobada por el Estado peruano mediante el Decreto Ley N° 18969, publicado el 22 de septiembre de 1971. El instrumento de ratificación del 22 de septiembre de 1971 fue depositado el 29 de septiembre de 1971. La Convención entró en vigencia para el Perú el 29 de octubre de 1971.

En esa misma línea, se destaca el reconocimiento del derecho a la salud y el acceso a los servicios sociales como podría ser considerado el acceso al agua potable, el cual deberá estar garantizado a todas las personas, sin que exista ningún tipo de discriminación.

### 1.1.3. Instrumentos internacionales que reconocen la importancia del acceso al agua

Si bien se reconoce el importante esfuerzo realizado por parte de las organizaciones internacionales, conforme se podrá vislumbrar en los siguientes acápites, aún no existe hasta la fecha un instrumento internacional de derechos humanos, mediante el cual se reconozca de manera clara y expresa el “derecho humano al agua” como un derecho universal, absolutamente separado e independiente de otros y que sea vinculante para los Estados.

No obstante, para Elizabeth Salmón, ello no implica suprimirle la categoría de derecho humano, dada la enorme cantidad de instrumentos internacionales que lo reconocen y abordan como tal, además que reconocen su carácter esencial para la plena vigencia y realización de otros derechos humanos independientes como la vida, la salud, la alimentación y la vivienda, entre otros<sup>99</sup>.

En las siguientes líneas se mencionarán los instrumentos internacionales de derechos humanos que fueron ratificados por el Estado peruano y en los que se reconoce expresamente que el acceso al agua es relevante para los seres humanos.

#### a) **Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer**<sup>100</sup>

En el artículo 14 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante, la CEDAW, por sus siglas en inglés) se contempla que *“los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, su participación en el desarrollo rural y en sus beneficios, y en particular le asegurarán el derecho a: (...) gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, el transporte y las comunicaciones”*.

La CEDAW es considerada el primer instrumento de derechos humanos de carácter vinculante que hace expresa mención al derecho al abastecimiento de agua. Sin embargo, ello no nos permite afirmar que sea de carácter universal, toda vez que la

<sup>99</sup> SALMÓN, Elizabeth y Pedro VILLANUEVA. “Los aportes del Derecho Internacional a la construcción del derecho humano al agua”. En Armando Guevara (ed.). Derechos y conflictos del agua en el Perú. Lima: Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008, p. 164.

<sup>100</sup> Ratificada por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 23432 el 1 de junio de 1982 y promulgada el 5 de junio de 1982.

mención que se hace se circunscribe exclusivamente a las mujeres discriminadas en razón de su género que habitan en zonas rurales<sup>101</sup>.

Asimismo, del artículo 14 de la CEDAW se desprende que el derecho a la no discriminación y el derecho a la vida digna se encuentran vinculados, toda vez que se establece que el abastecimiento de agua es una de las medidas dirigidas a fortalecer ambos derechos. De modo que el agua constituye una condición mínima del derecho a la vida digna de las mujeres que viven en zonas rurales.

#### **b) Convención sobre los Derechos del Niño<sup>102</sup>**

En el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño se menciona que *“los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios. De igual modo, “los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para (...) combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente”.*

Como puede apreciarse en la referida Convención, se destaca que el acceso al agua potable salubre es sumamente importante para la niñez, en la medida que con ello se previenen enfermedades y, en consecuencia, se garantiza un mejor estado de salud.

#### **c) Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad<sup>103</sup>**

En el artículo 25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, se prevé que *“los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud. En particular, los Estados Partes: (...) Impedirán que se nieguen, de manera discriminatoria, servicios de salud o de atención de salud o alimentos sólidos o líquidos por motivos de discapacidad”.*

Asimismo, en el artículo 28 del referido dispositivo internacional, se prevé que *“los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la protección social y a gozar de ese derecho sin discriminación por motivos de discapacidad, y que*

<sup>101</sup> SALMÓN GARATE, Elizabeth y VILLANUEVA BOGANI, Pedro. Op. cit.

<sup>102</sup> Aprobada por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 25278, de fecha 3 de agosto de 1990, vigente desde el 4 de octubre de 1990.

<sup>103</sup> La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo fueron ratificadas el 30 de marzo de 2008, vigentes desde el 3 de mayo de 2008.

*adoptarán las medidas pertinentes para proteger y promover el ejercicio de ese derecho, entre ellas: asegurar el acceso en condiciones de igualdad de las personas con discapacidad a servicios de agua potable y su acceso a servicios, dispositivos y asistencia de otra índole adecuados a precios asequibles para atender las necesidades relacionadas con su discapacidad”.*

En esta Convención también se destaca la necesidad del servicio de agua potable a favor de las personas con discapacidad, a quienes debe asegurárseles su acceso, en condiciones de igualdad y, además, a precios asequibles para atender las necesidades relacionadas con su discapacidad.

**d) Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (Convenio III, 1949)<sup>104</sup>**

El artículo 20 del Convenio III de 1949 establece que *“la evacuación de los prisioneros de guerra se efectuará siempre con humanidad y en condiciones similares a las de los desplazamientos de las tropas de la Potencia detenedora. La Potencia detenedora proporcionará a los prisioneros de guerra evacuados agua potable y alimentos en cantidad suficiente así como ropa y la necesaria asistencia médica; tomará las oportunas precauciones para garantizar su seguridad durante la evacuación y hará, lo antes posible, la lista de los prisioneros evacuados”.*

De este instrumento internacional se colige que, bajo un contexto de guerra, también resulta importante que se tomen todas las medidas necesarias para garantizar la salubridad de los campamentos, a fin de prevenir epidemias en los prisioneros de guerra. En ese sentido, el acceso al agua potable resulta fundamental para que quede garantizado el aseo personal.

**e) Convenio de Ginebra relativa a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV, 1949)<sup>105</sup>**

El Convenio IV de 1949 contempla en su artículo 85 que *“los internados dispondrán, día y noche, de instalaciones sanitarias que se avengan con las normas de la higiene y que estén en constante estado de limpieza. Se les proporcionará suficiente agua y jabón para el aseo diario y para lavar la ropa; a este respecto, dispondrán de las instalaciones y de las facilidades necesarias. Tendrán, además, instalaciones de duchas o de baños. Se les dará el tiempo necesario para el aseo personal y para los trabajos de limpieza”.*

En esa misma línea, en el artículo 89 se prevé que se les proporcionará a los internos agua potable suficiente, a fin de garantizar un buen estado de salud.

<sup>104</sup> Aprobado el 12 de agosto de 1949 por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949. Entrada en vigor: 21 de octubre de 1950.

<sup>105</sup> Idem.

**f) Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I)<sup>106</sup>**

En el artículo 54 del Protocolo I se menciona que “*queda prohibido, como método de guerra, hacer padecer hambre a las personas civiles*”. En ese sentido, se prohíbe atacar y destruir las instalaciones y reservas de agua potable y obras de riego, con la intención deliberada de privar de esos bienes, dado que con ello se asegura la subsistencia de la población civil.

**g) Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional. (Protocolo II de 1977)<sup>107</sup>**

El artículo 5 del Protocolo II de 1977, prevé que las personas privadas de libertad por motivos relacionados con el conflicto armado que estén internadas o detenidas deben recibir en la misma medida que la población local, alimentos y agua potable, a fin que disfruten de las garantías de salubridad e higiene.

#### **1.1.4. Pronunciamientos de la Organización de las Naciones Unidas**

En la Observación General N° 6 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, el Comité DESC), relativa a los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores (décimo tercer período de sesiones, 1995), se indicó que el agua es un derecho humano amparado por el párrafo 1 del artículo 11 del PIDESC.

En esa misma línea, la Observación General N° 4, emitida por el Comité DESC, (sexto periodo de sesiones, 1991) respecto al derecho a una vivienda adecuada, señala que toda vivienda debe contener ciertos servicios indispensables que coadyuven con la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición y que las personas tengan un acceso permanente a recursos naturales, así como acceso al agua potable<sup>108</sup>.

No obstante los pronunciamientos precedentes, será en el mes de setiembre del año 2000, que los representantes de diversos Estados se reunieron en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York para aprobar la Declaración del Milenio, comprometiendo a sus países con una nueva alianza mundial para reducir los niveles de extrema pobreza y estableciendo una serie de objetivos sujetos a plazo, conocidos como los Objetivos de Desarrollo del Milenio, cuyo plazo venció el 2015.

<sup>106</sup> Aprobado el 8 de junio de 1977 por la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario Aplicable en los Conflictos Armados. Entrada en vigor: 7 de diciembre de 1978, de acuerdo con el artículo 95.

<sup>107</sup> Idem.

<sup>108</sup> Como dato adicional, cabe señalar que la Asamblea de las Naciones Unidas adoptó el 22 de diciembre de 1992, mediante Resolución A/RES/47/193, que el 22 de marzo de cada año sea recordado como el Día Mundial del Agua.

Entre los Objetivos del Desarrollo del Milenio, aprobados mediante Resolución por la Asamblea General en el quincuagésimo quinto periodo de sesiones, el 13 de setiembre de 2000, el Objetivo N° 7 estableció reducir a la mitad, para el año 2015, el porcentaje de personas que carecen de acceso sostenible a agua potable y a servicios básicos de saneamiento.

Tras este antecedente, será recién en el año 2002 con la Observación General N° 15 del Comité DESC, que se realizará un análisis más exhaustivo sobre el acceso al agua potable, dado que marcará la pauta para que los Estados puedan garantizarlo. En ese sentido, se consideró este acceso como un derecho humano, el cual está indisolublemente asociado al derecho al más alto nivel posible de salud, al derecho a una vivienda y una alimentación adecuada y, asimismo, considerarse conjuntamente con otros derechos consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, como el derecho a la vida y a la dignidad humana.

A razón de ello, el Comité DESC considera que debe concederse prioridad al derecho de utilizarla para fines personales y domésticos, asimismo, que también debe darse prioridad a los recursos hídricos necesarios para evitar el hambre y las enfermedades.

El Comité DESC sostiene que el derecho al agua está implícito en el derecho a disfrutar de un nivel de vida adecuado, de acuerdo con el artículo 11 del PIDESC, de conformidad con los principios de derechos humanos relativos a la no discriminación, la igualdad de género<sup>109</sup>, la participación y la rendición de cuentas.

El referido Comité DESC interpretó que el derecho al agua deriva de otros derechos contenidos en el PIDESC e indicó que el uso de la palabra “incluso” contenida en el artículo 11 del PIDESC significa que la enumeración no pretendió ser exhaustiva. De modo que el derecho al agua queda subsumido en la categoría de las garantías indispensables para asegurar un nivel de vida adecuado, puesto que es una de las condiciones imprescindibles, para asegurar la calidad de vida. Asimismo, señaló que el derecho al agua también se halla implícitamente reconocido en el artículo 12, por cuanto está asociado al más alto nivel posible de salud<sup>110</sup>.

En la referida Observación General se señala que el agua debe tratarse como un bien social y cultural y no fundamentalmente como un bien económico, en ese sentido, el modo en que se ejerza el derecho al agua también debe ser sostenible, de manera que este derecho pueda ser ejercido por las generaciones actuales y futuras.

<sup>109</sup> Consideramos igualdad de género como “la igual valoración de los diferentes comportamientos, aspiraciones y necesidades de los hombres y las mujeres. En una situación de igualdad real, los derechos, responsabilidades y oportunidades de los hombres y las mujeres no dependen de su naturaleza biológica y, por lo tanto, tienen las mismas condiciones y posibilidades para ejercer sus derechos y ampliar sus capacidades y oportunidades de desarrollo personal, contribuyendo al desarrollo social y beneficiándose de sus resultados”. En: MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS y MINISTERIO DE LA MUJER Y POBLACIONES VULNERABLES. *El enfoque de género en la elaboración de proyectos normativos. Guía práctica para la asesoría jurídica en la Administración Pública*, Lima, 2015, p. 28.

<sup>110</sup> MARTÍNEZ, Adriana y DEFELIPPE, Oscar. “Derecho humano al agua y control de convencionalidad”. En: *Derecho PUCP*, N° 70, 2013, p. 109.

Así, es innegable que para que un derecho humano se encuentre garantizado, los Estados deben cumplir una serie de obligaciones. Al respecto, la Observación General N° 3 (1990), sobre “La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo del Pacto”, en cuyo párrafo once se señala que: *“el Comité desea poner de relieve, empero, que, aunque se demuestre que los recursos disponibles son insuficientes, sigue en pie la obligación de que el Estado Parte se empeñe en asegurar el disfrute más amplio posible de los derechos pertinentes dadas las circunstancias reinantes. Más aún, de ninguna manera se eliminan, como resultado de las limitaciones de recursos, las obligaciones de vigilar la medida de la realización, o más especialmente de la no realización, de los derechos económicos, sociales y culturales y de elaborar estrategias y programas para su promoción”*.

Si bien la Observación General N° 15, por sí misma, no constituye un mandato vinculante para el Estado peruano, dado su carácter de derecho débil o *soft law*, no cabe duda que lo contemplado en ella permite interpretar razonablemente cuáles serían los presupuestos mínimos con los que quedaría garantizado el derecho humano al agua<sup>111</sup>, los cuales quedan subsumidos como obligaciones que los Estados deben asegurar, conforme se detalla a continuación:

- a) **Disponibilidad:** El abastecimiento de agua de cada persona debe ser continuo y suficiente para los usos personales y domésticos. Esto comprende el consumo, el saneamiento, la preparación de alimentos, así como la higiene personal y doméstica.
- b) **Calidad:** El agua necesaria para uso personal o doméstico debe ser salubre y, por lo tanto, no debe contener microorganismos o sustancias químicas o radiactivas que puedan constituir una amenaza o un perjuicio para la salud de las personas. Además, el agua debe tener un color, un olor y un sabor aceptable para cada uso personal o doméstico.
- c) **Accesibilidad:** El agua, las instalaciones y servicios de agua deben estar al alcance de todos los sectores de la población, sin discriminación alguna. Debe existir la posibilidad de acceder a un suministro de agua suficiente, salubre y aceptable en cada hogar, institución educativa o lugar de trabajo o en sus cercanías inmediatas. Todos los servicios e instalaciones de agua deben ser de calidad suficiente y culturalmente adecuados. De igual modo, deben tener en cuenta las necesidades relativas al género, el ciclo vital y la intimidad. Por otro lado, la seguridad física no debe verse amenazada durante el acceso a los servicios e instalaciones de agua.

---

<sup>111</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en los Expedientes N° 00050-2004-A/TC y N° 00051-2004-A/TC, del 3 de junio de 2005, fundamento 49.

Asimismo, el agua, los servicios e instalaciones de agua deben estar al alcance de todos. Los costos y cargos directos e indirectos asociados con el abastecimiento de agua deben ser asequibles y no deben comprometer ni poner en peligro el ejercicio de otros derechos.

El agua, los servicios e instalaciones de agua deben ser accesibles a todos de hecho y de derecho, incluso a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos.

Adicionalmente, la accesibilidad también comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información sobre las cuestiones del agua.

El Comité DESC señaló que aunque el derecho al agua es aplicable a todos, los Estados partes deben prestar especial atención a grupos de personas que tradicionalmente han tenido dificultades para ejercer este derecho, tales como *“las mujeres, niños, los grupos minoritarios, los pueblos indígenas, los refugiados, los solicitantes de asilo, los desplazados internos, los trabajadores migrantes, los presos y los detenidos”*.

El Comité DESC reconoció de manera explícita el acceso al agua como un derecho humano fundamental, el cual es indispensable para llevar una vida digna, siendo un prerequisite para la realización de otros derechos humanos. Además, reconoció la importancia del agua para los pueblos originarios, toda vez que lo considera como un factor natural determinante en la formulación de sus propios modelos productivos, a fin que puedan aprovecharlo en beneficio propio.

Posterior a ello, será el 28 de julio de 2010, mediante Resolución 64/292, que la Asamblea General de las Naciones Unidas reconoció explícitamente el 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, reafirmando que el agua potable limpia y el saneamiento son esenciales para la realización de todos los derechos humanos. Por medio de la referida resolución, se exhorta a los Estados y organizaciones internacionales a proporcionar recursos financieros, asimismo, a que se propicie la capacitación y la transferencia de tecnología para ayudar a los países, en particular a los países en vías de desarrollo a proporcionar un suministro de agua potable, saludable, limpio, accesible y asequible para todos<sup>112</sup>.

Posteriormente, en el marco del Septuagésimo período de sesiones de las Naciones Unidas, el cual data del 27 de julio de 2015<sup>113</sup>, el Relator Especial emite el Informe sobre el derecho al agua potable y el saneamiento, en el que se señala que las medidas destinadas a garantizar el acceso al agua, el saneamiento y unas prácticas de higiene adecuadas se presentan en distintos contextos como el político institucional, las

<sup>112</sup> [http://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/human\\_right\\_to\\_water.shtml](http://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/human_right_to_water.shtml). Visto el 28 de noviembre de 2015.

<sup>113</sup> <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2015/10149.pdf?view=1>. Visto el 29 de noviembre de 2015.

características físicas, el contexto económico, las características demográficas, hasta las relaciones de género y el contexto sociocultural.

En el referido Informe se brindan algunos alcances relativos al derecho al agua, sobre la base de la Observación General N° 15, conforme se indica a continuación:

- Disponibilidad: Dado que las necesidades domésticas de cada hogar varían según las circunstancias y el contexto, no se puede precisar la cantidad exacta que se necesitaría para colmar esta necesidad. Sin embargo, resalta que la Organización Mundial de la Salud ofrece algunas pautas orientativas sobre las cantidades necesarias de agua para promover una buena higiene y proteger la salud pública. Sin embargo, que cada Estado deberá evaluar la cantidad que corresponda analizando cada contexto particular.  
Asimismo, se considera que este presupuesto también implica que existan estructuras necesarias para garantizar la prestación del servicio.
- Accesibilidad: Debe existir el acceso a un suministro de agua en los lugares en los que las personas pasen mucho tiempo. Cuando no tengan acceso al suministro de agua, el camino para obtener el agua como la propia instalación deben ser seguros para todos los usuarios y el método de extracción de agua debe poder ser utilizado por todos.
- Calidad: Se ha de prevenir la contaminación del agua por cualquier vía, incluidas la agricultura, la industria y las aguas residuales.
- Asequibilidad: Los Estados deben considerar todos los aspectos del acceso, incluidas las tarifas, los gastos de conexión, el almacenamiento del agua y su depuración en el hogar. El agua no tiene que estar disponible de forma gratuita, salvo en situaciones en que las personas sean incapaces de pagar por ese servicio.
- Adaptabilidad: El agua debe tener un color, un olor y un sabor aceptables.

Además de ello, se indica que para garantizarse el acceso al agua deben aplicarse los siguientes principios:

- No discriminación e igualdad sustantiva: El logro de la igualdad no significa que todas las personas deban recibir el mismo trato. Por ello, los Estados podrían tener que adoptar medidas de acción afirmativa y dar preferencia a determinados grupos y personas con miras a revertir los actos de discriminación. Asimismo, los Estados deben examinar las desigualdades sociales, culturales, económicas y políticas al diseñar opciones para la prestación de servicios de abastecimiento de agua.
- Participación: Esta debe ser activa, libre y significativa y, en muchos casos, se ha de valorar el idioma y los niveles de alfabetización. La participación de las mujeres y las niñas resulta esencial en la adopción de decisiones sobre los tipos de servicios.
- Acceso a la información: Para poder tomar adecuadas decisiones, las personas deben tener acceso a suficiente información sobre los costos a largo plazo

respecto a las distintas tecnologías, así como sobre la sostenibilidad y las preocupaciones conexas en materia de salud y medio ambiente.

De igual modo, se visibiliza que las comunidades pobres y marginadas a menudo constituyen pasivos en la toma de decisiones y, por tanto, son excluidas muchas veces del debate público que repercute en su vida diaria.

- Rendición de cuentas: Se parte del presupuesto que la vigilancia resulta esencial para evaluar la provisión del servicio. Sin embargo, esta no debe circunscribirse al servicio físico, sino también que se preste atención a las desigualdades de acceso a los servicios. Por tanto, cuando existe un acceso desigual o cuando el Estado no se ocupa de la realización progresiva del derecho humano al agua y el saneamiento con los máximos recursos disponibles, las personas deben ser capaces de acceder a la justicia.
- Sostenibilidad: Los servicios actuales no deben limitar el acceso de las futuras generaciones a los servicios de abastecimiento de agua, se ha de elegir la tecnología más adecuada, los gastos a largo plazo y la disponibilidad de recursos hídricos y financieros.

Sin perjuicio de todo lo señalado, en el referido Informe se señala que el agua transportada por tuberías hasta la casa probablemente sea más segura y el suministro más continuo en comparación con otras formas de suministro.

Con frecuencia, se establece que los servicios canalizados por tuberías no suelen estar disponibles para los hogares de zonas rurales o para los que viven en asentamientos informales en zonas urbanas, lo cual supone un problema considerable de desigualdad en el acceso, toda vez que normalmente las personas marginadas o desfavorecidas son las que se ven excluidas del acceso a este tipo de servicio y las alternativas que tienen son de menor calidad e incluso tienden a costar mucho más.

Adicionalmente, se estipula que los Estados deben tener en cuenta las diferencias de las personas, en lugar de tratar del mismo modo realidades que son distintas, de modo que, al tratar del mismo modo a personas que no son iguales no se consigue la igualdad, sino que se refuerzan las desventajas.

Por tanto, los Estados deberían dar prioridad a la prestación de servicios a las personas que no lo cuentan, a fin de lograr un nivel de vida adecuado o dar prioridad a los grupos y personas que en el pasado hayan sido desfavorecidos para alcanzar la igualdad sustantiva y compensar esa desventaja del pasado.

Por otro lado, en el Informe de las Naciones Unidas sobre los recursos hídricos en el mundo 2015, “Agua para un mundo sostenible. Resumen ejecutivo”, elaborado por la Organización para la educación, la ciencia y la cultura de las Naciones Unidas<sup>114</sup>, se indica que el agua es la base del desarrollo sostenible, toda vez que la reducción de la pobreza, el crecimiento económico y la sostenibilidad ambiental se sustentan en los recursos hídricos.

<sup>114</sup> <http://unesdoc.unesco.org/images/0023/002322/232272s.pdf>. Visto el 28 de noviembre de 2015.

Finalmente, el 25 de setiembre de 2015, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, en la cual se plantean 17 objetivos. Para efectos de la presente investigación destaca el Objetivo 6<sup>115</sup>, toda vez que establece que para el 2030, se debe lograr el acceso universal y equitativo al agua potable, en ese sentido, que este tenga un precio asequible, que mejore la calidad del agua, se apoye y se fortalezca la participación de las comunidades locales en la mejora de la gestión del agua y el saneamiento, entre otras metas.

## 1.2. A nivel del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos

Si bien a nivel internacional existen instrumentos, a través de los cuales se exhorta a los Estados a garantizar el acceso al agua potable, sobre todo, respecto a aquella población que suele encontrarse en desventaja, a nivel regional el escenario resulta diferente, toda vez que aún no existen instrumentos ratificados por los Estados Parte de la Organización de los Estados Americanos.

Bajo ese contexto, en el hipotético caso que existiera un instrumento internacional de índole regional aprobado y ratificado por un Estado, por ende, vinculante, en el supuesto en el que no se cumpla con los presupuestos mínimos sobre el acceso al agua o no se mejore progresivamente este acceso, cualquier persona que se vea afectada podría acudir a la Corte IDH para demandar responsabilidad internacional del Estado por el incumplimiento de sus obligaciones.

### 1.2.1. Instrumentos internacionales relacionados con el acceso al agua

A continuación se mencionarán dos instrumentos internacionales, que datan del 2013 y del 2015, aprobados en la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos en los que se hace mención al uso sostenible del agua, así como el derecho al agua potable. Si bien ello refleja un avance en la región, ello aún no ha sido suscrito, ni ratificado por el Estado peruano ni por la gran mayoría de Estados parte:

#### a) Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia<sup>116</sup>

En el numeral xiv) del artículo 4 de la Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia se prevé que los Estados se comprometen a prevenir y sancionar la restricción o limitación del derecho de todas las personas a acceder o usar sosteniblemente el agua, los recursos naturales, los ecosistemas, la biodiversidad y los servicios ecológicos que forman parte del patrimonio natural de cada Estado.

#### b) Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores<sup>117</sup>

<sup>115</sup> <http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/water-and-sanitation/>. Visto el 28 de noviembre de 2015.

<sup>116</sup> Aprobada en el Cuadragésimo Tercer periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General de las Organización de los Estados Americanos el 5 de junio de 2013.

En cuyo artículo 12 se prevé que la persona mayor tiene derecho a recibir servicios de cuidado a largo plazo, que implica un derecho a un sistema integral de cuidados que provea la protección y promoción de la salud, cobertura de servicios sociales, seguridad alimentaria y nutricional, agua, vestuario y vivienda, promoviendo que pueda decidir permanecer en su hogar y mantener su independencia y autonomía.

De otro lado, en el artículo 25 se reconoce que la persona mayor tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y, asimismo, a contar con servicios públicos básicos. Para tal efecto, los Estados parte adoptarán las medidas pertinentes para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho, a fin de garantizar el acceso de la persona mayor en condiciones de igualdad a servicios públicos básicos de agua potable y saneamiento.

### 1.2.2. Pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

El instrumento internacional de la región que destaca por naturaleza es la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, la Convención Americana), si bien en ella no existe un reconocimiento expreso sobre el derecho humano al agua, como el que sí lo promueve el Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos, ello no ha sido óbice para que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte IDH) emita pronunciamientos sobre la importancia de garantizar el acceso al agua.

Antes de abordar nuestro objeto de estudio, estimamos conveniente recordar que la Corte IDH tiene dos funciones o competencias, una se refiere a la función jurisdiccional, de acuerdo con su condición de único órgano jurisdiccional del sistema interamericano; mientras que la segunda, se refiere a la función consultiva, la cual versa sobre la emisión de opiniones consultivas en los casos señalados en el artículo 64 de la Convención Americana<sup>118</sup>.

Con relación a la vinculatoriedad de los pronunciamientos de la Corte IDH, este órgano supranacional ha señalado con firmeza los alcances de su competencia contenciosa y ha reafirmado su calidad de único órgano jurisdiccional del sistema<sup>119</sup>. De otro lado, el artículo 68 de la Convención Americana prevé expresamente el carácter vinculante de las sentencias de la Corte IDH<sup>120</sup>, en tanto señala que los Estados parte se "comprometen a

<sup>117</sup> Aprobado en el Cuadragésimo Quinto Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos el 15 de junio de 2015.

<sup>118</sup> **Convención Americana sobre Derechos Humanos**

**"Artículo 64.-**

1. *Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el Capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.*

2. *La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales".*

<sup>119</sup> Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez*. Excepciones preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987, párrafo 29.

<sup>120</sup> **Convención Americana sobre Derechos Humanos**

**"Artículo 68.-**

1. *Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.*

cumplir con la decisión de la Corte", como fallo definitivo e inapelable, cuando sean denunciados. De acuerdo a ello, al ratificar o adherirse a la referida Convención Americana, el Estado brinda su consentimiento y está obligado a cumplir sus disposiciones de acuerdo al principio de *pacta sunt servanda*, lo que también implica que asuma el compromiso de cumplir con las decisiones de la Corte IDH.

Asimismo, de acuerdo con la normativa del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Corte IDH no tiene competencia directa para conocer la violación de los derechos económicos, sociales y culturales contenidos en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, ni en el Protocolo de San Salvador, salvo los casos en los que se invoque la vulneración de los derechos a la educación y a la libertad sindical.

Sin perjuicio de lo señalado, en ocasiones, la Corte IDH ha considerado oportuno pronunciarse sobre determinados derechos aún cuando no estén reconocidos expresamente en la Convención Americana. Así, por ejemplo, cuando ha pretendido emitir pronunciamiento sobre derechos sociales, ha partido del reconocimiento del derecho a la vida, el cual no solo es entendido como una prohibición a su privación arbitraria, sino que también comprende el concepto de vida digna lo que supone garantizar las condiciones de salud, alimentación o vivienda, incluyendo el tema del agua.

Otro ejemplo de ello es que la Corte IDH ha desarrollado una *"lectura social respecto del derecho a la propiedad, lo cual ha repercutido a favor de los derechos de los pueblos originarios, señalando que este derecho guarda una vinculación estrecha con el territorio de estos colectivos, apreciación que conlleva que se amplíe la concepción tradicional que, en su lectura más pura, es liberal por antonomasia"*<sup>121</sup>.

Dicho esto, se procederá a señalar determinada jurisprudencia de la Corte IDH, a fin de apreciar en qué medida este órgano supranacional ha reconocido la importancia del acceso al agua como un tema fundamental para el desarrollo de la persona humana. Desde ya adelantamos que este reconocimiento se ha encontrado focalizado en colectivos que se han encontrado históricamente en un mayor grado de vulnerabilidad, tales como los pueblos originarios y que la Corte IDH los ha denominado pueblos indígenas, de acuerdo a lo previsto en el Convenio 169 de la OIT.

De otro lado, si bien los pronunciamientos de la Corte IDH son importantes y han marcado la pauta en la región, en la medida que se ha resaltado la importancia del agua para el desarrollo y supervivencia de los pueblos originarios, estos pronunciamientos solo han señalado que debe brindarse agua a esta población vulnerable en cantidad suficiente y de

---

2. *La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado".*

<sup>121</sup> SALMÓN, Elizabeth y BLANCO, Cristina. "El derecho a la propiedad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un ejemplo de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos". En: PRIORI, Giovanni (editor). *Estudios sobre la propiedad*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012, pp. 32-38.

calidad, dado que resulta vital para su supervivencia, los cuales han sido materia de desarrollo sobre la base del derecho a la vida, la integridad y la propiedad.

Sobre el particular, no cabe duda que diversas sentencias tales como *Sawhoyamaya vs. Paraguay*, del 29 de marzo de 2006, el Caso del Pueblo *Saramaka vs. Surinam*, del 28 de noviembre de 2007, y el caso *Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, del 24 de agosto de 2010, han marcado un hito y en todos estos casos se ha recalcado que las comunidades deben tener acceso al agua en cantidad suficiente y adecuada<sup>122</sup>.

A continuación se señalarán cinco casos emblemáticos en los que la Corte IDH se ha pronunciado respecto a los recursos naturales que se encuentran en territorios de pueblos originarios<sup>123</sup>, lo cual consideramos contribuirá en la fundamentación constitucional sobre el acceso al agua a favor de los pueblos amazónicos del Perú.

#### a) **Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay (2005)**

En el referido caso, la Corte IDH consideró que los miembros de la Comunidad *Yakye Axa* estaban imposibilitados del acceso a una vivienda adecuada dotada de los servicios básicos mínimos, como el acceso a agua limpia y servicios sanitarios, razón por la cual su carencia genera un impacto negativo en la debida nutrición de quienes integran la comunidad, asimismo, les impide que accedan a condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos humanos, como la educación o la identidad cultural.

De igual modo, la Corte IDH señaló que el hecho que el Estado no había garantizado a los integrantes de la comunidad el derecho a la propiedad comunitaria ha conllevado que se vean limitados para acceder a sus medios de subsistencia tradicionales, así como del uso y disfrute de los recursos naturales necesarios para la obtención de agua limpia.

En el referido caso la Corte IDH declaró que el Estado violó los artículos 1.1 y 4.1 de la Convención Americana<sup>124</sup>, en perjuicio de los integrantes de la Comunidad *Yakye Axa*,

<sup>122</sup> <http://elcomercio.pe/peru/loreto/oefa-ordena-petro-peru-remediar-derrame-cuninico-noticia-1844899>. Visto el 28 de noviembre de 2015.

<sup>123</sup> "173. La Corte considera relevante hacer referencia a la necesidad de compatibilizar la protección de las áreas protegidas con el adecuado uso y goce de los territorios tradicionales de los pueblos indígenas. En este sentido, la Corte estima que un área protegida, consiste no solamente en la dimensión biológica, sino también en la sociocultural y que, por tanto, incorpora un enfoque interdisciplinario y participativo. En este sentido, los pueblos indígenas, por lo general, pueden desempeñar un rol relevante en la conservación de la naturaleza, dado que ciertos usos tradicionales conllevan prácticas de sustentabilidad y se consideran fundamentales para la eficacia de las estrategias de conservación. Por el ello, el respeto de los derechos de los pueblos indígenas, puede redundar positivamente en la conservación del medioambiente. Así, el derecho de los pueblos indígenas y las normas conservación del medioambiente. Así, el derecho de los pueblos indígenas y las normas internacionales de medio ambiente deben comprenderse como derechos complementarios y no excluyentes". CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*. Sentencia de 25 de noviembre de 2015 (Fondo, Reparaciones y Costas).

<sup>124</sup> **Convención Americana sobre Derechos Humanos**

##### **"Artículo 1. Obligación de respetar los derechos"**

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.  
(...)

##### **Artículo 4. Derecho a la Vida**

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

debido a que no adoptó medidas frente a las condiciones que afectaron sus posibilidades de tener una vida digna.

**b) Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay (2006)**

En este caso, la Corte IDH declaró que el Estado violó el artículo 4.1 de la Convención Americana, así como el artículo 1.1 del referido instrumento internacional, por cuanto no adoptó medidas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones, para prevenir o evitar el riesgo al derecho a la vida de los integrantes de la *Comunidad Sawhoyamaya*.

Asimismo, señaló que la muerte de dieciocho niños de la comunidad es atribuible al Estado, debido a que no tomó medidas de prevención, razón por la cual consideró que se configuró una violación del artículo 19 de la Convención Americana<sup>125</sup>.

De igual modo, la Corte IDH resaltó que los integrantes de la comunidad, junto con la carencia de la tierra, carecen de empleo, son analfabetos, existe un incremento de las tasas de morbilidad por enfermedades que podrían haberse evitado, debido a la desnutrición, precarias condiciones de sus viviendas, limitaciones de acceso y uso respecto a los servicios de salud y de agua potable.

**c) Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam (2007)**

En el presente caso, la Corte IDH señaló que una cuestión que se deriva necesariamente de la afirmación de que los integrantes del *Pueblo Saramaka* tienen el derecho a usar y gozar de su territorio conforme a sus tradiciones y costumbres resulta ser el tema del derecho a los recursos naturales que se encuentran en sus tierras, incluso los recursos naturales bajo la superficie. Sobre el particular, la Corte IDH sostuvo que este pueblo tiene derecho a usar y gozar de todos los recursos naturales que se encuentran en su territorio, dado que es una condición necesaria para el goce de su derecho a la propiedad, de conformidad con el artículo 21 de la Convención Americana<sup>126</sup>.

La Corte IDH sostuvo que la subsistencia cultural y económica de los pueblos originarios y, por tanto, de sus integrantes, depende del acceso y el uso a los recursos naturales de su territorio. Al respecto, reafirmó que sus integrantes tienen el derecho de ser titulares de los recursos naturales que han usado tradicionalmente dentro de su territorio por las mismas razones por las cuales tienen el derecho de ser titulares de la tierra que han usado y ocupado tradicionalmente durante siglos.

---

(...)"

<sup>125</sup> **Convención Americana sobre Derechos Humanos**  
**"Artículo 19. Derechos del Niño**  
*Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado".*

<sup>126</sup> **Convención Americana sobre Derechos Humanos**  
**"Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada**  
*1. Toda persona tiene derecho y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.*  
*2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.*  
 (...)"

De ahí la necesidad de proteger las tierras y los recursos que han usado tradicionalmente para prevenir su extinción como pueblo, es decir, el fin de las medidas requeridas es garantizar que podrán continuar su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados.

Por otro lado, la Corte IDH señaló que debido a la conexión intrínseca que los integrantes de los pueblos originarios tienen con su territorio es necesaria la protección del derecho a la propiedad sobre este, de conformidad con el artículo 21 de la Convención Americana, a efectos de garantizar su supervivencia física y cultural, su desarrollo y continuidad del estilo de vida de dicho pueblo.

De igual modo, la Corte IDH consideró que si bien toda actividad de exploración o extracción en el territorio *Saramaka* podría afectar, en menor o mayor grado, no debe interpretarse el artículo 21 de la Convención Americana de modo que impida al Estado emitir cualquier tipo de concesión para la exploración o extracción de recursos naturales dentro del territorio *Saramaka*, salvo que conlleve una afectación en el agua, recurso natural esencial para que realicen algunas actividades económicas de subsistencia como la pesca.

Por tanto, el Estado podrá restringir el derecho al uso y goce del *Pueblo Saramaka* respecto de las tierras a las que tradicionalmente son titulares y los recursos naturales que se encuentren en estas, únicamente, cuando haya sido previamente establecida en la ley y esta sea necesaria, proporcional y que tenga el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática y que no implique una denegación de su subsistencia como pueblo tribal.

Finalmente, la Corte IDH señaló que el Estado debe asegurar la participación efectiva de los integrantes del *Pueblo Saramaka*, conforme a sus costumbres y tradiciones, garantizar que estos se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio y, asimismo, que el Estado realice un estudio previo de impacto social y ambiental antes de otorgar en concesión algún recurso natural.

Como puede apreciarse, si bien no existe un pronunciamiento específico sobre el acceso al agua, si se hace mención al uso de los recursos naturales, los cuales la propia Corte IDH reconoce que los pueblos originarios guardan una estrecha vinculación con ellos por cuanto forma parte de su desarrollo de vida.

**d) Caso Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay (2010)**

En el caso de la *Comunidad indígena Xákmok Kásek*, la Corte IDH ordenó al Estado que adoptara medidas adecuadas destinadas a brindar a los integrantes de la referida comunidad agua en cantidad suficiente y adecuada calidad, en la medida que el acceso a este recurso los había expuesto a riesgos y enfermedades, más aún porque el Estado había vendido su tierra tradicional a propietarios privados.

**e) Caso pueblo indígena Kichwa de Sarayacu vs. Ecuador (2012)**

Con relación al presente caso, la Corte IDH sostuvo que el hecho que se impida a las comunidades acceder a sus territorios significa que no usen, ni disfruten los recursos naturales necesarios que procuren su subsistencia, conforme a sus actividades tradicionales, ligados a sus costumbres u otros elementos característicos de su cultura. Por ello, el Estado debe propiciar un proceso sistemático, flexible de participación y de diálogo con la comunidad, en caso tenga por objetivo que se realicen actividades de exploración y explotación de los recursos naturales que puedan existir en su territorio.

## 2. El acceso al agua en la experiencia comparada

Si bien cada Estado tiene autonomía para decidir qué derechos cabe reconocer en sus ordenamientos constitucionales, es cierto también que, actualmente, tal libertad de configuración no es absoluta. Sobre el particular, se recuerda que los países están inmersos en comunidades mayores y, en ese marco, se someten a reglas formales o prácticas, expectativas y exigencias morales y políticas que, en ocasiones, condicionan su accionar<sup>127</sup>.

Con relación a considerar el acceso al agua como un derecho fundamental, se puede señalar que este se encuentra en proceso de desarrollo y consolidación progresiva en el derecho internacional de los derechos humanos, conforme se indicó anteriormente; sin embargo, algunas autoridades conscientes de la importancia del referido recurso natural han decidido promover el reconocimiento del acceso al agua a través de sus Constituciones<sup>128</sup>.

Bajo ese orden de ideas, a continuación se destacará y analizará de qué modo algunos países latinoamericanos han reconocido el acceso al agua como un derecho constitucional y aún cuando sus constituciones no hagan mención expresa sobre esta temática, veremos que la jurisprudencia constitucional ha enriquecido el hilo argumentativo, lo cual podrá brindarnos algunos lineamientos que podrían ser adoptados en el Perú.

### 2.1. El acceso al agua reconocido en la Constitución

Sobre el reconocimiento constitucional de los derechos, suele decirse que se requiere de una mayoría cualificada en el Parlamento, toda vez que así se otorga a los derechos un respaldo más duradero, en lugar de optar por el reconocimiento a través de una ley o de un dispositivo de carácter reglamentario<sup>129</sup>.

<sup>127</sup> Cfr., desde diferentes perspectivas (jurídica, moral, práctica), SAGÜÉS, Néstor Pedro. "Notas sobre el poder constituyente irregular". En: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Fundación KonradAdenauer, Montevideo, 2009, pp. 152-154; KLUG, Ulrich. Problemas de filosofía y pragmática del Derecho. Fontamara, México D.F., 2008, pp. 26-30; BEITZ, Charles R. La idea de derechos humanos. Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 129 y ss.

<sup>128</sup> SALMÓN, Elizabeth. "El derecho al agua en el derecho internacional de los derechos humanos". En: GUEVARA GIL, Armando y VERONA, Aarón (editores). *El derecho frente a la crisis del agua en el Perú. Primeras Jornadas de Derechos de Aguas*. Lima: Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica-PUCP, 2014, p. 319.

<sup>129</sup> *Derechos hacia el final. Buenas prácticas en la realización de los derechos al agua y al saneamiento*. DE ALBURQUERQUE, Catarina y ROAF, Virginia. ONGAWA y Human Rights to Water & Sanitation. Lisboa, 2012. [http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Water/BookonGoodPractices\\_sp.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Water/BookonGoodPractices_sp.pdf). p. 58

Sin embargo, consideramos que el reconocimiento constitucional de un derecho no sería suficiente si es que no se fortaleciera un marco legal propicio que otorgue un significado práctico y tangible, en la medida que los marcos legales suelen ser el primer paso hacia la aplicación. Asimismo, se puede decir que el reconocimiento de los derechos a nivel constitucional permite a los Estados a que desarrollen, posteriormente, el contenido normativo de estos, los cuales, a su vez, pueden servir como base para nuevas iniciativas de política<sup>130</sup>.

Con relación a la experiencia comparada, se ha tomado en consideración determinados países sudamericanos, dado que con la mayoría de ellos nos une un tema histórico, además que el tipo de organización política y cultural resulta ser muy similar, los cuales a continuación pasamos a detallar:

#### a) **Bolivia**

La Constitución de la República de Bolivia, aprobada en el 2009, reconoce que es un país pluricultural, un Estado basado en el respeto e igualdad entre todas las personas, donde predomina la búsqueda del vivir bien, con respeto a la pluralidad cultural, en convivencia con acceso al agua, comprometida con el desarrollo integral y con la libre determinación de los pueblos.

Dicho esto, en su artículo 16 se contempla que: *“Toda persona tiene derecho al agua y a la alimentación. El Estado tiene la obligación de garantizar la seguridad alimentaria a través de una alimentación sana, adecuada y suficiente para toda la población”*.

Asimismo, su artículo 20 señala que:

*“I. Toda persona tiene derecho al acceso universal y equitativo a los servicios básicos de agua potable, alcantarillado, electricidad, gas domiciliario, postal y telecomunicaciones.*

*II. Es responsabilidad del Estado, en todos sus niveles de gobierno, la provisión de los servicios básicos a través de entidades públicas, mixtas, cooperativas o comunitarias. (...) La provisión de servicios debe responder a los criterios de universalidad, responsabilidad, accesibilidad, continuidad, calidad, eficiencia, tarifas equitativas y cobertura necesaria; con participación y control social.*

*III. El acceso al agua y alcantarillado constituyen derechos humanos, no son objeto de concesión ni privatización y están sujetos a régimen de licencias y registros, conforme a ley”*.

Por su parte, su artículo 373 prevé que:

*“I. El agua constituye un derecho fundamentalísimo para la vida, en el marco de la soberanía del pueblo. El Estado promoverá el uso y acceso al agua sobre la base de principios de solidaridad, complementariedad, reciprocidad, equidad, diversidad y sustentabilidad.*

<sup>130</sup> DE ALBURQUERQUE, Catarina y ROAF, Virginia. ONGAWA y Human Rights to Water & Sanitation. Op. cit. p. 60.

*II. Los recursos hídricos en todos sus estados, superficiales y subterráneos, constituyen recursos finitos, vulnerables, estratégicos y cumplen una función social, cultural y ambiental. Estos recursos no podrán ser objeto de apropiaciones privadas y tanto ellos como sus servicios no serán concesionados y están sujetos a un régimen de licencias, registros y autorizaciones conforme a ley”.*

Por su parte, el artículo 374 contempla lo siguiente:

*“I. El Estado protegerá y garantizará el uso prioritario del agua para la vida. Es deber del Estado gestionar, regular, proteger y planificar el uso adecuado y sustentable de los recursos hídricos, con participación social, garantizando el acceso al agua a todos sus habitantes. La ley establecerá las condiciones y limitaciones de todos los usos.*

*II. El Estado reconocerá, respetará y protegerá los usos y costumbres de las comunidades, de sus autoridades locales y de las organizaciones indígena originaria campesinas sobre el derecho, el manejo y la gestión sustentable del agua.*

*III. Las aguas fósiles, glaciales, humedales, subterráneas, minerales, medicinales y otras son prioritarias para el Estado, que deberá garantizar su conservación, protección, preservación, restauración, uso sustentable y gestión integral; son inalienables, inembargables e imprescriptibles”.*

El artículo 375 señala lo siguiente:

*“I. Es deber del Estado desarrollar planes de uso, conservación, manejo y aprovechamiento sustentable de las cuencas hidrográficas.*

*II. El Estado regulará el manejo y gestión sustentable de los recursos hídricos y de las cuencas para riego, seguridad alimentaria y servicios básicos, respetando los usos y costumbres de las comunidades.*

*III. Es deber del Estado realizar los estudios para la identificación de aguas fósiles y su consiguiente protección, manejo y aprovechamiento sustentable”.*

El artículo 376 contempla lo siguiente:

*“Los recursos hídricos de los ríos, lagos y lagunas que conforman las cuencas hidrográficas, por su potencialidad, por la variedad de recursos naturales que contienen y por ser parte fundamental de los ecosistemas, se consideran recursos estratégicos para el desarrollo y la soberanía boliviana. El Estado evitará acciones en las nacientes y zonas intermedias de los ríos que ocasionen daños a los ecosistemas o disminuyan los caudales, preservará el estado natural y velará por el desarrollo y bienestar de la población”.*

El artículo 377 prevé lo siguiente:

*“I. Todo tratado internacional que suscriba el Estado sobre los recursos hídricos garantizará la soberanía del país y priorizará el interés del Estado.*

*II. El Estado resguardará de forma permanente las aguas fronterizas y transfronterizas, para la conservación de la riqueza hídrica que contribuirá a la integración de los pueblos”.*

Como se observa, la Constitución boliviana contiene una regulación particular, por cuanto existen muchos artículos en los que se menciona sobre el uso y aprovechamiento del agua potable, de las fuentes hídricas, sean estas cuencas hidrográficas, aguas subterráneas, humedales, minerales, medicinales y, además, se señala que todas ellas son prioritarias para el Estado por cuanto este garantizará su conservación, protección, preservación, le dará un uso sustentable, realizará una gestión integral. Adicionalmente, la Constitución boliviana contempla que las fuentes hídricas son inalienables, inembargables e imprescriptibles.

Si bien con relación a la regulación del acceso al agua el Estado Plurinacional de Bolivia marca una diferencia frente a otros países de la región, tanto respecto a su condición de recurso hídrico como de agua potable, hubiese sido conveniente que su Constitución contemple solo determinados lineamientos, a fin de no desnaturalizarla, toda vez que al ser una norma fundamental, esta debe establecer presupuestos y criterios orientadores que coadyuven con el respeto de los derechos fundamentales, así como con la organización del Estado. En ese sentido, gran parte de lo contemplado pudo haberse establecido a nivel legal.

En la actualidad, para el Estado boliviano el agua es un bien público y no puede ser considerado una mercancía que queda sujeto a la oferta y la demanda. De ahí que, los usos para consumo doméstico, seguridad alimentaria o para mantener el medio ambiente, están sobre los usos industriales, con ello se procura salvaguardar la existencia de la vida humana.

Adicionalmente, cabe señalar que la Constitución boliviana redefine la concepción del Estado, así como el concepto de ciudadanía, desde una lógica plurinacional, multicultural y comunitaria, lo cual resulta importante, dado que se entrecruza el desarrollo de los derechos y deberes con las demandas de los pueblos originarios, conforme a una nueva conformación jurídica institucional.

De este modo, se dota de contenido a la noción *Estado*, bajo la concepción que este tiene el rol de proteger los recursos naturales y de brindar bienestar en la población, asimismo, se revalora el reconocimiento de las formas y prácticas de los pueblos originarios, constituyendo esto último una herramienta para el desarrollo equitativo, soberano y sustentable<sup>131</sup>.

De otro lado, en el artículo 349 de la Constitución boliviana se establece que: “*los recursos naturales son de propiedad y dominio directo, indivisible e imprescriptible del pueblo boliviano y corresponderá al Estado su administración en función del interés colectivo*”. De igual modo, en el referido artículo se contempla que el “*Estado reconocerá, respetará y otorgará derechos propietarios individuales y colectivos sobre la tierra, así como derechos de uso y aprovechamiento sobre otros recursos naturales*”.

---

<sup>131</sup> PRADA ALCOREZA, Raúl. “Análisis de la nueva Constitución Política del Estado”. En: *Crítica y emancipación: Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales*. Año 1 N° 1, Buenos Aires: CLACSO, junio, 2008. Para mayor detalle, véase el siguiente enlace: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/secret/CyE/cye2S1b.pdf>

Del dispositivo constitucional se colige que el Estado reconoce y respeta los usos y costumbres de los pueblos originarios respecto al agua; no obstante, no les reconoce el derecho de propiedad sobre este recurso, sino tan solo el derecho a gestionarlo.

## b) Brasil

En el numeral 3 del artículo 231 de la Constitución brasileña<sup>132</sup> se indica lo siguiente: *“La utilización de recursos hídricos, incluido el potencial energético, la búsqueda y extracción de las riquezas minerales en tierras indígenas solo pueden ser efectuadas con autorización del Congreso Nacional, después de escuchar a las comunidades involucradas, quedándoles asegurada la participación en los resultados de la extracción, según lo previsto en la ley”.*

Sobre el particular, consideramos que esta redacción resulta una opción conciliadora, en la medida que a través de ella se busca la participación de los pueblos originarios que podrían sentirse afectados con un proyecto referente al aprovechamiento de los recursos hídricos; sin embargo, la decisión referente a si procede o no un proyecto de inversión finalmente lo adopta el Congreso Nacional, el cual no necesariamente adoptará la posición de los pueblos originarios, según se desprende del dispositivo constitucional. Si bien la opinión de los pueblos originarios no es vinculante el hecho de brindarles un espacio puede contribuir con el proceso deliberativo y reducir, eventualmente, el surgimiento de conflictos sociales.

## c) Ecuador

Según su Constitución, aprobada en el 2008, Ecuador es un Estado constitucional de derecho y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y, además, prevé que los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio y son inalienables, irrenunciables e imprescriptibles.

Por su parte, el artículo 12 de su Constitución reconoce el derecho humano al agua como un derecho fundamental y que, por ende, es irrenunciable. Asimismo, lo considera como *“patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida”.* Sin perjuicio de lo indicado, cabe señalar que, para entender la real dimensión de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución ecuatoriana, es necesario efectuar una interpretación sistemática.

---

<sup>132</sup> Sobre el particular, resulta oportuno mencionar que en el año 2012, la Quinta Sala del Tribunal Federal de la Primera Región, con sede en Brasilia, revocó la licencia de obra hidroeléctrica en Belo Monte, en el cauce del río Xingú, una de los mayores afluentes del río Amazonas. Dejando en paralizada la obra, en mérito al Convenio 169 de la OIT y el artículo 231 de la Constitución que obliga a consultar a las comunidades indígenas a consultar a las comunidades indígenas antes de aprobar cualquier proyecto en la selva amazónica. Situación que ocurrió después de haber sido aprobada la obra. Para mayor detalle, véase el siguiente enlace: <https://www.veoverde.com/2012/08/corte-brasilena-detiene-construccion-de-represa-en-belo-monte/>. Visto el 25 de noviembre de 2015. Previamente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el mes de abril de 2011, solicitó al Estado brasileño a suspender la obra de Belo Monte, debido a que no se realizó la consulta a los pueblos originarios; sin embargo, el gobierno hizo caso omiso. <http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/proteccion/cautelares.asp>. Visto el 25 de noviembre de 2015.

Asimismo, en el artículo 262 de su Constitución se prevé que los gobiernos regionales autónomos tienen entre sus competencias exclusivas el aseguramiento del manejo de las cuencas, así como fomentar la creación de consejos de cuenca conforme a ley.

Mientras que, el artículo 318 prevé que *“el agua es patrimonio nacional estratégico de uso público, dominio inalienable e imprescriptible del Estado, y constituye un elemento vital para la naturaleza y para la existencia de los seres humanos. Se prohíbe toda forma de privatización del agua”*.

En suma, cuando se hace referencia al derecho humano al agua en Ecuador, debe tenerse presente que su acceso debe realizarse bajo un contexto en el que se reconoce la interculturalidad y lo plurinacional, razón por la cual se puede colegir que el Estado garantizará su acceso a favor de colectivos sin que exista discriminación alguna y siempre bajo condiciones de igualdad y equidad entre mujeres y hombres.

#### **d) Colombia**

La Constitución de Colombia que data de 1991, cuya última modificación corresponde al año 2005, señala en su artículo 366 lo siguiente: *“El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento y de agua potable. Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación”*.

De ello se desprende que la Constitución colombiana solo hace referencia al acceso al agua potable considerándolo como un servicio que sirve para mejorar la calidad de vida de la población. Sin embargo, con relación a los pueblos originarios, en su artículo 330 se menciona que *“la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades”*.

No obstante lo anterior, en el artículo 322 de la Constitución colombiana se prevé que *“el Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes”*.

De lo expuesto se desprende que no existe un reconocimiento expreso sobre el derecho fundamental de acceso al agua potable, en estricto; sin embargo, será la Corte Constitucional de Colombia que lo considerará como un derecho fundamental y desarrollará su contenido.

#### **e) República Dominicana**

La Constitución de República Dominicana que data del 2010, señala en su preámbulo que el Estado se rige por los valores supremos y los principios fundamentales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad, la solidaridad, el bienestar social y el equilibrio ecológico, entre otros.

Por su parte, el artículo 15 de la Constitución Política de la República Dominicana contempla que: *"el agua es un derecho fundamental para la vida y la reconoce como un recurso de uso público, inalienable, imprescriptible e inembargable y cumple una función social, cultural y ambiental"*.

Si bien en la Constitución de este país no se menciona explícitamente la interculturalidad, a diferencia de la Constitución de Bolivia y de Ecuador, lo que se puede destacar es que se le atribuye al agua una naturaleza diferente a la que sucede en otros países de la región latinoamericana. Con ello se puede inferir que no se puede considerar al agua como un objeto de mercancía de libre disposición en la línea de lo señalado por el Comité de DESC.

#### **f) Uruguay**

La Constitución uruguaya data de 1967 y en ella se han realizado una serie de modificaciones. En el año 2004, el Estado uruguayo revolucionó el mundo en la medida que por primera vez se reconocía el derecho humano al agua en una Constitución, el cual fue impulsado a través de un referéndum.

El artículo 47 de la Constitución uruguaya contempla que: *"el agua es un recurso natural esencial para la vida. El acceso al agua potable y el acceso al saneamiento, constituyen derechos humanos fundamentales"*. Sin embargo, también se realiza minuciosamente la regulación del recurso, conforme se aprecia en las siguientes líneas:

- "1) *La política nacional de aguas y saneamiento estará basada en:*
- a) *El ordenamiento del territorio, conservación y protección del medio ambiente y la restauración de la naturaleza.*
  - b) *La gestión sustentable, solidaria con las generaciones futuras, de los recursos hídricos y la preservación del ciclo hidrobiológico que constituyen asuntos de interés general. Los usuarios y la sociedad civil participarán en todas las instancias de planificación, gestión y control de recursos hídricos, estableciéndose las cuencas hidrográficas como unidades básicas.*
  - c) *El establecimiento de prioridades para el uso del agua por regiones, cuencas o partes de ellas, siendo la primera prioridad el abastecimiento de agua potable a poblaciones.*
  - d) *El principio por el cual la prestación del servicio de agua potable y saneamiento, deberá hacerse anteponiendo las razones de orden social a las de orden económico. Toda autorización, concesión o permiso que de cualquier manera vulnere las disposiciones anteriores deberá ser dejada sin efecto.*
- 2) *Las aguas superficiales, así como las subterráneas, con excepción de las pluviales, integradas en el ciclo hidrobiológico, constituyen un recurso unitario, subordinado al interés general, que forma parte del dominio público estatal, como dominio público hidráulico.*
- 3) *El servicio público de saneamiento y el servicio público de abastecimiento de agua para el consumo serán prestados exclusiva y directamente por personas jurídicas estatales.*

- 4) *La ley, por los tres quintos votos del total de componentes de cada Cámara, podrá autorizar el suministro de agua, a otro país, cuando este se encuentre desabastecido y por motivos de solidaridad”.*

Tras efectuar una revisión de las Constituciones de Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, República Dominicana y Uruguay, se puede afirmar que el reconocimiento constitucional expreso sobre el acceso al agua, en gran parte de ellas, se debe a las iniciativas y el desarrollo esbozado por las Naciones Unidas.

De ello puede colegirse que aún cuando no exista un instrumento internacional de naturaleza vinculante para los Estados, se considera que estos tuvieron la voluntad política de reconocer a nivel constitucional este acceso, en algunos casos, inclusive, expresamente como un derecho fundamental.

No obstante lo señalado, la interrogante inmediata que surge es si amerita y resulta conveniente que en el Perú se reconozca expresamente el acceso al agua a nivel constitucional, la cual será materia de estudio en el capítulo siguiente.

## **2.2. El acceso al agua reconocido como derecho a nivel jurisprudencial**

La finalidad del presente acápite es que quede vislumbrado el criterio de otras cortes respecto al acceso al agua, a efectos que, posteriormente, pueda realizarse una comparación con los pronunciamientos esgrimidos por el Tribunal Constitucional del Perú. Asimismo, conocer los presupuestos que sirvieron de argumento a tales Cortes y en qué medida tales pronunciamientos podrían ser adoptados para la realidad peruana, sobre todo, respecto a los pueblos amazónicos y cómo ello podría ser considerado, eventualmente, por el Tribunal Constitucional peruano.

Desde ya adelantamos que, respecto a este tópico, se ha tomado en consideración como ejemplos paradigmáticos los países que se señalan a continuación: Argentina, Bolivia y Colombia, cuyas cortes refieren que el acceso al agua es considerado un derecho humano, siempre que se trate de agua potable y sirva para satisfacer necesidades básicas de las personas.

### **a) Argentina**

- **Precedente “Mendoza, Beatriz S. y otros vs. Estado Nacional y otros daños y perjuicios”, referido a la contaminación de aguas de la cuenca Matanza-Riachuelo.**

En este caso la Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoció que el acceso al agua es un derecho humano. Asimismo, se refirió al programa integral de saneamiento a cargo de la Autoridad de Cuenca, respecto del cual estableció la obligación de la red de agua potable, en la medida que el río se encontraba altamente contaminado y afectaba a más de tres millones de personas. La Corte Suprema emitió sentencia en 2009 y señaló que debe existir una coordinación entre la ciudad de Buenos Aires, el Estado Federal y la

Provincia de Buenos Aires, con la finalidad que puedan crear una autoridad de cuenca, que apruebe un plan hidrológico con un determinado contenido.

De este caso se desprende que, deviene en necesario que el Estado adopte medidas estratégicas para prevenir y cuidar los recursos hídricos, toda vez que resultan ser una fuente importante para satisfacer necesidades básicas de las personas.

- **Sentencia CSJ 42/2013 (49-K) Kersich, Juan Gabriel y otros c/ Aguas Bonaerenses S.A. y otros s/ amparo.**

En el referido caso, se señaló que existe la necesidad de una tutela judicial urgente, en la medida que está en juego el derecho humano de acceso al agua potable, la salud y la vida de una gran cantidad de personas y, al mismo tiempo, existe una demora de la demanda en la solución definitiva de esta situación.

Adicionalmente, se indicó que el acceso al agua potable incide directamente sobre la vida y la salud de las personas. En esa línea, se invocó la Resolución A/HRC/RES/27/7 del 2 de octubre de 2014, emitida por el Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de las Naciones Unidas, por medio de la cual se exhorta a los Estados a que “velen porque todas las personas tengan acceso sin discriminación a recursos efectivos en caso de violación de sus obligaciones respecto del derecho humano al agua potable y el saneamiento, incluido recursos judiciales (...)”.

Cabe resaltar que, en el referido caso resulta importante abordar el acceso al agua potable a través de la aplicación del principio de prevención y, aun en la duda técnica, del principio precautorio, como sustento de ese derecho.

De conformidad con el numeral 22 del artículo 75 de la Constitución argentina, los tratados sobre derechos humanos tienen jerarquía constitucional. En ese sentido, la Corte Suprema asumió implícitamente el reconocimiento del derecho al agua de acuerdo a los artículos 11 y 12 del PIDESC, ratificado por el Estado argentino<sup>133</sup>.

## b) Bolivia

El Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia en las sentencias constitucionales 0559/2010-R y 0795/2010-R refirió que: *“el derecho humano al agua es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico. Un abastecimiento adecuado de agua salubre es necesario para evitar la muerte por deshidratación, para reducir el riesgo de las enfermedades relacionadas con el agua y para satisfacer las necesidades de consumo y cocina y las necesidades de higiene personal y doméstica”*. (Subrayado agregado)

Asimismo, que *“el agua es un recurso vital, del cual depende el ejercicio de otros derechos fundamentales, como son la vida y la salud, forma parte integrante de los derechos humanos oficialmente reconocidos en los instrumentos internacionales, es un bien común universal, patrimonio vital, derecho básico, individual, indivisible, imprescriptible y colectivamente inalienable,*

<sup>133</sup> MARTÍNEZ, Adriana y DEFELIPPE, Oscar. “Derecho humano al agua y control de convencionalidad”. En: *Derecho PUCP*, N° 70, Lima, 2013, p. 114.

*que cada persona requiere para su uso personal y doméstico y al que pueda acceder por un precio adecuado y razonable. Cada persona tiene el derecho a un sistema de agua que funcione, los sistemas de agua se deben organizar y manejar para garantizar su acceso continuo”.*

De esta sentencia se desprende que el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia afirma el derecho humano al agua, el cual debe ser de acceso para todas las personas, siempre que ello garantice su uso personal y doméstico, además, que este tenga un costo razonable.

- **Sentencia Constitucional 0478/2010-R**

En esta sentencia se establece que para garantizar el derecho al agua el Estado tiene que cumplir algunas obligaciones que se detallan a continuación:

- Respetar y abstenerse de asumir cualquier medida que impida a la población satisfacer este derecho, sea interrumpiendo su conexión, elevando su precio, o contaminando el recurso en detrimento de la salud.
- Proteger las fuentes y los cauces naturales de agua, así como su conservación.
- Evitar la contaminación o alteración de los cauces naturales del agua mediante la promulgación de normas que regulen y controlen su uso.
- Evitar una extracción del agua que no sea equitativa.
- Realizar o materializar medidas necesarias destinadas a garantizar el derecho al agua, entre las que se incluyen políticas de economía pública, de mercado, de subsidio, provisión de servicios, infraestructura y otras.

De esta sentencia se desprende que el Estado debe asumir obligaciones de hacer y no hacer respecto al derecho al agua; sin embargo, en ella no se hace mención qué tratamiento implicaría cuando se está frente a poblaciones vulnerables.

- **Sentencia Constitucional 0156/2010-R**

En esta sentencia se señaló que *“el derecho de agua es un derecho individual como comunitario colectivo, por lo tanto no es admisible la prevalencia del ejercicio de este derecho de un grupo colectivo por sobre el interés particular y tampoco puede darse lo contrario, es decir, el favoritismo del interés individual sobre el comunitario, por ello, el derecho fundamental al agua se encuentra consagrado tanto dentro del catálogo de derechos fundamentales de las personas, como también de cierto modo, en los derechos de las naciones y pueblos indígenas, originarios campesinos, lo cual en la práctica no es una contradicción, ya que por una parte surge la justicia en igualdad de condiciones y con respeto a la distribución de agua y de otros beneficios entre los distintos grupos y sectores de la sociedad, y por otra, la distribución se basará en decisiones autónomas conforme a los derechos indígena originario campesinos según las formas organizativas propias y las concepciones particulares en cada cultura”. (Subrayado agregado)*

En esta sentencia se menciona que el derecho al agua tiene un carácter individual pero también colectivo. En ese sentido, destaca el hecho que se respete el modo en el que una comunidad pueda organizarse para acceder a tal recurso.

### c) Colombia

Será en el año 1995 en el que la Corte Constitucional de Colombia empezará a reconocer un mínimo vital de agua potable, no solo desde el aspecto individual, sino también como un derecho extendido a grupos familiares desfavorecidos por el Estado. Sin embargo, se pueden mencionar cuatro etapas referentes a la jurisprudencia de la Corte Constitucional<sup>134</sup>:

- La primera etapa corresponde de 1992 a 1995, en la cual surgió tímidamente la teoría del mínimo vital.
- La segunda etapa corresponde de 1995 a 2005, en la cual se reconoce el derecho humano al agua en conexidad con otros derechos.
- La tercera etapa corresponde de 2006 a 2009, en la cual se reconoce el mínimo vital de agua en reiteradas decisiones.
- La cuarta etapa corresponde al 2010, en la cual se establece el derecho humano al agua potable conforme a la Observación N° 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas.

A continuación se mencionarán algunas sentencias emitidas por la Corte Constitucional de Colombia, a través de las cuales se ha reconocido el acceso al agua potable como un derecho humano autónomo.

- **Sentencia 578/1992**

En esta sentencia la Corte señaló que *“en principio, el agua constituye fuente de vida y la falta del servicio atenta directamente con el derecho fundamental a la vida de las personas. Así pues, el servicio público domiciliario de acueducto y alcantarillado en tanto que afecte la vida de las personas, la salubridad pública o la salud es un derecho constitucional fundamental y como tal ser objeto de protección a través de la acción de tutela”*.

Cabe señalar que esta sentencia constituyó un precedente para todas las sentencias que posteriormente emitiría la Corte Constitucional. Conforme se desprende de ella, se considera que el acceso a potable es un derecho fundamental por cuanto se afecta la vida y la salud de la personas.

- **Sentencia T-523-94**

Este caso versa sobre la comunidad de los Llanos de Cuivá, la cual se encuentra afectada por una infección dermatológica, padecida en niños y adultos, que se manifiesta en un problema dermatológico. Según la declaración efectuada por un profesional de la salud ello se debió al uso de aguas contaminadas.

En ese sentido, se señaló que es necesario que las personas tengan un ambiente sano, en consecuencia, quedarán indefensas cuando un particular deteriora una fuente de agua. De ahí que se considere importante la participación de la comunidad, lo cual no excluye

<sup>134</sup> ACEVEDO GONZÁLEZ, Karina y YÁÑEZ CONTRERAS, Martha. “El acceso al agua para consumo humano en Colombia”. En: *Revista de Economía Institucional*. Vol. 15, N° 29, Segundo Semestre, Lima: Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 125-148.

que el Estado emplee otros mecanismos coercitivos idóneos en contra de quienes hayan causado un daño de esa naturaleza.

- **Sentencia T-410/2003**

En esta sentencia la Corte señaló que *“la jurisprudencia constitucional, desde sus primeras sentencias, ha señalado que el derecho al agua es un derecho fundamental cuando está destinado para el uso de las personas, en cuanto contribuye a la vida, la salud y la salubridad pública y que, por el contrario, no es un derecho fundamental, cuando se destina a otro tipo de necesidades, tales como la explotación agropecuaria o a terrenos deshabitados”*. (Subrayado agregado)

En ella se señaló que *“si la pureza del agua que llega por acueducto es algo que debe estar ligado a la búsqueda de un ambiente sano, y si un particular deteriora la fuente de agua, se colige que los usuarios quedan en indefensión y que, además, al quedar afectado el interés colectivo en algo que tiene que ver con un servicio público, con mayor razón cabe la tutela*”. (Subrayado agregado)

Por tanto, *“es deber de la comunidad evitar que el agua se torne impura y es deber del Estado vigilar el proceso de desplazamiento y emplear los correctivos necesarios para que el ser humano pueda beber el agua sin que ello ocasione problemas para su salud. Esta protección y este deber tiene que ser mayor cuando se trata de nacimientos de agua pura, el hombre no puede involucrar ingredientes extraños que la tornen impura desde su misma fuente, esto altera el equilibrio ecológico, el respeto a la naturaleza y, además, atenta contra la función ecológica de la propiedad”*. (Subrayado agregado)

- **Sentencia T-270/07**

En esta sentencia la Corte señaló que *“el agua es un recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud. El derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos”*. (Subrayado agregado)

- **Sentencia T-546/2009**

En esta sentencia la Corte señaló que los parámetros para el reconocimiento del mínimo vital de acceso al agua son:

- El suministro de agua es indispensable para garantizar otros derechos fundamentales.
- Es imposible pagar por el servicio; no obstante, el no pago deberá obedecer a una fuerza insuperable.
- Si en el domicilio habita al menos un sujeto de especial protección, puede considerarse la posibilidad del no pago; sin embargo, ello puede poner en riesgo la sostenibilidad financiera de la empresa prestadora del servicio por lo que concluye aquella debe armonizar con la normatividad vigente incluyendo el mínimo vital de agua potable en el régimen de los servicios públicos domiciliarios.

- **Sentencia T-143/2010**

En esta sentencia la Corte señaló que *“una ciudadanía que no tiene acceso a cantidades básicas de agua potable no puede ejercer libremente actos tan elementales de la democracia como deliberar, decidir, criticar y elegir a sus gobernantes, y a sus políticas, porque su voluntad autónoma e independiente, podría ser constreñida y dominada por la necesidad de consumir agua potable, que es una actividad vital para cualquier ser humano”*. (Subrayado agregado)

Esta sentencia resuelve la acción de tutela<sup>135</sup> de una comunidad originaria que por causas naturales perdió parte de su sistema de acueducto y, por tanto, solicitaba el cumplimiento de los acuerdos hechos con la alcaldía para que se les garantice este servicio público. En principio, la Corte reitera jurisprudencia sobre el carácter fundamental del derecho al agua potable cuando está destinada al consumo humano y, en ese sentido, no condiciona su carácter fundamental, dado que no acoge el criterio de conexidad con otros derechos fundamentales, por el contrario, sostiene que las obligaciones que emanan de este derecho pueden ser prestacionales o no, es decir, pueden generarse obligaciones de simple abstención o actuaciones positivas<sup>136</sup>.

Asimismo, señaló que la alcaldía de Puerto López y la Gobernación tenían como meta brindar cantidades de agua necesarias, las cuales no fueron definidas. De igual modo, la Corte Constitucional advirtió que puede existir contraprestación dineraria u otra sin que con ello se afecte la autonomía de la comunidad y que, de ser el caso, la prestación podía ser gratuita. Adicionalmente, la Corte ordenó adoptar un plan con circunstancias de tiempo, modo y lugar, a fin que se elabore e implemente una política pública con la participación real y efectiva de los pueblos originarios<sup>137</sup>.

- **Sentencia T-418/2010**

En esta sentencia, la Corte señaló que una persona puede reclamar mediante acción de tutela que se le proteja judicialmente aquellas dimensiones del derecho al agua que comprometan su mínimo vital en dignidad<sup>138</sup>.

Toda persona tiene derecho a que la Administración atienda adecuadamente su petición de acceder al servicio de agua y a que, por lo menos, exista un plan que asegure,

<sup>135</sup> **Constitución Política de Colombia**

*“Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.*

*La protección consistirá en una orden para que aquel, respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, este lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.*

*Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.*

*En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.*

*La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”.*

<sup>136</sup> RESTREPO GUTIÉRREZ, Elizabeth. *Análisis jurisprudencial del acceso al agua potable para el consumo humano*. Tesis presentada como requisito parcial para optar al título de magíster en medio ambiente y desarrollo. Universidad Nacional de Colombia, 2014, p. 33. Para mayor detalle, véase el siguiente enlace: <http://www.bdigital.unal.edu.co/47232/1/43841255.2015.pdf>. Visto el 25 de noviembre de 2015.

<sup>137</sup> *Ibidem*.

<sup>138</sup> *Idem.*, p. 35.

progresivamente, el goce efectivo de esta dimensión del derecho al agua y posibilite la participación de los afectados en el diseño, ejecución y evaluación de dicho plan.

Las personas que habitan en el sector rural y tengan limitados recursos económicos, tienen derecho a ser protegidas especialmente, asegurándoles que no sean “los últimos de la fila” en acceder al agua potable.

Mientras se implementa el plan que garantice el goce efectivo de los derechos a los accionantes, deberán adoptarse medidas paliativas que aseguren algún mínimo acceso de supervivencia a agua potable. Asimismo, se señaló que se viola el derecho al agua de una persona, al emplear los trámites y procedimientos ante la administración como obstáculos para impedirle acceder al servicio de agua.

- **Sentencia T-616/2010**

En esta sentencia la Corte señaló que *“se considera que el derecho al acceso al agua potable es un derecho fundamental autónomo para todos y un derecho fundamental por conexidad para personas especialmente protegidas”*.

No obstante, se advierte un contrasentido, dado que, por una parte se prevé que es un derecho fundamental autónomo; mientras que, también se considera como un derecho fundamental por conexidad.

- **Sentencia T-1080-12**

En esta sentencia la Corte señaló que para referirse a la forma en que el recurso hídrico debe ser aprovechado por todos los beneficiarios, se deben adoptar estrategias y medidas para velar porque las generaciones presentes y futuras dispongan de agua suficiente y salubre, entre las cuales se encuentran:

- Reducir la disminución de recursos hídricos por extracción, desvío o contención.
- Reducir y eliminar la contaminación de las cuencas hidrográficas y de los ecosistemas relacionados con el agua por radiación, sustancias químicas nocivas y excrementos humanos.
- Vigilar las reservas de agua.
- Brindar seguridad con la finalidad que cualquier mejora propuesta no obstaculice el acceso al agua potable.
- Examinar las repercusiones que puedan tener ciertas medidas en la disponibilidad del agua y en las cuencas hidrográficas de los ecosistemas naturales, tales como los cambios climáticos, la desertificación y la creciente salinidad del suelo, la deforestación y la pérdida de biodiversidad.
- Aumentar el uso eficiente del agua por parte de los consumidores.
- Reducir el desperdicio de agua durante su distribución.
- Buscar mecanismos de respuesta para situaciones de emergencia.
- Crear instituciones competentes y establecer disposiciones institucionales apropiadas para aplicar las estrategias y los programas.

Asimismo, la Corte señaló que el agua como recurso natural renovable es fundamental para la subsistencia del pueblo originario, así como para garantizar el ejercicio de otros derechos como el de la alimentación, en la medida que el agua constituye un medio significativo para llevar a cabo prácticas agrícolas que sustentan el autoabastecimiento para la comunidad.

- **Sentencia T-028-14**

En esta sentencia la Corte señaló que *“toda persona tiene derecho a que la Administración asegure un mínimo vital de agua en condiciones adecuadas de disponibilidad, regularidad y continuidad y a que por lo menos, exista un plan de acción debidamente estructurado que asegure, progresivamente, el goce efectivo de esta dimensión del derecho y que posibilite la participación de los afectados en el diseño, ejecución y evaluación de dicho plan”*. (Subrayado agregado)

- **Sentencia T-163-14**

En esta sentencia la Corte señaló que *“la acción de tutela se torna procedente para la protección del derecho fundamental al agua potable cuando su uso se requiere para el consumo humano y que con la ausencia del recurso natural se pueden ver afectados otros derechos como la vida en condiciones dignas y la salud, máxime cuando están de por medio sujetos de especial protección constitucional como enfermos, incapaces físicos o mentales, ancianos o niños y mujeres en embarazo”*. Asimismo, respecto a la población infantil, consideró que *“el Estado se encuentra obligado a propugnar por una prestación del servicio público de agua potable permanente en cantidades y calidades básicas, directa o indirectamente, pues este derecho cobra vital importancia cuando los usuarios del recurso son menores de edad”*. (Subrayado agregado)

De igual modo, sostuvo que antes que se proceda con la suspensión del servicio, *“a la entidad le corresponde analizar cada caso, ya que deberá tener en cuenta si con tal decisión se pueden afectar derechos en mayor magnitud que los beneficios que se reportan, así como las causas que generaron el incumplimiento de las obligaciones facturadas”*. (Subrayado agregado)

Finalmente, *“ordenó a la empresa de servicios públicos reconectar el servicio público domiciliario de acueducto en el inmueble en el que reside el actor e instalar un reductor de flujo que garantice, por lo menos, 50 litros de agua diarios por cada niño. Asimismo, ordenó a la empresa de servicios adelantar trámites para llegar a un acuerdo de pago con el actor y que este se acomode de acuerdo a su condición económica”*. (El demandante tenía cuatro hijos).

### **3. El acceso al agua conforme a los dispositivos normativos en el Perú**

Tras haber señalado algunas pautas de organismos internacionales, así como algunos criterios adoptados por los tribunales de Argentina, Bolivia y Colombia sobre cuáles serían los presupuestos que podrían llenar de contenido el acceso al agua, entendiendo a este como un derecho fundamental, en el presente acápite se señalarán los dispositivos relativos al acceso agua y en qué medida esta regulación garantiza un acceso óptimo respecto a los pueblos amazónicos, la cual será desarrollada teniendo en consideración el orden cronológico en el que fueron publicadas en el diario oficial El Peruano.

### 3.1. Evaluación de dispositivos legales

#### a) Decreto Ley N° 22175, Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y Ceja de Selva<sup>139</sup>

Con relación al Decreto Ley N° 22175, concita la atención el artículo 10, toda vez que prevé que el Estado garantiza la integridad de la propiedad territorial de las comunidades nativas y que le otorgará los títulos de propiedad, el cual se detalla a continuación:

***“Artículo 10.- El Estado garantiza la integridad de la propiedad territorial de las Comunidades Nativas levantará el catastro correspondiente y les otorgará títulos de propiedad.***

*Para la demarcación del territorio de las Comunidades Nativas, se tendrá en cuenta lo siguiente:*

*a. Cuando hayan adquirido carácter sedentario la superficie que actualmente ocupan para desarrollar sus actividades agropecuarias, de recolección, caza y pesca; y*

*b. Cuando realicen migraciones estacionales, la totalidad de la superficie donde se establecen al efectuarlas.*

*Cuando posean tierras en cantidad insuficiente se les adjudicará el área que requieran para la satisfacción de las necesidades de su población”.*

Con relación a este punto, posteriormente, sería conveniente que sea analizado de manera sistemática con la Constitución, a efectos que encuentre correlato con el acceso al agua potable por parte de las comunidades nativas de Loreto.

#### b) Ley N° 26338, Ley General de Servicios de Saneamiento<sup>140</sup>

El artículo 6-A de la Ley N° 26338, Ley General de Servicios de Saneamiento, incorporado mediante el Decreto Legislativo N° 1240<sup>141</sup>, prevé que *“corresponde a las Municipalidades Distritales y de modo supletorio a las Municipalidades Provinciales, administrar los servicios de saneamiento en el ámbito rural a través de organizaciones comunales u otras modalidades de gestión alternativas que establezca el ente rector, en aquellos centros poblados rurales que se encuentran fuera del ámbito de responsabilidad de una entidad prestadora y solo en los casos y condiciones previstas en la presente ley, su reglamento y normas complementarias”.*

Asimismo, en el artículo 10 de la Ley N° 26338 se desprende que el acceso al agua potable es un servicio de saneamiento.

<sup>139</sup> Publicado el 10 de mayo de 1978 en el diario oficial El Peruano.

<sup>140</sup> Publicada el 24 de julio de 1994 en el diario oficial El Peruano.

<sup>141</sup> Publicado el 26 de setiembre de 2015 en el diario oficial El Peruano.

De este dispositivo se desprende que desde el año 1994 el acceso a agua potable era considerado un servicio público y no incluía un derecho fundamental. Por otro lado, será recién en el 2015 en el que se establecerá que las municipalidades distritales tienen el rol de administrar los servicios de saneamiento en el ámbito rural mediante las organizaciones comunales, lo cual consideramos que se encuentra acorde con los numerales 2.1 y 4.1 del artículo 80 de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades<sup>142</sup>.

Asimismo, se aprecia el artículo 44 de la Ley N° 26338, del cual se desprende que las tarifas o cuotas a cobrarse por los servicios de abastecimiento de agua potable y alcantarillado en el ámbito rural deben cubrir como mínimo, los costos de operación y mantenimiento de dichos servicios.

### c) Ley N° 26842, Ley General de Salud<sup>143</sup>

Con relación a la Ley N° 26842, Ley General de Salud y para efectos de la presente investigación destacan los artículos 103, 105, 106 y 107, los cuales se detallan a continuación:

*“Artículo 103.- La protección del ambiente es responsabilidad del Estado y de las personas naturales y jurídicas, los que tienen la obligación de mantenerlo dentro de los estándares que para preservar la salud de las personas, establece la Autoridad de Salud competente.*

*Artículo 105.- Corresponde a la autoridad de salud de nivel nacional, dictar las medidas necesarias para minimizar y controlar los riesgos para la salud de las personas derivados de elementos, factores y agentes ambientales, de conformidad con lo que establece, en cada caso, la ley de la materia.*

*La autoridad nacional de salud, en coordinación con la autoridad regional de salud, identifica las zonas críticas, las actividades y fuentes principales de impacto en la salud y suscribe convenios con las empresas que desarrollan estas actividades en la zona, para el financiamiento, elaboración y aprobación del plan de salud, a efectos de prevenir las enfermedades y garantizar el tratamiento de las personas afectadas.*

*Artículo 106.- Cuando la contaminación del ambiente signifique riesgo o daño a la salud de las personas, la autoridad de salud de nivel nacional, en coordinación con la autoridad*

<sup>142</sup> Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, publicado el 27 de mayo de 2003 en el diario oficial El Peruano.

*“Artículo 80.- Saneamiento, salubridad y salud*

*Las municipalidades, en materia de saneamiento, salubridad y salud, ejercen las siguientes funciones:*

*(...)*

*2.- Funciones específicas compartidas de las municipalidades provinciales:*

*2.1 Administrar y reglamentar directamente o por concesión el servicio de agua potable, alcantarillado y desagüe, limpieza pública y tratamiento de residuos sólidos, cuando por economías de escala resulte eficiente centralizar provincialmente el servicio.*

*(...)*

*4.- Funciones específicas compartidas de las municipalidades distritales:*

*4.1 Administrar y reglamentar, directamente o por concesión el servicio de agua potable, alcantarillado y desagüe, limpieza pública y tratamiento de residuos sólidos, cuando esté en capacidad de hacerlo.*

*(...)”*

<sup>143</sup> Publicada el 20 de julio de 1997 en el diario oficial El Peruano.

*de salud de nivel regional, dicta las medidas de prevención y control indispensables para que cesen los actos o hechos que ocasionan dichos riesgos y daños.*

*La autoridad de salud de nivel regional, en coordinación con la autoridad de salud de nivel local de su ámbito, vigila el cumplimiento de las normas y los estándares referidos en el primer párrafo.*

**Artículo 107.-** *El abastecimiento de agua, alcantarillado, disposición de excretas, reuso de aguas servidas y disposición de residuos sólidos quedan sujetos a las disposiciones que dicta la Autoridad de Salud competente, la que vigilará su cumplimiento.*

De estos dispositivos se desprende que tanto el Estado como los particulares tienen el deber de proteger el ambiente, a fin de preservar un adecuado estado de salud de las personas. En virtud de ello, el Estado y los particulares deben tomar medidas destinadas a prevenir algún tipo de riesgo que pueda afectar la salud.

Mientras que, respecto a la provisión de agua potable se prevé que esta queda bajo supervisión de la autoridad de salud competente, que resulta ser la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento, dado que tiene la condición de organismo regulador y que tiene por objetivo garantizar a los usuarios la prestación de los servicios de saneamiento en el ámbito urbano, en condiciones de calidad, a fin de contribuir con la salud de la población.

Mientras que, el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento es el ente rector del sector saneamiento y, por ende, le corresponde diseñar, normas y ejecutar las políticas nacionales y las acciones sectoriales dentro de su ámbito de competencia. No obstante, las municipalidades provinciales pueden otorgar el derecho de explotación de la prestación de los servicios de saneamiento, previa delegación expresa del referido Ministerio.

Sin embargo, conforme se señaló en el análisis del anterior dispositivo, las Municipalidades distritales pueden administrar los servicios de saneamiento en el ámbito rural a través de organizaciones comunales u otras modalidades de gestión alternativas que establezca el Ministerio, conforme a los reglamentos que emita, los cuales, hasta la fecha de la presente investigación, se encuentran en proceso de elaboración y estudio.

**d) Ley N° 26821, Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales<sup>144</sup>**

El artículo 17 de la Ley N° 26821, Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales prevé que *“los habitantes de una zona geográfica, especialmente los miembros de las comunidades campesinas y nativas, pueden beneficiarse, gratuitamente y sin exclusividad, de los recursos naturales de libre acceso del entorno adyacente a sus tierras, para satisfacer sus necesidades de subsistencia y usos rituales, siempre que no existan derechos exclusivos o excluyentes de terceros o reserva del Estado. Las*

<sup>144</sup> Publicada el 26 de junio de 1997 en el diario oficial El Peruano

*modalidades ancestrales de uso de los recursos naturales son reconocidas, siempre que no contravengan las normas sobre protección del medio ambiente”.*

En el referido dispositivo no se hace referencia sobre la calidad de los recursos naturales a los que tienen acceso las comunidades nativas y solo se contempla que pueden acceder a estos recursos conforme a sus costumbres ancestrales, a fin de satisfacer sus necesidades de subsistencia, siempre que no existan derechos exclusivos.

No obstante lo regulado en ella, este dispositivo hoy en día debe ser interpretado conjuntamente con otros dispositivos que serán analizados en breve, tales como la Ley N° 29785, por medio del cual se reconoce el derecho a la consulta previa de las comunidades nativas.

#### **e) Ley N° 28611, Ley General del Ambiente<sup>145</sup>**

El artículo 70 de la Ley N° 26811, Ley General del Ambiente prevé que en el diseño y aplicación de la política ambiental, particularmente, en el proceso de ordenamiento territorial ambiental, se deben salvaguardar los derechos de los pueblos originarios, comunidades campesinas y nativas reconocidos en la Constitución Política y en los tratados internacionales ratificados por el Estado. Las autoridades públicas promueven su participación e integración en la gestión del ambiente.

Mientras que, el artículo 71 de este dispositivo prevé que *“el Estado reconoce, respeta, registra, protege y contribuye a aplicar más ampliamente los conocimientos colectivos, innovaciones y prácticas de los pueblos, comunidades campesinas y nativas, en tanto ellos constituyen una manifestación de sus estilos de vida tradicionales y son consistentes con la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de los recursos naturales. El Estado promueve su participación, justa y equitativa, en los beneficios derivados de dichos conocimientos y fomenta su participación en la conservación y la gestión del ambiente y los ecosistemas”.* (Subrayado agregado)

De igual modo el artículo 72 establece los presupuestos que corresponde para el aprovechamiento de recursos naturales y en los que se encuentren implicados pueblos como comunidades campesinas y nativas de la siguiente manera:

- Los estudios y proyectos de exploración, explotación y aprovechamiento de recursos naturales que se autoricen en tierras de estos pueblos adoptan las medidas necesarias para evitar el detrimento a su integridad cultural, social, económica y en sus valores tradicionales.
- En caso de proyectos o actividades a ser desarrollados dentro de sus tierras, los procedimientos de consulta se orientan preferentemente a establecer acuerdos con los representantes de estas, a fin de resguardar sus derechos y costumbres tradicionales, así como para establecer beneficios, medidas compensatorias por el

<sup>145</sup> Publicada el 15 de octubre de 2005 en el diario oficial El Peruano.

uso de los recursos, conocimientos o tierras que les corresponda según la legislación pertinente.

- Pueden beneficiarse de los recursos de libre acceso para satisfacer sus necesidades de subsistencia y usos rituales. Asimismo, tienen derecho preferente para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales dentro de sus tierras, debidamente tituladas, salvo reserva del Estado o derechos exclusivos o excluyentes de terceros, en cuyo caso tienen derecho a una participación justa y equitativa de los beneficios económicos que pudieran derivarse del aprovechamiento de dichos recursos.

Por su parte, el artículo 104 establece que *“el Estado reconoce y protege los derechos patrimoniales y los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales de las comunidades campesinas nativas y locales en lo relativo a la diversidad biológica. El Estado establece los mecanismos para su utilización con el consentimiento informado de dichas comunidades, garantizando la distribución de los beneficios derivados de la utilización”*.

Con relación a este dispositivo, consideramos que se revalora la importancia de que las comunidades nativas participen en la gestión de los recursos naturales en aras de un aprovechamiento sostenible, de ahí que en ella se generen los primeros cimientos respecto a la consulta previa, aun cuando no tenía un efecto vinculante.

Por otro lado, si bien se revaloran las costumbres ancestrales de estos colectivos; no obstante, se establece que solo tienen derecho preferente para aprovechar los recursos naturales dentro de sus territorios, siempre que se encuentren debidamente tituladas, lo cual resulta ser un contrasentido, toda vez que en el Perú, existen muy pocas comunidades nativas a quienes se les ha reconocido la titularidad de las tierras donde viven, más aún si hasta el momento de la presente investigación aún no existe una ley sobre ordenamiento territorial.

Por tanto, el contemplar que las comunidades nativas tienen derecho a una participación justa y equitativa de los beneficios económicos que podría derivarse del aprovechamiento de dichos recursos solo resultaría aplicable, en teoría, a quienes gozan de la mencionada titularidad de sus tierras; sin embargo, al no existir este escenario, lo que sucede en la práctica es que ellas no perciben directamente beneficios económicos, a modo de medidas compensatorias por el uso de terceros de los recursos al que tienen libre acceso para seguir garantizando su subsistencia.

**f) Ley N° 28736, Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial<sup>146</sup>**

La Ley N° 28736, Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial prevé que respecto a los integrantes de

<sup>146</sup> Publicada el 18 de mayo de 2006 en el diario oficial El Peruano.

los pueblos en situación de aislamiento o contacto inicial, el Estado tiene las siguientes obligaciones:

- Garantizar el libre acceso y uso extensivo de sus tierras y los recursos naturales para sus actividades tradicionales de subsistencia.
- Proteger su vida y su salud desarrollando prioritariamente acciones y políticas preventivas, dada su posible vulnerabilidad frente a las enfermedades transmisibles.
- Respetar su decisión en torno a la forma y el proceso de su relación con el resto de la sociedad nacional y con el Estado.
- Proteger su cultura y sus modos tradicionales de vida, reconociendo la particular relación espiritual de estos pueblos con su hábitat, como elemento constitutivo de su identidad.
- Reconocer su derecho a poseer tierras que ocupan, restringiendo el ingreso de foráneos.
- Garantizar el libre acceso y uso extensivo de sus tierras y los recursos naturales para sus actividades tradicionales de subsistencia.
- Establecer reservas indígenas, las que se determinarán sobre la base de las áreas que ocupan y a las que hayan tenido acceso tradicional, hasta que decidan su titulación en forma voluntaria.

Por otro lado, en el artículo 5 del referido dispositivo se establece que las reservas indígenas para los pueblos en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial son intangibles en tanto mantengan la calidad de tales.

Asimismo, se contempla que no se otorgarán derechos que impliquen el aprovechamiento de recursos naturales, salvo el que sea con fines de subsistencia que realicen los pueblos que las habiten y aquellos que permitan su aprovechamiento mediante métodos que no afecten los derechos de los pueblos en situación de aislamiento o en situación de contacto inicial, y siempre que lo permita el correspondiente estudio ambiental. Sin embargo, en caso de ubicarse un recurso natural susceptible de aprovechamiento cuya explotación resulte de necesidad pública para el Estado, se procederá de acuerdo a ley.

Con relación a este dispositivo, conscientes de que debemos partir de la premisa que los derechos no son absolutos, sino que son relativos, el legislador por una parte reconoció indirectamente que tales colectivos son vulnerables y, por otro lado, contempló que en caso existiera una necesidad pública puede aprovecharse el recurso natural aun cuando este formara parte de una reserva indígena.

Al respecto, consideramos que el Estado no ha mantenido una línea coherente respecto a estos colectivos, de ahí que hayan acontecido una serie de conflictos sociales. Así, por ejemplo, si un colectivo de esta naturaleza tuviera acceso a una única fuente hídrica, el Estado podría aprovechar este recurso natural, invocando como justificación que resulta ser de “necesidad pública”, terminología que resulta ser muy ambigua, más aún cuando en el país no se ha determinado qué se entiende como tal, además porque se ha hecho

uso y abuso de este término para regular temas que tienen muy poca incidencia a nivel nacional<sup>147</sup>.

Sin perjuicio del párrafo precedente, se observa que el artículo 35 del Reglamento de la Ley N° 28736, aprobado mediante Decreto Supremo N° 008-2007-MIMDES<sup>148</sup>, modificado mediante la Novena Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Decreto Supremo N° 001-2012-MC<sup>149</sup> establece que cuando en la reserva indígena se ubique un recurso natural cuya exploración o explotación el Estado considere de necesidad pública, la autoridad sectorial competente solicitará al Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura la opinión técnica previa vinculante sobre los estudios de impacto ambiental.

Posteriormente, será mediante el Decreto Supremo N° 007-2013-MC<sup>150</sup>, por medio del cual se establecerán mecanismos para canalizar el pago de compensaciones económicas y otros, en beneficio de los pueblos en aislamiento o contacto inicial ubicados en reservas indígenas o reservas territoriales, las cuales estarán destinadas de la siguiente manera:

- En el caso de los pueblos en situación de contacto inicial: las acciones de beneficio estarán relacionadas a la seguridad alimentaria, la protección de la vida y la salud y otros, conforme a la normatividad vigente.
- En el caso de los pueblos indígenas en situación de aislamiento: las acciones de beneficio estarán relacionadas a las medidas de protección y seguridad, de conformidad con la normativa vigente de la materia.

Aun cuando se contemple el reconocimiento de una compensación económica a favor de estos colectivos originarios, consideramos que, muchas veces, el tema económico no puede revertir el perjuicio ocasionado, sea en la vida o en la salud, o casi imposible de revertir en un corto y mediano plazo o incluso la que podría aflorar muchos años después, debido a la contaminación de una fuente hídrica que puede ocasionar una actividad extractiva, la cual, por lo general, resulta ser el único recurso al cual tienen acceso.

Por tanto, lo óptimo resultaría que el Estado, cuente con un ente técnico y no político que, por ende, emita una opinión técnica sobre la eventual posibilidad de que los recursos naturales que se encuentren en una reserva indígena sean aprovechados por terceros. Si bien lo ideal sería que el Estado proteja a estos colectivos y con ello mantenga preservado el hábitat en el que viven, podría optar por declarar que tales reservas sean siempre intangibles; sin embargo, el problema que podría suscitarse es el hecho de que muchas de ellas suelen ser nómades.

Ante esta situación, el Estado tendría que efectuar una verificación de las áreas catalogadas como reserva indígenas cada cierto periodo de tiempo, el cual tendría que

<sup>147</sup> Por ejemplo, la creación de parques industriales en diversas ciudades del país.

<sup>148</sup> Publicado el 6 de octubre de 2007 en el diario oficial El Peruano.

<sup>149</sup> Publicado el 3 de abril de 2012 en el diario oficial El Peruano.

<sup>150</sup> Publicado el 28 de noviembre de 2013 en el diario oficial El Peruano.

ser materia de evaluación, a fin que pueda mantenerse una prórroga, en beneficio de colectivos vulnerables y con ello garantizar su dignidad y sus derechos fundamentales.

No obstante, si bien el tema del aprovechamiento de recursos naturales ubicados en una reserva indígena resulta ser un criterio técnico, ello debe estar basado bajo determinados presupuestos que, eventualmente, podrían ser desarrollados por el Tribunal Constitucional, en atención a un caso concreto, de modo que, este colegiado pueda tener la oportunidad de evaluar bajo qué situaciones y contexto, podría resultar plausible el aprovechamiento por parte de los citados colectivos, toda vez que sus derechos fundamentales pueden estar juego.

**g) Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos<sup>151</sup>**

Los tres primeros artículos de la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos contemplan que el agua es un recurso natural renovable, indispensable para la vida, vulnerable y estratégico para el desarrollo sostenible y, además, constituye patrimonio de la Nación. Su dominio es inalienable e imprescriptible. De ahí que se considere que la gestión integrada de los recursos hídricos debe realizarse con eficiencia y sostenibilidad de las cuencas hidrográficas y acuíferos para la conservación e incremento del agua, a efectos de garantizar la demanda de las actuales y futuras generaciones.

En el artículo III del Título Preliminar de la Ley N° 29338 se prevén once principios respecto al uso y gestión integrada de los recursos hídricos, los cuales se detallan a continuación:

- **Principio de valoración del agua y de gestión integrada del agua:** El agua tiene valor sociocultural, valor económico y valor ambiental, por lo que su uso debe basarse en la gestión integrada y en el equilibrio entre estos. El agua es parte integrante de los ecosistemas y renovable a través del ciclo hidrológico.
- **Principio de prioridad en el acceso al agua:** Para la satisfacción de las necesidades primarias de la persona humana es prioritario por ser un derecho fundamental sobre cualquier uso.
- **Principio de participación de la población y cultura del agua:** El Estado crea mecanismos para la participación de los usuarios y de la población organizada en la toma de decisiones que afecten el agua en cuanto a cantidad, calidad, oportunidad u otro atributo del recurso.
- **Principio de seguridad jurídica:** El Estado consagra un régimen de derechos para el uso del agua. Promueve y vela por el respeto de las condiciones que otorgan seguridad jurídica a la inversión relacionada con su uso, sea pública o privada o en coparticipación.

<sup>151</sup> Publicada el 31 de marzo de 2009 en el diario oficial El Peruano.

- **Principio de respeto de los usos del agua por las comunidades campesinas y comunidades nativas:** El Estado respetar los usos y costumbres de las comunidades campesinas y comunidades nativas, así como su derecho de utilizar las aguas que discurren por sus tierras, en tanto no se oponga a la ley. Promueve el conocimiento y tecnología ancestral del agua.
- **Principio de sostenibilidad:** El Estado promueve y controla el aprovechamiento y conservación sostenible de los recursos hídricos previniendo la afectación de su calidad ambiental y de las condiciones naturales de su entorno.  
El uso y gestión sostenible del agua implica la integración equilibrada de los aspectos socioculturales, ambientales y económicos en el desarrollo nacional, así como la satisfacción de las necesidades de las actuales y futuras generaciones.
- **Principio de descentralización de la gestión pública del agua y de autoridad única:** Para una efectiva gestión pública del agua, la condición del Sistema Nacional de Gestión de los Recursos Hídricos es de responsabilidad de una autoridad única y desconcentrada.
- **Principio precautorio:** La ausencia de certeza absoluta sobre el peligro de daño grave o irreversible que amenace las fuentes de agua no constituye impedimentos para adoptar medidas que impidan su degradación o extinción.
- **Principio de eficiencia:** La gestión integrada de los recursos hídricos se sustenta en el aprovechamiento eficiente y su conservación, incentivando el desarrollo de una cultura de uso eficiente entre los usuarios y operadores.
- **Principio de gestión integrada participativa por cuenca hidrográfica:** El uso del agua debe ser óptimo y equitativo, basado en su valor social, económico y ambiental, y su gestión debe ser integrada por cuenca hidrográfica y con participación activa de la población organizada.
- **Principio de tutela jurídica:** El Estado protege, supervisa y fiscaliza el agua en sus fuentes naturales o artificiales y en el estado en que se encuentre y en cualquier etapa del ciclo hidrológico.

(Subrayado agregado)

Por su parte, el artículo 40 de la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos prevé que *“el Estado garantiza a todas las personas el derecho de acceso a los servicios de agua potable, en cantidad suficiente y en condiciones de seguridad y calidad para satisfacer necesidades personales y domésticas”*.

De otro lado, el artículo 64 del referido dispositivo establece que el Estado reconoce y respeta el derecho de las comunidades campesinas y comunidades nativas de utilizar las

aguas existentes o que discurren por sus tierras, derecho que es imprescriptible, prevalente y se ejerce de acuerdo con los usos y costumbres ancestrales de cada comunidad, así como las cuencas de donde nacen dichas aguas, tanto para fines económicos, de transporte, de supervivencia y culturales, en el marco de lo establecido en la Constitución Política. Asimismo, se contempla que ningún artículo de la ley puede interpretarse para menoscabar los derechos reconocidos de los pueblos amparados en el Convenio 169 de la OIT.

Adicionalmente, en el artículo 118 de la Ley N° 29338, se prevé que las comunidades nativas organizan sus comités de subcuenca de acuerdo a sus usos y costumbres para toda actividad cultural, social o económica y se encargan de la protección de las cochas, humedales y restingas de selva. La Autoridad Nacional del Agua, en concordancia con los consejos de cuencas de la Amazonía, vela porque en las aguas existentes o que discurren por las áreas habitadas por pueblos en aislamiento voluntario o contacto inicial no se otorgue ningún derecho que implique uso, disposición o vertimientos en estas fuentes.

Del referido dispositivo consideramos que se desprende lo siguiente:

- **Acceso a las fuentes naturales de agua y su relación con pueblos en situación de aislamiento voluntario y en situación de contacto inicial:**

En atención ello, se establece que la Autoridad Nacional del Agua, en concordancia con los consejos de cuenca de la Amazonía, vela porque en las aguas existentes o que discurren por las áreas habitadas por estos colectivos no se otorgue ningún derecho que implique uso, disposición o vertimientos en las mismas, de conformidad con el artículo 118 de la ley.

Mientras que el numeral 254.3 del artículo 254 del Reglamento de la Ley N° 29338, aprobado mediante Decreto Supremo N° 001-2010-AG<sup>152</sup>, establece que el Consejo de los Recursos Hídricos de Cuenca de la Amazonía realiza acciones de vigilancia y fiscalización en las fuentes naturales de agua.

De igual modo, consideramos que tendría que efectuarse una interpretación sistemática entre las Leyes N° 29338 y N° 28736 y sus respectivos reglamentos, en los casos en que estos colectivos tengan acceso a una sola fuente natural de agua que podría estar afectada.

Sin embargo, conforme a tales dispositivos, podría existir la posibilidad en la que el Estado concesione a terceros para que puedan aprovechar los recursos naturales que se encuentren en una reserva indígena, siempre que se invoque como justificación que existe necesidad pública y, además, que el Viceministerio de Interculturalidad lo permita, en cuyo caso el Estado podría otorgar una compensación económica.

<sup>152</sup> Publicado el 24 de marzo de 2010 en el diario oficial El Peruano.

- **Acceso a las fuentes naturales de agua y su relación con las comunidades nativas:**

A estos colectivos se les reconoce el derecho a utilizar las aguas que existen o discurren por sus tierras conforme a sus usos y costumbres, el cual es imprescriptible y prevalente. Asimismo, el Estado debe abstenerse de interferir en el disfrute, por tanto, protege, supervisa y fiscaliza el agua en sus fuentes naturales o artificiales.

Adicionalmente, en el artículo 90 del Reglamento de la Ley N° 29338 se establece que los integrantes de las comunidades nativas no están obligados a formar organizaciones de usuarios de agua para ejercer su derecho de uso de agua, conforme se indicó en el primer capítulo de la presente investigación.

No obstante, no se aprecia cómo se podría revertir la situación por la que podrían atravesar algunas mujeres de las comunidades nativas, como la de recoger, trasladar agua y no participar en la toma de decisiones respecto a la gestión de los recursos hídricos.

Por otro lado, si bien se desprende del principio de participación de la población y cultura del agua que la gestión de los recursos hídricos implica que la población que pueda verse afectada por una inadecuada calidad, cantidad y oportunidad del agua, tome decisiones sobre las que, en primer lugar, exista una adecuada información respecto a su cuidado. En ese sentido, consideramos que amerita la difusión de información sobre los canales que existen para efectuar denuncias ambientales, en aras de contribuir con la fiscalización del agua como fuente natural.

Con relación a la difusión de información, el numeral 130.3 del artículo 130 de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, señala que el Estado promueve la participación ciudadana en las acciones de fiscalización ambiental, asimismo, el numeral 134.1 del artículo 134 de la Ley N° 28611 dispone que las autoridades competentes deben dictar medidas que faciliten el ejercicio de la vigilancia ciudadana, así como desarrollar los mecanismos de denuncia<sup>153</sup> frente a infracciones<sup>154</sup> a la normativa ambiental.

<sup>153</sup> Al respecto, el artículo 21 de la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental establece lo siguiente:

**“Artículo 21.- Medidas cautelares**

21.1 Antes de iniciarse un procedimiento sancionador o en cualquier etapa del procedimiento se podrán ordenar medidas cautelares previamente a la determinación de la responsabilidad de los administrados, cuando ello resulte necesario para prevenir un daño irreparable al ambiente, los recursos naturales o la salud de las personas.

21.2 Las autoridades competentes podrán ordenar medidas cautelares genéricas o específicas tales como: a) decomiso temporal de los objetos, instrumentos, artefactos o sustancias empleados para la comisión de la infracción, b) Paralización o restricción de la actividad causante de la infracción, c) cierre temporal, parcial o total, del local o establecimiento donde se lleve a cabo la actividad que ha generado la presunta infracción, d) Otras que sean necesarias para evitar un daño irreparable al ambiente, los recursos naturales o la salud de las personas.

21.3 Las mismas deben ser adoptadas teniendo en consideración el principio de razonabilidad y deben ser debidamente fundamentadas. La presente norma se rige bajo lo dispuesto por el artículo 146 de la Ley del Procedimiento Administrativo General (...).”

En esa línea, el Reglamento de Medidas Administrativas del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental-OEFA, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 007-2015-OEFA/CD, así como la Resolución de Presidencia de Consejo Directivo N° 045-2015-OEFA/PCD.

Por su parte, el artículo 251 del Decreto Supremo N° 001-2010-AG prevé que *“la gestión integrada del agua amazónica tiene por finalidad planificar y ejecutar las actividades de protección y manejo sostenible del agua y sus recursos hídricos en las cuencas de la Amazonía, de manera participativa y coordinada con las comunidades nativas amazónicas y pueblos indígenas, propiciando el desarrollo sostenible y manejo integrado de los recursos hídricos y la adaptación a la variabilidad climática y al cambio climático”*.

Al respecto, el OEFA<sup>155</sup> mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 024-2013-OEFA/CD del 28 de mayo de 2013 creó la Red Universitaria de Capacitación y Educación en Fiscalización Ambiental – RUCFEA, a fin de fortalecer la fiscalización ambiental a través de la participación ciudadana.

El RUCFEA conforme se desprende de sus siglas está conformado por estudiantes universitarios que cumplan con determinados requisitos, quienes son capacitados, registrados y acreditados por el OEFA antes del inicio de las actividades de difusión para que posteriormente capaciten, prioritariamente, a los integrantes de las comunidades nativas.

En esa línea, existen buenas iniciativas por parte del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA<sup>156</sup>, las cuales han tenido como propósito capacitar a comunidades nativas ubicadas cerca de las cuencas del Tigre, Corrientes y Pastaza, sobre fiscalización ambiental, en virtud de la Resolución Suprema N° 119-2014-PCM, mediante la cual se crea la Comisión Multisectorial de carácter temporal<sup>157</sup>.

De otro lado, conforme se vislumbra del criterio señalado por el Tribunal Constitucional, no se niega la posibilidad de que el efecto práctico de la aplicación de la Ley N° 29338 pueda afectar a una comunidad nativa o, inclusive, a un pueblo originario, razón por la cual consideramos que nuestra posición tiene asidero y, en suma, corresponderá que el máximo intérprete de la Constitución pueda señalar los límites del aprovechamiento de una fuente hídrica por parte de los particulares que, por lo general, suelen ser empresas de actividades extractivas, si es que nos encontramos en la selva. Además, que su incumplimiento o perjuicio en una población vulnerable acarreará las sanciones que correspondan.

- **Acceso a las cuencas y su relación con las comunidades nativas:**

<sup>154</sup> El artículo 35 del Reglamento sobre Transparencia, Acceso a la Información Pública Ambiental y Participación y Consulta Ciudadana en Asuntos Ambientales, aprobado mediante Decreto Supremo N° 002-2009-MINAM, prevé que la denuncia de infracciones o de amenazas de infracciones a la normativa ambiental es un mecanismo de participación ciudadana en la fiscalización ambiental. Acorde con ello, se encuentra el Decreto Supremo N° 017-2012-ED, en el que se establece como uno de los objetivos de la Política Nacional de Educación Ambiental desarrollar la educación, cultura y ciudadanía ambiental nacional, orientada a la formación de una sociedad peruana, sostenible, competitiva, inclusiva y con identidad.

<sup>155</sup> Ente rector del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, mediante la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicada el 5 de marzo de 2009 en el diario oficial El Peruano.

<sup>156</sup> [https://www.oefa.gob.pe/?wpfb\\_dl=15492](https://www.oefa.gob.pe/?wpfb_dl=15492). Visto el 28 de noviembre de 2015.

<sup>157</sup> Publicada el 1 de abril de 2014 en el diario oficial El Peruano.

En correlación con este punto, el artículo 75 de la Ley N° 29338 reconoce la importancia de salvaguardar las cuencas hidrográficas, las cuales están bajo vigilancia de los Consejos de Cuenca. En ese sentido, contempla que la Autoridad Nacional del Agua, con opinión del Ministerio del Ambiente, puede declarar zonas intangibles, a fin que no se otorgue ningún derecho para uso, disposición o vertimiento de agua. Sin embargo, no existe dispositivo por medio del cual se establezcan cuáles podrían ser los presupuestos mínimos para que se declare una zona intangible.

En correlación con el cuidado de las cuencas, cabe mencionar que el literal f) del artículo 51 de la Ley N° 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, prevé como función específica de los Gobiernos Regionales, la promoción y ejecución de proyectos y obras de irrigación, mejoramiento de riego, manejo adecuado y conservación de los recursos hídricos y de suelos, cuya formulación guarda correspondencia con las políticas nacionales sobre la materia.

Mientras que, de los artículos 256 y 257 del Decreto Supremo N° 001-2010-AG se desprende que las comunidades nativas se encargan de las cochas, humedales y restingas de la selva. Asimismo, que participan en los Consejos de Recursos Hídricos de Cuenca de la Amazonía, a través de los cuales intervienen en los procesos de consulta y toma de decisiones de la Autoridad Nacional del Agua en materia de gestión integrada de recursos hídricos.

Adicionalmente, consideramos conveniente señalar que el artículo 24 del referido Decreto Supremo establece que los Consejos de Recursos hídricos de Cuenca son órganos de la Autoridad Nacional del Agua, creados por decreto supremo. Cabe acotar que la Autoridad Nacional del Agua promueve la creación de estos Consejos; sin embargo, los Gobiernos Regionales presentan a la Autoridad Nacional del Agua la propuesta de creación y conformación de los Consejos de Recursos Hídricos de Cuenca.

- **Acceso a agua potable por parte de las comunidades nativas:**

Con relación al acceso al agua potable, la Ley N° 29338, de manera muy escueta, ha previsto en su artículo 40 que *“el Estado garantiza a todas las personas el derecho de acceso a los servicios de agua potable, en cantidad suficiente y en condiciones de seguridad y calidad para satisfacer necesidades personales y domésticas”*.

Si bien en la Ley N° 29338 se reconoce que todas las personas tienen el derecho a acceder a los servicios de agua potable, siempre que su uso esté destinado a satisfacer sus necesidades personales y domésticas, en la práctica ello aún se encuentra en ejecución, por cuanto, en la realidad, existen personas, sobre todo, integrantes de comunidades nativas que no cuentan con este servicio.

En esa línea, se advierte que la Ley N° 29338 reconoce el acceso que tienen las comunidades nativas a las fuentes de agua naturales, en ese sentido, deben respetarse los usos y costumbres ancestrales.

#### h) Ley N° 29763, Ley Forestal y Fauna Silvestre<sup>158</sup>

Para efectos de nuestro objeto de estudio, destacamos algunos principios aplicables a la gestión forestal y de fauna silvestre, tales como la consulta previa libre e informada, equidad e inclusión social, el cual incluye el enfoque de género<sup>159</sup>, la interculturalidad, conocimientos tradicionales y cosmovisión, previstos en el artículo II de la Ley N° 29763, Ley Forestal y de Fauna Silvestre, los cuales guardan correspondencia con lo previsto en la Política Nacional de Educación Ambiental, aprobada mediante Decreto Supremo N° 017-2012-ED<sup>160</sup>, así como el Decreto Supremo N° 009-2013-MINAGRI, que aprueba la Política Nacional Forestal y de Fauna Silvestre<sup>161</sup>.

De otro lado, el artículo 148 de la Ley N° 29763, Ley Forestal y Fauna Silvestre, prevé lo siguiente:

**“Artículo 148. Monitoreo, control y vigilancia comunales**

*En el interior de las comunidades, sus miembros realizan actividades de monitoreo, control y vigilancia de los recursos forestales y de fauna silvestre bajo la supervisión de sus autoridades comunales, en coordinación con la autoridad regional forestal y de fauna silvestre, otras entidades públicas responsables y las organizaciones campesinas y nativas. Los miembros de la comunidad designados por la asamblea comunal, y registrados ante la autoridad regional forestal y de fauna silvestre, pueden constituirse como comités de vigilancia y control forestal comunitario, actuando en su ámbito como custodios del patrimonio forestal y de fauna silvestre de la Nación.*

*En su calidad de custodios del patrimonio forestal y de fauna silvestre de la Nación, los comités pueden intervenir los productos forestales y de fauna silvestre hallados o transportados en el interior de su comunidad, para luego informar a la dependencia más cercana de la autoridad regional forestal y de fauna silvestre sobre cualquier eventual incumplimiento de la normativa forestal y de fauna silvestre que hayan detectado, a efectos de que dicha autoridad realice las investigaciones necesarias.*

<sup>158</sup> Publicada el 22 de julio de 2011 en el diario oficial El Peruano.

<sup>159</sup> El enfoque de género “es una forma de mirar la realidad, a través de la cual se identifican los roles y las tareas realizadas por las mujeres y los hombres, los cuales son asignados por la sociedad. En ese sentido, el enfoque de género es una herramienta analítica y metodológica que posee además una dimensión política, en tanto busca construir, por medio de ella, relaciones de género equitativas y justas. Asimismo, la aplicación de dicho enfoque no implica desconocer la existencia de otras discriminaciones y desigualdades derivadas de origen étnico, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica, orientación sexual, identidad de género o de cualquier otra índole. En consecuencia, la no incorporación del enfoque de género en las políticas públicas puede reforzar e incluso incrementar las desigualdades entre mujeres y hombres. Por ello, si se parte de la premisa que el género es una construcción cultural y social, no innata, ni natural, entonces las desigualdades entre mujeres y hombres pueden ser transformadas a través de políticas públicas orientadas a alcanzar la igualdad”. En: MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS y MINISTERIO DE LA MUJER Y POBLACIONES VULNERABLES. *El enfoque de género en la elaboración de proyectos normativos. Guía práctica para la asesoría jurídica en la Administración Pública*, Lima, 2015, p. 29-30.

<sup>160</sup> Publicado el 30 de diciembre de 2012 en el diario oficial El Peruano.

<sup>161</sup> Publicado el 14 de agosto de 2013 en el diario oficial El Peruano.

*La forma de organización de los comités de vigilancia y control forestal comunitario se rige por el estatuto y reglamentos internos de la comunidad.*

*Para los fines del presente artículo, los comités de vigilancia y control forestal comunitario pueden solicitar el inmediato auxilio a la autoridad regional forestal y de fauna silvestre, la Policía Nacional del Perú y las Fuerzas Armadas, según corresponda, sin perjuicio del ejercicio de las competencias de las autoridades competentes del sector forestal.*

*Fuera de las tierras comunales, las organizaciones indígenas, comunidades y población local participan en el control de los recursos forestales y de fauna silvestre como parte de los comités de gestión forestal y de fauna silvestre.*

*En atención a las tareas de control que estas desarrollan, el Estado promueve la participación de las comunidades campesinas y nativas en los beneficios generados a partir de los proyectos sobre conservación de bosques”.*

Sobre el particular, se puede decir que de este dispositivo se desprende el reconocimiento que tienen las comunidades respecto al cuidado de los recursos forestales y de fauna silvestre. Para tal efecto, se reconocen los comités de vigilancia y control forestal comunitario, los cuales se rigen por su estatuto y reglamento interno.

De otro lado, se aprecia el artículo 62 del citado dispositivo, el cual prevé lo siguiente:

**“Artículo 62. Coordinaciones intersectoriales para el otorgamiento de títulos habilitantes**

*Las autoridades competentes, para otorgar derechos sobre otros recursos naturales renovables y no renovables, solicitan opinión previa al Serfor siempre que las superficies a otorgar puedan afectar los recursos forestales y de fauna silvestre.*

*En caso de que existan concesiones forestales, el Serfor emite opinión favorable previamente a su otorgamiento.*

*Para tales efectos, la autoridad competente realiza las siguientes coordinaciones:*

- a. *Con la Autoridad Nacional del Agua. Cuando existan humedales u otros espejos o cuerpos de agua ubicados dentro del área solicitada y la propuesta técnica contemple el uso de los recursos hídricos, la autoridad regional forestal solicita opinión previa de la Autoridad Nacional del Agua, la que, de ser favorable, conlleva a que en dicha área no se otorgue derecho de uso de recursos hídricos que afecte negativamente los objetivos expuestos en la propuesta técnica. El título habilitante no otorga derecho de uso consuntivo del recurso hídrico, el cual debe solicitarse a la autoridad competente.*

*(...)”.*

Del mencionado artículo se desprende que siempre deberá solicitarse opinión a la Autoridad Nacional del Agua cuando alguien pretenda obtener un título habilitante sobre recursos forestales y de fauna silvestre, en caso existan recursos hídricos.

**i) Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la OIT<sup>162</sup>**

El artículo 2 de la Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la OIT prevé que es el derecho de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados de forma previa sobre las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo. También corresponde efectuar la consulta respecto a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente estos derechos.

En ese sentido, del referido dispositivo se colige que, en el supuesto que una comunidad nativa se vea afectada directamente en sus derechos colectivos, por ejemplo, se vea limitada para acceder a las fuentes hídricas naturales, por medio de las cuales se garantiza su subsistencia, será necesario y obligatorio que el Estado realice la respectiva consulta previa, de conformidad con el Convenio 169 de la OIT.

**j) Ley N° 30045, Ley de modernización de los servicios de saneamiento<sup>163</sup>**

El artículo III del Título Preliminar de la Ley N° 30045, Ley de modernización de los servicios de saneamiento, prevé una serie de principios aplicables a la modernización de la prestación de los servicios de saneamiento; sin embargo, para efectos de la presente investigación, consideramos que destaca el principio contemplado en el literal b) denominado “inclusión social”.

El referido dispositivo entiende por inclusión social que todos los planes, programas y actuaciones del Estado, en todos sus niveles, deben enmarcarse en la política de promoción del desarrollo e inclusión social, con una incidencia especial en la reducción de la brecha de infraestructura de servicios de saneamiento y el acceso de la población de escasos recursos, en particular de las zonas rurales, a dichos servicios en adecuadas condiciones de calidad y sostenibilidad.

Por su parte, el principio contemplado en el literal c) del acotado dispositivo, denominado “protección del ambiente” establece que *“el Estado, en todos sus niveles, es responsable por la gestión sostenible de los recursos hídricos en concordancia con las normas ambientales. Las entidades prestadoras de servicios de saneamiento y la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (SUNASS) deben establecer en el Plan Maestro Optimizado, mecanismos de compensación ambiental y manejo de cuencas”*.

---

<sup>162</sup> Publicada el 7 de setiembre de 2011 en el diario oficial El Peruano.

<sup>163</sup> Publicada el 18 de junio de 2013 en el diario oficial El Peruano.

Como puede apreciarse solo existe el mandato de reducir la brecha de infraestructura de servicios de saneamiento en zonas rurales. Al respecto, podemos colegir que el Estado considera a las comunidades nativas como parte de una zona rural.

**k) Ley N° 30327, Ley de Promoción de las Inversiones para el Crecimiento Económico y el Desarrollo Sostenible<sup>164</sup>**

La Ley N° 30327, Ley de Promoción de las Inversiones para el Crecimiento Económico y el Desarrollo Sostenible establece en el numeral 10.2 del artículo 10 lo siguiente:

**“Artículo 10. Títulos habilitantes que se integran a la Certificación Ambiental Global**

(...)

*Los títulos habilitantes que forman parte de la Certificación Ambiental Global que corresponda, según la naturaleza del proyecto de inversión, son los siguientes:*

*102.1 Recursos hídricos a cargo de la Autoridad Nacional del Agua (ANA)*

*a. Aprobación de estudios de aprovechamiento hídrico para obtención de la licencia de uso de agua.*

*b. Autorización para ejecución de obras de aprovechamiento hídrico.*

*c. Autorización para ocupar, utilizar o desviar los cauces, riberas, fajas marginales o los embalses de las aguas.*

*d. Autorización para uso de agua, en sus distintas modalidades.*

*e. Autorización para vertimientos de aguas residuales industriales, municipales y domésticas tratadas.*

*f. Autorización para reúso de aguas residuales industriales, municipales y domésticas tratadas.*

(...).”

Cabe señalar que la Certificación Ambiental Global es el acto administrativo emitido por el Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles—Senace, el cual se ve concretizado a través de una resolución, a través del cual se aprueba el estudio de impacto ambiental, integrando el o los títulos habilitantes que correspondan a la naturaleza del proyecto con el objetivo de integrar el procedimiento de certificación ambiental, buscando la simplificación administrativa. En ella se establecen las condiciones técnicas de los títulos habilitantes, las cuales constituyen obligaciones a cumplir por el titular en cada título habilitante otorgado<sup>165</sup>.

### 3.2. Evaluación de planes nacionales

A continuación se realizará un breve análisis respecto a algunos planes nacionales relacionados con el acceso al agua potable y en qué medida en ellos se toma en consideración a las comunidades nativas.

<sup>164</sup> Publicada el 21 de mayo de 2015 en el diario oficial El Peruano.

<sup>165</sup> <http://www.senace.gob.pe/caq/>. Visto el 28 de noviembre de 2015.

**a) Plan Nacional de Saneamiento (2006-2015)<sup>166</sup>**

En el Plan Nacional de Saneamiento se contempla como parte de las acciones propuestas para el ámbito rural lo siguiente:

- Promover la demanda por servicios.
- Ampliar la cobertura de agua con conexiones y piletas, estas últimas, con mayor incidencia en poblaciones con mayor dispersión poblacional.
- Promover soluciones con letrinas para disposición sanitaria de excretas.
- Orientar las donaciones de los proyectos de cooperación técnica hacia este ámbito.
- Se contempla una contribución de por lo menos 20% entre la comunidad y municipalidad para el financiamiento de sus inversiones.
- Los pagos efectuados por los usuarios deben cubrir como mínimo los costos de operación y mantenimiento de los servicios.
- Promover la conformación de organizaciones comunales, previamente a la realización de cualquier otra.

En el citado plan no se hace mención a las comunidades nativas y solo se aprecia una referencia muy genérica al ámbito rural.

**b) Plan Nacional de Igualdad de Género (2012-2017)<sup>167</sup>**

Con relación al Plan Nacional de Igualdad de Género promovido por el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables y refrendado por todos los sectores, se aprecia un acápite referente al “Medio ambiente y género”, el cual tiene por finalidad valorar el aporte de las mujeres en el manejo de los recursos naturales y la protección del medio ambiente, de conformidad con el Objetivo Estratégico N° 8 del referido plan (Valorar el aporte de las mujeres en el manejo sostenible de los recursos naturales).

**c) Plan de Mediano Plazo: 2013-2016 del Programa Nacional de Saneamiento Rural<sup>168</sup>**

Se contempla que los problemas sanitarios se traducen de modo directo en la salud y el bienestar de las personas principalmente en la prevalencia de enfermedades diarreicas. Asimismo, se indica que la prevalencia de estas enfermedades se reduce con el consumo de agua tratada. De igual modo, se indica que el enfoque de género debe ser considerado como línea transversal, a fin de facilitar la participación de hombres y mujeres en igualdad de condiciones, conforme a las necesidades y demandas de mujeres y hombres.

<sup>166</sup> Aprobado mediante Decreto Supremo N° 007-2006-VIVIENDA, publicado el 19 de marzo de 2006 en el diario oficial El Peruano.

<sup>167</sup> Aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2012-MIMP, publicado el 18 de agosto de 2012 en el diario oficial El Peruano.

<sup>168</sup> Aprobada mediante Resolución Ministerial N° 031-2013-VIVIENDA, publicada el 28 de febrero de 2013 en el diario oficial El Peruano.

En esa línea, se contempla que los diseños de los proyectos de agua y saneamiento rural tomarán en consideración las directivas emitidas por el sector sobre el enfoque de género e interculturalidad.

De igual modo, se contempla que para asegurar un mayor impacto en la implementación de los programas o proyectos de agua y saneamiento rural, la entidad que formule la intervención deberá conocer, comprender y valorar la cultura de las comunidades respecto del agua, promover nuevos conocimientos, actitudes y prácticas que aseguren una mejor gestión.

A modo de conclusión se contempla que el enfoque de género será incorporado en las siguientes etapas:

- Promoción social y toma de decisiones para acceder al servicio y el modelo de gestión.
- Implementación del servicio de agua potable
- Acompañamiento, capacitación y medición del desempeño de los servicios.

Sin perjuicio de lo anterior, se advierte del referido Plan que resulta necesario complementar el desarrollo del marco normativo y regulatorio del sector saneamiento mediante normas específicas que permitan dar cuenta de los problemas de las poblaciones que habitan en el ámbito rural. A efectos de cumplir tal objetivo, se considera importante que exista una ley de saneamiento rural, que incluya los principios que regirán las intervenciones, la política financiera y a los actores.

Adicionalmente, la referida normativa debería prestar particular atención a los diversos tipos de localidades rurales existentes en función a sus características culturales, socio-demográficas, así como de interacción con el entorno natural.

#### **d) Plan Nacional de Derechos Humanos (2014-2016)<sup>169</sup>**

Con relación al Plan Nacional de Derechos Humanos, promovido por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, cabe indicar que su promulgación tiene como sustento el artículo 44 de la Constitución, el cual prevé que el Estado tiene el *"deber primordial de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos"*.

Con relación a su contenido, en la segunda parte del Plan Nacional de Derechos Humanos se señala el lineamiento estratégico N° 2, denominado *"Diseño y Fortalecimiento de la política pública de promoción y protección de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales"*. En este acápite se hace mención en el Objetivo N° 11, que *"el derecho a la salud es un "derecho inclusivo que no solo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los principales"*

---

<sup>169</sup> Aprobado mediante Decreto Supremo N° 005-2014-JUS, publicado el 5 de julio de 2014 en el diario oficial El Peruano.

*factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia y potable y a condiciones sanitarias adecuadas (...)*”.

Sin perjuicio de lo mencionado, en el acápite denominado *Derechos ambientales*, en el Objetivo N° 16 se hace mención que se debe garantizar la existencia de ecosistemas saludables, viables y funcionales y una adecuada gestión de los recursos naturales. Mientras que, en el Objetivo N° 18 se hace mención que se debe *“ampliar la cobertura, la sostenibilidad y el mejoramiento de la calidad de los servicios de saneamiento”*.

En ese sentido, el Plan Nacional de Derechos Humanos recomienda que exista una serie de acciones que deberían estar a cargo de varias entidades, de manera articulada.

Acciones vinculadas	Entidades involucradas
Regular y controlar la explotación de las aguas subterráneas y promover su gestión conjunta, contemplando el uso de otras fuentes de agua para el uso agrario.	ANA, MINAGRI y MINAM, en coordinación con Gobiernos Regionales
Incrementar la cobertura de agua potable, priorizando la ampliación de la cobertura del servicio para los grupos de especial protección.	ANA y MVCS
Reducir el déficit de alcantarillado, priorizando sectores de mayor vulnerabilidad.	ANA y MVCS
Fortalecer capacidades institucionales del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, bajo una óptica de dignidad humana en el acceso al saneamiento.	MINJUS, MVCS y SERVIR
Promover la inversión pública en sistema de saneamiento en áreas rurales, enfatizando la accesibilidad de los grupos de especial protección.	MVCS, SUNASS, Gobiernos Regionales y Locales
Asegurar el tratamiento y disposición final adecuada de los residuos sólidos del ámbito municipal.	MINAM, en coordinación con Gobiernos Regionales y Locales
Asegurar la cobertura del tratamiento y re uso de las aguas residuales en el ámbito urbano y ampliar su cobertura en el ámbito rural.	MVCS, MINAM y SUNASS
Reducir la generación de residuos peligrosos del ámbito no municipal, mejorar su tratamiento y disposición final.	MINAM, MINSA, MINEM, MVCS, MINAGRI, PRODUCE y OEFA

Como puede apreciarse, en la primera parte se hace referencia a las metas que debería atender el Estado, a fin de garantizar el acceso al agua por parte de la población. Si bien de ello no se advierte, en estricto, que los referidos lineamientos estratégicos pueden ser aplicables a las comunidades nativas, pueblos en situación de aislamiento voluntario y contacto inicial, en el referido Plan se observa que existe una parte específica a grupos vulnerables.

En ese sentido, se ha contemplado el Lineamiento Estratégico N° 3, denominado *Diseño y ejecución de políticas a favor de los grupos de especial protección*, cuyo Objetivo N° 23 consiste en *“incrementar los niveles de confianza entre el Estado y los pueblos indígenas mediante la consolidación de espacios de coordinación y diálogo permanente”*.

Acciones vinculadas	Entidades involucradas
Implementar el proceso de consulta previa respecto de aquellas actividades que, vinculadas con el PNDH, impliquen una afectación de los derechos colectivos de los pueblos indígenas o un cambio en su situación jurídica.	CULTURA y MINJUS, en coordinación con las entidades públicas involucradas.

Identificar las medidas administrativas y legislativas susceptibles de afectar directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas.	CULTURA, en coordinación con las entidades públicas involucradas
Evaluar el impacto de la actividad empresarial en el respeto a los derechos humanos en el Perú, con el fin de establecer lineamientos y marcos de acción.	PRODUCE, MEM, MTC, MINCETUR
Propiciar la generación de espacios de participación indígena para la elaboración de políticas ambientales que puedan tener afectación sobre los derechos colectivos de los pueblos indígenas.	MINAM y CULTURA
Propiciar la generación de espacios de participación activa y pluricultural de los pueblos indígenas en la gestión ambiental.	MINAM y CULTURA
Promover la adopción de mecanismos para evaluar y valorar el enfoque intercultural en el proceso de gestión ambiental.	MINAM y CULTURA
Fomentar el respeto y conservación de los conocimientos tradicionales asociados a la diversidad biológica.	MINAM y CULTURA
Promover el rescate y valoración de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas.	MINAM y CULTURA

#### 4. El acceso al agua y su naturaleza jurídica conforme a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional del Perú

De los dispositivos mencionados se infiere que el acceso al agua potable es considerado un derecho, siempre que esté relacionado para satisfacer necesidades personales y de higiene, asimismo, que las fuentes naturales a las que tienen acceso las comunidades nativas como los pueblos originarios en situación de aislamiento o en situación de contacto inicial son objeto de protección. Sin perjuicio de ello, a continuación se evaluarán pronunciamientos del Tribunal Constitucional del Perú, a fin de comprender los parámetros que existen para su uso y si los parámetros señalados por este colegiado resultan suficientes para entender como queda garantizado este acceso.

##### 4.1. El agua como recurso natural

El acceso al agua ha sido considerado una necesidad básica en los seres humanos desde nuestra propia existencia; sin embargo, será recién a inicios del siglo XX que empezará a mencionarse a los recursos naturales en las Constituciones<sup>170</sup>, lo que implica que, indirectamente, se haga referencia a los recursos hídricos.

En el Perú, será la Constitución Política de 1933<sup>171 172</sup>, primer texto constitucional, la que se ocupará de los recursos naturales y en el que se establecerá que estos pertenecen al

<sup>170</sup> MARTÍN, Liber. "El derecho al agua. Evolución, reconocimiento y ejercicio en el contexto latinoamericano". En: GUEVARA GIL, Armando y VERONA BADAJÓZ, Aarón (Editores). *El derecho frente a la crisis del agua en el Perú. Primeras Jornadas de Derecho de Aguas*, Lima: Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho, 2014, p. 348.

<sup>171</sup> DEL CASTILLO PINO, Laureano. "El régimen legal del agua". En: GUEVARA GIL, Armando (editor). *Derechos y conflictos de agua en el Perú*. Lima: Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2008, p. 36.

<sup>172</sup> **Constitución Política del Perú de 1933:**  
**"Artículo 207.-** Las comunidades indígenas tienen existencia legal y personería jurídica.  
**Artículo 208.-** El Estado garantiza la integridad de la propiedad de las comunidades. La ley organizará el catastro correspondiente.  
**Artículo 209.-** La propiedad de las comunidades es imprescriptible e inajenable, salvo el caso de expropiación por causa de utilidad pública, previa indemnización. Es, asimismo, inembargable.

Estado. Con esta Constitución se modifica el sentido de la regulación que venía ocurriendo con el Código de Aguas de 1902, pero solo a futuro, mas no para aquellos a quienes se les había reconocido con anterioridad el derecho respecto a los recursos naturales, considerándolos como derechos legalmente adquiridos.

El Código de Aguas de 1902 recién empezará a ser cuestionado hacia la segunda mitad del siglo XX, dado que el referido Código era anacrónico<sup>173</sup>; sin embargo, será durante el gobierno de Velasco Alvarado que entrará en vigencia la Ley N° 17752, Ley de Aguas, por medio de la cual el Estado peruano asume el control del agua<sup>174</sup>, contemplando en tal dispositivo que ejerce un dominio inalienable e imprescriptible y que, por tanto, no existe propiedad privada de las aguas ni derechos adquiridos sobre ellas y que el uso justificado y racional del agua solo puede ser otorgado en armonía con el interés social y el desarrollo del país.

No obstante lo señalado, será en la Constitución de 1979 en la que se contemplará que el agua y todos los recursos naturales pertenecen al Estado y que mediante ley se establecen las condiciones de su utilización. En concordancia con ello, se aprecia la Constitución de 1993, la cual será objeto de un estudio breve en las siguientes líneas.

Tras el breve recuento histórico señalado previamente, el Estado peruano contempló en la Constitución actual ciertos límites, en aras de que exista una explotación racional de los recursos naturales y con ello evitar que estos se agoten o se degraden, lo cual ha sido materia de innumerables pronunciamientos por parte del Tribunal Constitucional.

Sobre el particular, el artículo 66 de la Constitución<sup>175</sup> establece lo siguiente:

**“Artículo 66.- Recursos naturales**

*Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento.*

*Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal”.*

Mientras que, los artículos 67 y 69 de la Constitución, prevén que el Estado determina la política nacional del ambiente, promueve el uso sostenible de sus recursos naturales y el desarrollo sostenible de la Amazonía conforme a una legislación adecuada.

---

**Artículo 210.-** Los Concejos Municipales ni corporación o autoridad alguna intervendrán en la recaudación ni en la administración de las rentas y bienes de las comunidades.

**Artículo 211.-** El Estado procurará de preferencia adjudicar tierras a las comunidades de indígenas que no las tengan en cantidad suficiente para las necesidades de su población, y podrá expropiar, con tal propósito, las tierras de propiedad privada conforme a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 29.

**Artículo 212.-** El Estado dictará la legislación civil, penal, económica, educacional y administrativa, que las peculiares condiciones de los indígenas exigen”.

<sup>173</sup> BASADRE AYULO, Jorge. *La historia de las codificaciones en el Perú*. Lima: Cultural Cuzco. 2000. p. 252

<sup>174</sup> En 1979 se promulgó el Reglamento de Organización de los Usuarios del Agua, por medio del cual se creaban las organizaciones de Usuarios de los Distritos de Riego del Perú, establecidas en Comisiones y Juntas de Usuarios en cada valle y a nivel nacional.

<sup>175</sup> Por su parte, el artículo 118 de la Constitución de 1979, contemplaba lo siguiente:

**“Artículo 118°.-** Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. Los minerales, tierras, bosques, aguas y, en general, todos los recursos naturales y fuentes de energía, pertenecen al Estado. La ley fija las condiciones de su utilización por este y de su otorgamiento de los particulares”.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 00048-2004-A/TC establece en el fundamento 17, lo siguiente:

*“17. (...)*

*Desde la perspectiva constitucional y, a efectos de su protección, se hace referencia, de modo general, al medio ambiente como el lugar donde el hombre y los seres vivos se desenvuelven. En dicha definición se incluye “(...) tanto el entorno globalmente considerado –espacios naturales y recursos que forman parte de la naturaleza: aire, agua, suelo, flora, fauna-como el entorno urbano”, (...).*

*Una vez precisado el concepto de medio ambiente, debemos referirnos al derecho en sí. Nuestra Constitución ha elevado al nivel de fundamental dicho derecho; siendo ello así, el Estado tiene el deber de efectivizar su plena vigencia, así como prever los mecanismos de su garantía y defensa en caso de transgresión.*

*El contenido del derecho fundamental a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona está determinado por los siguientes elementos, a saber: 1) el derecho a gozar de ese medio ambiente y 2) el derecho a que ese medio ambiente se preserve.*

*(...).”*

Asimismo, el Tribunal Constitucional señaló que el agua como recurso natural *“incide sobre el desarrollo social y económico del país a través de las políticas que el Estado emprende en una serie de sectores. Tal es el caso de la agricultura, la minería, el transporte, la industria, etc. Puede decirse por consiguiente que gracias a su existencia y utilización se hace posible el crecimiento sostenido y la garantía de que la sociedad en su conjunto no se vea perjudicada, en el corto, mediano y largo plazo”<sup>176</sup>.*

La sentencia recaída en el Expediente N° 2064-2004-AA/TC, marca un hito, dado que constituye uno de los primeros pronunciamientos del Tribunal Constitucional en el que se reconoció que el agua constituye un elemento esencial para la salud básica y el desarrollo de toda actividad económica y que resulta vital para la supervivencia de todo ser humano.

Posteriormente, el Tribunal Constitucional, consideró, en la sentencia recaída en el Expediente N° 03343-2007-PA/TC, fundamento 12, la importancia de proteger los servicios ambientales, como el almacenamiento del agua; mientras que, en su fundamento 11, se destaca la existencia de una Constitución Ecológica, en la medida que los recursos naturales conforman el patrimonio de la Nación y su explotación no puede ser separada del interés nacional, por ser una universalidad patrimonial reconocida para todas las personas que vivimos en el país, así como de las generaciones futuras.

En línea con lo anterior, en el fundamento 13 de la citada sentencia, el referido colegiado señaló que, el uso sostenible de los recursos naturales comporta la utilización de componentes de la diversidad biológica de un modo y a un ritmo que no ocasione la

<sup>176</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el Expediente N° 06534-2006-AA/TC, fundamento 19.

disminución a largo plazo de dicha diversidad, con lo cual se mantienen las posibilidades de satisfacer las necesidades y de cuidarse en no comprometer aquella diversidad biológica.

En ese sentido, considera que de la Constitución se deriva un conjunto de acciones que el Estado debe comprometerse a desarrollar y promover, con la finalidad de preservar y conservar el ambiente frente a las actividades humanas que pudieran afectarlo, indicándose que debe permitirse el desarrollo integral de todas las generaciones de peruanos que tienen el derecho de gozar de un ambiente adecuado para el bienestar de su existencia<sup>177</sup>.

En otra oportunidad, el Tribunal Constitucional señaló que la utilización del agua como recurso natural debe estar acorde con los objetivos sostenibles y con la gestión ambiental, cuya explotación debe obedecer a una política clara, según se desprende de la sentencia recaída en el Expediente N° 01837-2009-AA/TC, fundamentos 10 y 11.

Posteriormente, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 00025-2009-AI/TC, fundamento 31, establece que la Ley N° 29338 no tiene por destinatarios exclusivos a los pueblos originarios y, asimismo, que lo contemplado de manera abstracta, no afecta directamente, los derechos e intereses de estos colectivos; sin embargo, ello no significa que en su aplicación concreta puedan desencadenarse afectaciones directas o preverse que esto pueda ocurrir. Tampoco quiere decir que una desestimación de la demanda de inconstitucionalidad impida que tales afectaciones directas derivadas de la aplicación de la Ley N° 29338 deban obligatoriamente ser consultadas a estos pueblos, antes de ser ejecutadas.

De igual modo, en la acotada sentencia se precisa que dicha decisión no inmuniza los actos de aplicación de la Ley N° 29338, razón por la cual no deja exenta a las autoridades estatales de la obligación de realizar el proceso de consulta cuando las medidas administrativas de aplicación de la Ley N° 29338 generen una afectación directa sobre los derechos e intereses colectivos de los pueblos originarios.

Por último, en atención a la sentencia como última afirmación se sostiene que la decisión del Tribunal cierra la posibilidad de que, prescindiéndose de la consulta pese a existir la obligación de realizarla, esta población pueda promover el proceso de amparo para denunciar la no realización de la consulta y anular los actos que los pudieran afectar.

Finalmente, en la sentencia recaída en el Expediente N° 00001-2012-AI/TC, fundamento 29, el Tribunal Constitucional señaló que la protección del agua debe realizarse considerando los indicadores que demuestran una previsible escasez de este recurso en el futuro, el cual tiene dimensiones socioculturales, económicas y ambientales. Por tanto, su gestión integrada es de necesidad pública y tiene por objetivo administrar eficientemente y de manera sostenible las cuencas hidrográficas y acuíferos, fomentando

---

<sup>177</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el Expediente N° 03343-2007-AA/TC, fundamento 9.

una nueva cultura del agua, a fin de satisfacer las presentes demandas, así como garantizar el acceso a las futuras generaciones.

En la acotada sentencia, se reconoce que las cabeceras de cuenca son ecosistemas frágiles, toda vez que son zonas donde se generan los flujos de agua que riegan las áreas menos elevadas como los valles cosechables, por esa razón, existen referencias específicas sobre la protección de estas zonas. De ahí que considerara loable toda intención de protegerlas y procurar, de esta manera, el cuidado, la recolección y la reserva del agua. Sin embargo, para que tal protección sea realmente efectiva, no basta que se realicen medidas aisladas y desarticuladas del sistema de gestión del recurso hídrico, dado que estas pueden servir como medidas meramente temporales, sin que con ellas se cumpla una protección orgánica, sostenible y verdaderamente efectiva.

#### **4.2. El acceso al agua potable como derecho fundamental y como servicio público**

A continuación se señalarán algunas sentencias en las que el Tribunal Constitucional consideró al agua potable como un derecho fundamental y como un servicio público.

- **Sentencia 06534-2006-AA/TC**

Será con la sentencia recaída en el Expediente N° 06534-2006-AA/TC, del 15 de noviembre de 2007, fundamentos 10, 18 y 21, en el que el Tribunal Constitucional reconocerá expresamente que el acceso al agua potable constituye un derecho fundamental. La demanda que dio lugar a esta sentencia fue declarada fundada y en ella se establece que, el impedimento del goce del acceso al agua no solo incide en la vida y la salud de la persona, sino que, adicionalmente, lo hace en el propio derecho a la dignidad. De modo que el derecho al agua potable supone un derecho de naturaleza prestacional, cuya concretización corresponde que sea promovido por el Estado.

Asimismo, en la referida sentencia se señala, en concordancia con el pronunciamiento del Comité DESC que, a efectos de garantizarse este acceso deben existir los siguientes presupuestos:

- Agua, servicios e instalaciones en forma físicamente cercana al lugar donde las personas residen, trabajan, estudian.
- El agua, los servicios y las instalaciones deben ser plenamente accesibles en términos económicos, los costos deben encontrarse al alcance de cualquier persona, salvo que por la naturaleza especializada del servicio ofrecido, se haya requerido de una mayor inversión en su habilitación.
- No debe permitirse ningún tipo de discriminación cuando se trata de condiciones iguales en el suministro del agua y el Estado debe tutelar a los sectores más vulnerables.
- Debe promoverse una política de información permanente sobre la utilización del agua, así como sobre la necesidad de protegerla en cuanto recurso natural.

De otro lado, con relación a la suficiencia, se consideró que debe existir la necesidad de que el recurso natural pueda ser dispensado en condiciones cuantitativas adecuadas que permitan cuando menos satisfacer las necesidades elementales de la persona, en la medida que de ellas depende la existencia de cada individuo.

En suma, para el Tribunal Constitucional, sin el acceso, la calidad y la suficiencia el acceso al agua se vería desnaturalizado notoriamente al margen de la existencia misma del recurso. En ese sentido, sostiene que no se trata de proclamar que el agua existe, sino de facilitar un conjunto de supuestos mínimos que garanticen su goce o disfrute por parte del ser humano.

- **Sentencia N° 6546-2006-PATC**

Posteriormente, el Tribunal Constitucional reiteró su anterior pronunciamiento, en la sentencia recaída en el Expediente N° 6546-2006-PATC, del 7 de noviembre de 2007, a pesar que declaró improcedente el recurso de agravio constitucional. Sin embargo, en ella se señaló que el derecho fundamental al agua quedó reconocido sobre la base del artículo 3 de la Constitución, en calidad de atributo fundamental no enumerado y que no solo por medio de este acceso se procura la existencia y la calidad de vida del ser humano, sino también de otros derechos tan elementales como la salud, el trabajo y el medio ambiente.

Cabe resaltar que tanto la sentencia 06534-2006-AA/TC como la sentencia N° 6546-2006-AA/TC constituyen los primeros pronunciamientos del Tribunal Constitucional por medio de las cuales se reconoce el acceso al agua potable como derecho fundamental, cuyo contexto versó sobre el corte del servicio por parte de una empresa prestadora y, por ende, enmarcado al ámbito de una zona urbana o periurbana; no obstante, en ellas se señala que el Estado debe tutelar a aquellas personas que viven en “sectores más vulnerables”.

A pesar de lo manifestado, consideramos que tal reconocimiento poco contribuye para que quede garantizado el acceso al agua potable a favor de las comunidades nativas y el acceso a fuentes naturales de agua por parte de los pueblos en situación de aislamiento o en situación de contacto inicial, así como de las propias comunidades.

- **Sentencia N° 01573-2012-PATC**

El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 01573-2012-PATC, del 17 de julio de 2013, declaró fundada la demanda por haber quedado acreditada la afectación del derecho al agua potable de los integrantes de la Asociación Pro Vivienda Las Lomas, quienes, el 15 de agosto de 2007, quedaron damnificados debido al terremoto ocurrido en Pisco, departamento de Ica.

En aquella oportunidad, el Tribunal Constitucional consideró que no puede otorgar el pedido en los términos solicitados por los demandantes, dada la incertidumbre sobre la calidad del agua que podría suministrarse a través de la implementación de un particular

modo de brindar el servicio de agua potable, a través de piletas. Atendiendo a este contexto, ordenó a la Empresa Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Pisco (Emapisco S.A.) que implemente un servicio de agua potable a través de camiones cisterna que permita un abastecimiento adecuado y de calidad del agua a favor de los demandantes.

Al respecto, considera que el acceso al agua potable como derecho fundamental no se encuentra supeditado para su realización a la existencia previa de un título de propiedad respecto del lugar en donde se solicita la prestación de este servicio público, sino que se encuentra directamente vinculado a las necesidades o requerimientos que puedan existir por parte de la ciudadanía.

En ese sentido, el acceso a este servicio exige necesariamente establecer medidas razonables que permitan cubrir la necesidad del servicio de conformidad con estándares mínimos respecto al acceso físico y económico, sin discriminación, adecuada información, distribución y calidad del agua, señalados en los fundamentos 22 a 40 de la sentencia recaída en el Expediente N° 6534-2006-PATC.

- **Sentencia N° 03333-2012-PATC**

Finalmente, en un caso que versó también sobre el corte de servicio de agua potable, la Primera Sala del Tribunal Constitucional señaló en la sentencia recaída en el Expediente N° 03333-2012-PATC<sup>178</sup>, del 30 de enero de 2014, fundamento 3.3.4, que *“el derecho al agua potable, como todo atributo fundamental, no es absoluto ni irrestricto en su ejercicio, pues encuentra límites en otros derechos constitucionales y en principios y bienes de relevancia constitucional y su ejercicio se encuentra condicionado al cumplimiento de los reglamentos administrativos que determinan las relaciones empresas prestadoras-usuarios, en consecuencia, si no son cumplidas las reglas de pago establecidas, procede el corte del servicio”*.

En el fundamento 3.3.6 de la acotada sentencia se señaló que mal podría sentirse afectado en su derechos fundamentales quien pese a mantener una deuda pendiente, conocer de su morosidad, haberla recurrido ante las instancias correspondientes y haber sido esta confirmada, agotando con ello las reglas administrativas previstas, pretenda desconocer las reglas económicas que les dieron origen. En ese sentido, consideró que tal exigencia denota un ejercicio abusivo del derecho del recurrente prescrito expresamente en el artículo 103 de la Constitución y, en consecuencia, el colegiado declaró infundada la demanda de amparo.

Con relación a los casos del Tribunal Constitucional, se advierte que fueron pronunciamientos en procesos de amparo, los cuales tienen efectos *inter partes*; sin embargo, generan doctrina constitucional<sup>179</sup>. No obstante ello, consideramos que existe

<sup>178</sup> En esa misma línea, puede apreciarse el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, sentencia recaída en el Expediente N° 3668-2009-AA/TC.

<sup>179</sup> Por doctrina constitucional debe entenderse como: a) las interpretaciones de la Constitución realizadas por este Colegiado, en el marco de su actuación a través de los procesos, sea de control normativo o de tutela de los

un contrasentido en los criterios del propio Tribunal Constitucional en la medida que empieza a señalar la importancia del derecho a la salud reconocido a nivel internacional y nacional; sin embargo, luego concluye que el acceso a agua potable constituye un derecho autónomo.

- **Sentencia N° 00666-2013-AA/TC**

El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 00666-2013-AA/TC, del 4 de diciembre de 2013, parte de lo previsto en el artículo 65 de la Constitución, el cual prevé que uno de los fines del Estado es la defensa de los intereses de los usuarios públicos.

Por ello, el Estado tiene la obligación de adoptar las medidas necesarias para permitir en forma progresiva que las personas accedan y gocen de los servicios de saneamiento (accesibilidad física), así como la de garantizar su prestación efectiva, continua, suficiente, de calidad y sin discriminación.



---

derechos fundamentales, b) las interpretaciones constitucionales de la ley, realizadas en el marco de su labor de control de constitucionalidad y c) las proscriciones interpretativas, es decir, las anulaciones de determinado sentido interpretativo de la ley realizadas en aplicación del principio de interpretación conforme a la Constitución. En: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el Expediente N° 04853-2004-AA, fundamento 15.

### CAPÍTULO III

#### El acceso al agua y los derechos fundamentales de los pueblos amazónicos de Loreto

Si bien no existe información exacta sobre el número total de personas que integran los pueblos originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial en la región Loreto o en otras regiones del país, consideramos que ello no debe ser impedimento para señalar cuáles podrían ser los presupuestos que tendría que tenerse en consideración para que tengan garantizado el acceso al agua de calidad.

No obstante ello, como lo habíamos manifestado anteriormente, consideramos también que las comunidades nativas de Loreto, al haber adoptado mayor comunicación con personas, cuyas costumbres son más occidentalizadas, y dado los índices de contaminación existentes en los ríos, consideramos que el Estado tendría que garantizarles el acceso al agua potable, bajo determinados presupuestos.

Sin embargo, el hecho que el Estado pueda proveerles agua potable a las comunidades nativas, no debe implicar que se deje de prestar especial atención al cuidado de las fuentes naturales a las que tienen acceso, en la medida que sus actividades económicas y personales aún constituyen parte de sus usos y costumbres ancestrales.

De lo expuesto se desprende que, existen tres escenarios posibles respecto al acceso al agua de los pueblos amazónicos de Loreto. En primer lugar, el acceso a las fuentes naturales por parte de los pueblos originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial; en segundo lugar, el acceso a las fuentes naturales por parte de las comunidades nativas; y, en tercer lugar, el acceso a agua potable de las comunidades nativas.

A pesar que existen muchos dispositivos de rango legal, por medio de los cuales se establece que queda garantizado el acceso a fuentes naturales por parte de los pueblos amazónicos y el acceso agua potable para todas las personas, hemos estimado conveniente empezar y resaltar que el análisis sobre nuestro objeto de estudio debe partir desde un enfoque constitucional, por cuanto el Perú es un Estado Constitucional de Derecho, a fin que estos tres escenarios queden garantizados, toda vez que consideramos que los dispositivos de rango legal vigentes, señalados en el segundo capítulo resultan ser insuficientes para proteger a los pueblos amazónicos, así como las interpretaciones esgrimidas por el Tribunal Constitucional.

En consecuencia, no basta que el análisis sobre el acceso al agua de los pueblos amazónicos se circunscriba a lo previsto en los dispositivos de rango legal, sino que estos deben ser interpretados a la luz de la Constitución. Por ello, en el presente capítulo se señalarán algunos presupuestos que podrían coadyuvar a garantizar este acceso, bajo una nueva interpretación que podría tener en consideración el legislador para regular la temática y, además, señalaremos los mecanismos legales que podría tener en consideración quien considere que se ve afectado en sus derechos o quien pretenda interponer una demanda en favor de estos pueblos, a fin que, eventualmente, el Tribunal Constitucional pueda efectuar una nueva interpretación en el que se incluya un análisis sobre las particularidades en la que viven los pueblos amazónicos.

## 1. El Estado Constitucional de Derecho y el acceso al agua de los pueblos amazónicos

El Estado social democrático de derecho y libre no solo incluye los valores de libertad, propiedad individual, igualdad y seguridad jurídica, sobredimensionados en el Estado Legal de Derecho, sino que pretende hacerlos más efectivos dándoles una base y un contenido material, partiendo del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca de modo que no puede realizarse el uno sin el otro<sup>180</sup>.

El artículo 43 de la Constitución contempla que el Estado peruano es un Estado social y democrático de derecho, el cual no solo implica *“el reconocimiento de que toda competencia, atribución o facultad de los poderes constituidos emana del pueblo y el principio de supremacía constitucional, sino también la necesidad de que dicho reconocimiento originario se proyecte como una realidad constante en la vida social del Estado, de manera tal que, a partir de la institucionalización de los cauces respectivos, cada persona, individual o colectivamente considerada, goce plenamente de la capacidad de participar de manera activa “en la vida política, económica, social y cultural de la Nación”*<sup>181</sup>.

En ese sentido, la razón fundamental del Estado social y democrático de derecho no solo implica la protección de los derechos de defensa, es decir, de aquellos cuya vigencia se encuentra garantizada con una conducta estatal abstencionista, sino que también procura el respeto de los derechos de prestación social, en la medida que reclaman del Estado una intervención concreta, dinámica y eficiente, a efectos de asegurar las condiciones mínimas para una vida acorde con el principio de dignidad humana<sup>182</sup>.

De otro lado, el tránsito del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho ha implicado, entre otras cosas, abandonar la tesis según la cual la Constitución no es más que una mera norma política, esto es, una norma carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos. De modo que, hoy en día, la Constitución es considerada también una norma jurídica, es decir, una norma con contenido dispositivo, capaz de vincular a todo poder público o privado, así como a la sociedad en su conjunto<sup>183</sup>.

En suma, en el Estado Constitucional de Derecho si bien se exige el respeto al principio democrático también se exige el control y balance entre los poderes del Estado, el respeto a las decisiones de las mayorías; sin embargo, es cierto que tales decisiones no pueden desconocer los derechos de las minorías, toda vez que el poder de la mayoría solo

<sup>180</sup> GARCÍA PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza Editorial, 1980, p. 26.

<sup>181</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el Expediente N° 00005-2007-A/TC, fundamento 14.

<sup>182</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el Expediente N° 00050-2004-A/TC y N° 00051-2004-A/TC, fundamento 56.

<sup>183</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el Expediente N° 00005-2007-A/TC, fundamento 6.

adquirirá legitimidad democrática cuando permita la participación de las minorías y reconozca sus derechos<sup>184</sup>.

En ese sentido, el enfoque constitucional no puede ser ajeno respecto al acceso al agua, el cual adelantamos, ha sido materia de pronunciamiento en algunas ocasiones por parte del Tribunal Constitucional, básicamente, respecto a las fuentes naturales que tienen acceso los pueblos originarios, así como el servicio de agua potable en zonas urbanas y periurbanas, mas no en zonas rurales, el cual ha sido considerado no solo como un servicio público, sino como un derecho fundamental autónomo.

Por lo expuesto, consideramos que amerita que el acceso al agua por parte de los pueblos amazónicos pueda ser analizado bajo un enfoque constitucional, atendiendo a que en un Estado Constitucional de Derecho las minorías también deben ver garantizados sus derechos fundamentales. Para efectos de la presente investigación, nos centraremos en los pueblos originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial de Loreto, así como en las comunidades nativas de Loreto, colectivos que históricamente han sido olvidados, conforme se reseñó brevemente en el primer capítulo.

### 1.1. Fuerza normativa de la Constitución

En el Estado constitucional de derecho, la Constitución es considerada como un pacto que sirve para garantizar la libertad, así como la legitimidad de un gobierno, de los legisladores y de los jueces, a cambio que ellos respeten nuestros derechos fundamentales<sup>185</sup>. De ahí que la Constitución constituya un parámetro de validez respecto a los dispositivos que forman parte del ordenamiento jurídico<sup>186</sup> por cuanto es la manifestación suprema del ordenamiento jurídico<sup>187</sup> y que, incluso, conlleva a replantear la manera de entender el derecho, la jurisprudencia y el rol del juez<sup>188</sup>.

En buena cuenta, la Constitución constituye un cuerpo normativo pacificador, dado que las minorías ven garantizado un mínimo de derechos que bajo ninguna circunstancia deberían ser ignorados por la mayoría, es por ello que, lejos de ser entendida como un obstáculo o una dificultad para el gobierno, la Constitución debería ser vista como el principal instrumento de gobernabilidad del país<sup>189</sup>.

Sin embargo, para María del Carmen Barranco, la aplicación de la Constitución se aborda no solo desde la idea de que es un instrumento que sirve, fundamentalmente, para limitar el poder, sino también como instrumento modelador de las relaciones sociales<sup>190</sup>.

<sup>184</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el Expediente N° 00005-2007-AVTC, fundamento 15.

<sup>185</sup> HAKANSSON NIETO, Carlos. *Curso de Derecho Constitucional*. Segunda edición, Palestra: Lima, 2012, p. 465.

<sup>186</sup> BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. *Fuentes del Derecho*. Tomo II, Madrid: Tecnos, 1992, p. 28.

<sup>187</sup> LANDA, César. "Interpretación constitucional y Derecho Penal". En: *Jurisprudencia y doctrina penal constitucional*. Segundo seminario. Lima: Centro de Estudios Constitucionales, 2006, pág. 263.

<sup>188</sup> FERRAJOLI, Luigi. "Pasado y futuro del Estado de derecho". En: CARBONELL, Miguel. (ed.) *Neoconstitucionalismo*, Madrid: Trotta, p. 13.

<sup>189</sup> KU YANASUPO, Lily. *La incidencia de la jurisprudencia constitucional en el ámbito de las políticas públicas*. Tesis para optar el grado académico de magister en Derecho Constitucional, PUCP, 2013, p. 21.

<sup>190</sup> BARRANCO AVILÉS, María del Carmen. *Constitucionalismo y función judicial*. Lima: Grijley, 2011, p. 37.

En ese sentido, “*si la Constitución tiene eficacia directa no será solo norma sobre normas, sino norma aplicable; no será solo fuente sobre la producción, sino también fuente del derecho sin más*”<sup>191</sup>. Por lo tanto, la Constitución es considerada la *norma normarum*, la norma de creación de las normas y la *lex legis*, la ley suprema, que se extiende a todas las ramas del derecho, siendo sus principios y disposiciones de alcance general<sup>192</sup>, es decir, aplicables no solo al ámbito del ordenamiento jurídico público, sino también privado.

Con relación a los pueblos amazónicos, cabe recordar que la Constitución reconoce el derecho a la identidad étnica y cultural que se ve reflejado en el numeral 19 del artículo 2 de la Constitución, el cual prevé que “*el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación. Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete*”.

Por su parte, el artículo 89 de la Constitución contempla que “*las comunidades campesinas y las nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior. El Estado respeta la identidad cultural de las comunidades campesinas y nativas*”.

La Constitución respeta las diversas realidades socioculturales que se viven en el país, las cuales forman la parte constitutiva de la nación, a fin que cada grupo social encuentre su espacio y su función. En ese sentido, el Estado debe elaborar políticas públicas voluntaristas que hagan avanzar las ideas, las formas de organización y la participación ideológica, social, política, económica, etc., de tal manera que se vaya creando una nueva conciencia de pertenencia y de coexistencia<sup>193</sup>.

Como se sabe, la supremacía normativa de la Constitución se encuentra recogida en dos vertientes. La vertiente objetiva se refiere a que la Constitución se ubica en la cúspide del ordenamiento jurídico, de conformidad con el artículo 51 de la Constitución, en la cual se prevé que prevalece sobre toda norma legal, en ese sentido, amerita que el acceso al agua tanto como fuente natural como potable pueda ser garantizada a favor de los pueblos amazónicos, en el que se respete sus usos y costumbres.

Sin embargo, surge la pregunta ¿hasta qué punto, sobre esta temática en particular, podría tenerse en consideración el respeto al modo de organización de estos colectivos, en caso se aprecie algún tipo de discriminación entre sus integrantes?, teniendo en cuenta que la propia Constitución reconoce el derecho a la igualdad ante la ley, situación que será analizada posteriormente.

<sup>191</sup> DE OTTO, Ignacio. *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel, 1998, p. 76.

<sup>192</sup> HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Madrid: Civitas, 1985, p. 14.

<sup>193</sup> ALVARADO, Virgilio. “Políticas públicas e interculturalidad”. En: FULLER, Norma (Editora). *Interculturalidad y política. Desafíos y posibilidades*. Lima: Universidad del Pacífico, PUCP e IEP, 2002, p. 45.

Por su parte, la vertiente subjetiva de la supremacía de la Constitución implica que quienes detentan un poder público lo hagan con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen o de la colectividad general, de conformidad con el artículo 45 de la Constitución; y, además, que todos y todas tenemos el deber de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación, de conformidad con el artículo 38 de la Constitución<sup>194</sup>.

En buena cuenta, referirse a la fuerza normativa de la Constitución implica que tanto el Estado como los particulares deben respetar los preceptos reconocidos en ella, a fin de fortalecer la democracia que tanto cuesta construir, más aún si hoy se sabe que un gran número de comunidades nativas y pueblos originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial tienen acceso al agua de pésima calidad, a pesar que el artículo 59 de la Constitución establece que *“el Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad”*.

En mérito a ello, respecto al acceso al agua de los pueblos amazónicos será necesario que los siguientes dispositivos sean interpretados conforme a la Constitución:

- Ley N° 26338, Ley General de Servicios de Saneamiento.
- Ley N° 26821, Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales.
- Ley N° 26842, Ley General de Salud.
- Ley N° 28611, Ley General del Ambiente.
- Ley N° 28736, Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial.
- Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos.
- Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la OIT.
- Ley N° 30045, Ley de modernización de los servicios de saneamiento.
- Ley N° 30327, Ley de Promoción de las Inversiones para el Crecimiento Económico y el Desarrollo Sostenible.

Tras haber revisado las leyes mencionadas en el segundo capítulo de la presente investigación, consideramos que pueden existir dos caminos. El primero, que los legisladores consideren que, a pesar de la vigencia de tales dispositivos, resulta necesario elaborar un nuevo texto normativo que contenga determinados presupuestos enmarcados en la Constitución, a efectos de garantizar de manera idónea el acceso al agua de calidad a favor de los pueblos amazónicos, teniendo como punto de partida la problemática que ocurre en el departamento de Loreto.

El segundo camino podría ser que no exista ninguna iniciativa legislativa para atender la situación por la que atraviesan los pueblos amazónicos; sin embargo, podría interponerse

<sup>194</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el Expediente N° 00005-2007-A/TC, fundamento 6, del 26 de agosto de 2008. Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Decano del Colegio de Abogados de Lambayeque contra la Ley N° 28934, que amplía excepcional y temporal la vigencia de la actual Justicia Militar Policial.

un proceso constitucional, a fin de propiciar que, eventualmente, el Tribunal Constitucional pueda señalar algunos parámetros, igualmente, enmarcados en la Constitución, por medio de los cuales se reconozca el acceso al agua y los derechos fundamentales de los pueblos amazónicos, en aras de garantizar su derecho a la identidad étnica y cultural.

## 1.2 Fuerza normativa de los instrumentos internacionales de derechos humanos

El artículo 55 y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, prevén que las normas relativas a los derechos y a las libertades que en ella se reconocen se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados, los acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú, los cuales forman parte del derecho nacional.

Por su parte, el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional contempla que *“el contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos<sup>195</sup>, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte”*.

A mayor abundamiento, el Tribunal Constitucional ha señalado en la sentencia recaída en el Expediente N° 2730-2006-AA/TC, fundamento 15, lo siguiente:

*“15. (...) Los derechos reconocidos en los tratados sobre derechos humanos y su respectiva interpretación por los tribunales internacionales, son, por así decirlo, un punto de partida, un referente “mínimo indispensable”, en cuyo desarrollo se encuentra expedita la facultad de los Estados de ampliar su ámbito normativo, sea sumando derechos “nuevos” inspirados en la dignidad humana, o acompañando a los ya previstos de manifestaciones que impliquen una garantía adicional en su eficacia, esto es, en la proyección del derecho jurídicamente reconocido a la realidad concreta”*.

En mérito a lo contemplado en la Constitución como en el Código Procesal Constitucional, el Tribunal Constitucional, tras efectuar una interpretación sistemática de estos dispositivos, concluyó que los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado peruano tienen rango constitucional<sup>196</sup>, lo que trae consigo que estos se encuentren dotados de fuerza normativa<sup>197</sup>, cuya tesis respaldamos para efectos de la presente investigación.

<sup>195</sup> Conforme se desprende de la sentencia recaída en los Expediente N° 0025-2005-PI y N° 0026-2005-PI, caso *Programa de Formación Académica Judicial (PROFA II)*, fundamentos 25 al 34.

<sup>196</sup> El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 0047-2004-PVTC, caso *Sistema de Fuentes del Derecho*, señaló que los tratados de derechos humanos tienen rango constitucional. Por ello, dichos tratados constituyen un parámetro de constitucionalidad, no siendo solo incorporados a través de la integración o recepción interpretativa, sino que, además, por mandato de ella misma, se incorporan a nuestro derecho nacional, de conformidad con el artículo 55 de la Constitución.

<sup>197</sup> LANDA ARROYO, César. “Presentación”. En: TRIBE, Laurence y DORF, Michael. *Interpretando la Constitución*. Lima: Palestra, 2010, pág. 26.

Cabe acotar que los tratados en materia de derechos humanos generan obligaciones *erga omnes*, lo que significa que la responsabilidad internacional de los Estados en materia de derechos humanos trasciende el ámbito de las relaciones Estado-Estado, para pasar a comprender la relación Estado-comunidad internacional<sup>198</sup>.

Dicho esto, el acceso al agua de los pueblos amazónicos de Loreto tendría que estar garantizado no solo a raíz de lo que prevé la Constitución, sino también de lo que prevén los siguientes tratados de derechos humanos, en la medida que tienen rango constitucional, conforme la Constitución, lo cual ha sido ratificado por el Tribunal Constitucional:

- Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial.
- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.
- Convención sobre los Derechos del Niño.
- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

En consecuencia, será necesaria que la interpretación de los dispositivos legales vigentes relativos al acceso al agua de los pueblos amazónicos sea realizada conforme a los mencionados tratados internacionales.

### **1.3 Interpretación de la Constitución y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y el acceso al agua**

Conforme se ha señalado previamente, lo contemplado en la Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos debe aplicarse de manera obligatoria. Sin embargo, también deberá tenerse en consideración los pronunciamientos del Tribunal Constitucional como el de la Corte IDH, toda vez que resultan ser el órgano supremo de la Constitución y el órgano supranacional encargado de garantizar los derechos y libertades reconocidos en la Convención Americana, respectivamente.

Este aspecto resulta muy importante, en la medida que dichos pronunciamientos suman esfuerzos argumentativos importantes para que el Estado y los particulares realicen acciones enmarcadas a ellos. Así, con relación a nuestro objeto de estudio, se analizará en qué medida lo señalado por estos tribunales deviene en un mayor respeto, protección y garantía.

---

<sup>198</sup> MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. *Manual. Estándares internacionales sobre el derecho al agua. Serie: Estándares en derechos humanos. Número 2, enero 2014, p. 19.*

### 1.3.1 El Tribunal Constitucional del Perú como agente de consolidación de la democracia

Hoy en día tiene poco asidero partir de la premisa relativa a que prevalece la voluntad constituyente respecto a las fórmulas escritas que quedan expresadas en la Constitución, dado que se ha hecho dudosa la existencia de un deber de fidelidad que nos ligue a esa voluntad. Por el contrario, interesa más bien si, en esas fórmulas, podemos encontrar la respuesta o al menos parte de la respuesta a los problemas políticos y sociales de nuestro tiempo<sup>199</sup>.

Por tanto, la legitimidad de la Constitución no depende de quien la ha elaborado y ha intercedido por medio de ella, sino de la capacidad de ofrecer respuestas adecuadas a nuestro tiempo o, más precisamente, de la capacidad de buscar y encontrar respuestas en la Norma fundamental<sup>200</sup>.

De modo que, si una constitución es rígida se rompe la igualdad democrática y se somete a los vivos a la voluntad de los muertos; mientras que una constitución que no sea considerada como rígida es catalogada, por algunos, como ausencia de garantía de derechos. Ante ello, se debe optar por una fórmula intermedia, es decir, que la solución puede ser buscada apuntando hacia las exigencias deliberativas y argumentativas, así como el desarrollo de las actitudes adecuadas<sup>201</sup>.

De ahí que el ordenamiento jurídico constitucional deba ser dinámico y vital, dado que el concepto de Constitución se convierte en un concepto interpretativo por excelencia, donde la creación del derecho no es algo que viene ya dado o acabado por la norma, sino que se convierte en el producto de una interpretación constructiva a partir de la relación que se establece entre un sujeto (el Tribunal Constitucional), un objeto (la Constitución) y un método (los tipos de interpretación y los tipos de sentencias)<sup>202</sup>.

Sobre este punto, el Tribunal Constitucional al momento de efectuar el análisis de constitucionalidad en un caso concreto, puede conllevar a ejercer un control de constitucionalidad, sea control difuso o un control concentrado, no solo conforme a la Constitución sino también conforme a los dispositivos que aun no estando contemplados en la propia Constitución, significa un desarrollo de esta, lo que ha sido denominado el bloque de constitucionalidad, constituyendo un parámetro normativo y de interpretación.

En ese sentido, con relación al acceso al agua de los pueblos amazónicos de Loreto, consideramos que los siguientes dispositivos constituyen el bloque de constitucionalidad<sup>203</sup>, en la medida que resultan ser un desarrollo de la Constitución, por

<sup>199</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y Constitución*. Segunda edición, Madrid: Trotta, 2011. Prólogo: Zagrebelsky y el uso de la historia por el Derecho Constitucional. Miguel Carbonell. p. 88.

<sup>200</sup> *Ibidem*.

<sup>201</sup> AGUILÓ, Josep. "Tener una Constitución", "Darse una constitución" y "Vivir en Constitución". Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2009, p. 75. De igual modo, puede revisarse la siguiente publicación: *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 28 (abril 2008), México: Instituto Tecnológico Autónomo de México.

<sup>202</sup> RUIZ MANERO, Juan. "Una tipología de las normas constitucionales". En: AGUILÓ, Joseph; ATIENZA, Manuel; y, RUIZ MANERO, Juan. *Fragments para una teoría de la Constitución*, Madrid: Iustel, 2007, p. 69 y ss.

<sup>203</sup> El bloque de constitucionalidad puede ser entendido como "aquella hipótesis de infracción indirecta, al parámetro de control, esto es, la norma de referencia a partir de la cual el Tribunal evaluará la validez de la ley cuestionada, está

cuanto se amplía con detalle los alcances de determinados derechos fundamentales, tales como, el derecho a la salud, el derecho a la identidad étnica y cultural, así como lo relativo al aprovechamiento de los recursos naturales:

- Ley N° 26338, Ley General de Servicios de Saneamiento
- Ley N° 26842, Ley General de Salud
- Ley N° 26821, Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales
- Ley N° 28611, Ley General del Ambiente
- Ley N° 28736, Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial
- Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos
- Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la OIT

No obstante lo señalado, consideramos que lo contemplado en las mencionadas leyes no resulta suficiente para garantizar el acceso al agua de los pueblos amazónicos, razón por la cual ameritará que se pueda plantear una nueva interpretación de lo contemplado en tales dispositivos que parta desde una interpretación sistemática a la luz de la Constitución, la cual, como mencionamos anteriormente, puede ser efectuada por el Congreso o por el Tribunal Constitucional.

En el caso del Tribunal Constitucional, como se recuerda, en su versión originaria, era considerado solo un tribunal para la defensa del orden constitucional previamente establecido; sin embargo, desde mediados del siglo anterior, ha dado un giro a favor del respeto de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Sin embargo, Pedro Grández señala que, en nuestro país ello *“aún se encuentra en proceso de construcción”*. En ese sentido, considera que *“debe adecuar sus funciones y postulados en aras de no convertirse en pura elucubración teórica, sin ningún sustento fáctico que lo avale, de ahí que pueda afirmarse que el Tribunal tiene por objeto desarrollar la democracia constitucional y, (...) fortalecer sus instituciones, pero también la defensa progresiva y constante de los derechos fundamentales”*<sup>204</sup>.

Sobre esta afirmación somos de la opinión que, en efecto, el análisis que tenga a bien realizar el Tribunal Constitucional no debiera estar solo circunscrito a debates teóricos, si bien ello es relevante, qué duda cabe; no obstante, será necesario que sus argumentos también se encuentren acompañados de un sustento fáctico, refiriéndose a poblaciones vulnerables, el cual, hasta el momento, en muy pocas ocasiones ha existido.

Por ello, proponemos que, ante un eventual caso relacionado con el reconocimiento de derechos fundamentales de pueblos amazónicos, sería conveniente evaluar, según el

---

integrado por la Constitución, pero también por todas las leyes a las que esta confirió la capacidad de limitar a otras normas de su mismo rango”, conforme a lo contemplado en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0047-2004-AI/TC, fundamento 128, así como lo contemplado en los Expedientes N°s 0002-2005-AI/TC, 0013-2003-CC, 0005-2005-CC/TC, 3330-2004-AA/TC.

204

GRÁNDEZ CASTRO, Pedro. *Tribunal Constitucional y argumentación jurídica*. Lima: Palestra, 2010, p. 73.

caso concreto, la posibilidad que puedan existir visitas por parte de los magistrados al lugar en el que acontecen los hechos materia de demanda, toda vez que una diligencia como ella podría coadyuvar a interpretar de un mejor modo los derechos fundamentales, más aún si es que las acciones de estos colectivos tienen un respaldo antropológico.

Por tanto, la interpretación de los derechos fundamentales que se realice respecto a tales colectivos, no debiera limitarse solamente a un argumento teórico, sino también fáctico. Sin perjuicio de ello, antes que el Tribunal Constitucional emita un pronunciamiento, ante casos de esta naturaleza, sería importante que alguna persona o entidad pueda participar en un proceso constitucional, en calidad de *amicus curiae*, presentando informes especializados, por ejemplo, de índole antropológico, entre otros, conforme al artículo 119 del Código Procesal Constitucional y el artículo 13-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional.

Si bien algunas personas podrían oponerse a esta propuesta, consideramos que no existiría impedimento alguno más aún si en un Estado constitucional de derecho, no solo debe realizarse un enfoque de derechos humanos, sino también un enfoque intercultural el cual ya ha sido materia de análisis, aunque breve, por parte del Tribunal Constitucional.

No obstante, también somos conscientes que los opositores a esta propuesta podrían indicar que ello no resulta viable por cuanto el artículo 9 del Código Procesal Constitucional se prevé la ausencia de etapa probatoria. Ante esta afirmación podríamos decir que si bien la regla general es que en los procesos constitucionales, básicamente, en el proceso de amparo, no existe etapa probatoria, ello no resulta ser un impedimento para que los jueces realicen actuaciones probatorias, siempre que las consideren indispensables y nuestro objeto de estudio podría ser uno de estos. Un ejemplo de ello, lo realizó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del Pueblo de Sarayaku vs. Ecuador<sup>205</sup>, con las diferencias correspondientes.

Consideramos que el Tribunal Constitucional tiene el poder de transformar la realidad política y el giro de las políticas públicas, lo cual ha quedado demostrado en una serie de casos. El más reciente fue aquel en el que se cuestionó la constitucionalidad de la Ley N° 30220, Ley universitaria<sup>206</sup> y la provisión gratuita de antiretrovirales a personas diagnosticadas con VIH<sup>207 208</sup>.

Si bien el primer caso estuvo enmarcado en un proceso de inconstitucionalidad y el segundo en un proceso de amparo, los pronunciamientos emitidos qué duda cabe han

<sup>205</sup> <https://cejil.org/comunicados/historica-visita-de-la-corte-interamericana-de-los-derechos-humanos-al-pueblo-de-sarayak>. Visto el 3 de diciembre de 2015.

<sup>206</sup> Sentencia recaída en los Expedientes N° 0014-2014-PV/TC, 0016-2014-PV/TC, 0019-2014-PV/TC y 0007-2015-PV/TC.

<sup>207</sup> Sentencia recaída en el Expediente N° 2945-2003-AA/TC.

<sup>208</sup> <http://rpp.pe/lima/actualidad/minsa-mas-de-28000-personas-con-vih-reciben-tratamiento-gratuito-noticia-721961>.

Visto el 5 de diciembre de 2015. <https://cejil.org/comunicados/historica-visita-de-la-corte-interamericana-de-los-derechos-humanos-al-pueblo-de-sarayak>. Visto el 3 de diciembre de 2015.

<sup>208</sup> <http://rpp.pe/lima/actualidad/minsa-mas-de-28000-personas-con-vih-reciben-tratamiento-gratuito-noticia-721961>. Visto el 5 de diciembre de 2015.

marcado la pauta para el diseño de políticas públicas en el país, en cuyos casos han estado en juego tanto el derecho a la educación como el derecho a la salud.

De igual modo, existe el caso relacionado con la empresa Doe Run por la contaminación del medio ambiente y el impacto negativo en adultos, niñas y niños por superar los límites permitidos<sup>209</sup>. Si bien la lista no es tan extensa, todo ello demuestra que el Tribunal Constitucional podría participar aún más en el proceso político y, bajo este último supuesto, podría coadyuvar, incluso, a generar mayores consensos con los demás poderes del Estado<sup>210</sup>, sobre temas que aún no se definen en el ámbito del Poder Legislativo o en el propio Poder Ejecutivo.

En síntesis, el Tribunal Constitucional tiene como objetivo primordial lograr que se cumpla la Constitución y el respeto de los derechos fundamentales. Para tal efecto, será imprescindible que cuando este colegiado se decante por determinada interpretación, justifique las razones que conllevaron a resolverlo en determinado sentido, dado que lo ideal sería que los criterios que sirvieron de sustento puedan servir en el futuro<sup>211</sup> y con ello se pueda seguir fortaleciendo el orden democrático.

Siguiendo con nuestro objeto de estudio, conforme lo habíamos manifestado en el capítulo anterior, el Tribunal Constitucional ha desarrollado algunos presupuestos sobre el acceso al agua en las siguientes sentencias recaídas en los expedientes: 00048-2004-AI/TC, 03343-2007-PA/TC, 01837-2009-AA/TC, 00025-2009-AI/TC, 00001-2012-AI/TC, 2064-2004-AA/TC, 06534-2006-AA/TC, 6546-2006-PA/TC, 01573-2012-PA/TC, 03333-2012-PA/TC, 00666-2013-AA/TC.

Sin embargo, en algunas de ellas se indica que el acceso al agua debe guardar correspondencia con el respeto a los usos y costumbres de los pueblos indígenas, pero también se desarrolla y se considera que el acceso al agua potable constituye un servicio público y un derecho fundamental siempre que su uso sirva para satisfacer necesidades de cuidado y de higiene.

Con relación a ello, cabe precisar que respecto al acceso al agua como fuente natural solo se señala de manera general a los colectivos originarios; mientras que, con relación al agua potable, no existe ninguna mención específica respecto a ellos, la única referencia implícita que podría inferirse en la que podría tomarse en consideración a los pueblos amazónicos es aquella en la que se indica que el Estado debe tutelar “preferentemente a los sectores más vulnerables de la población”.

Asimismo, resulta necesario mencionar que las sentencias relativas al acceso al agua potable tuvieron como origen demandas de amparo en el que casi en todas ellas se apelaba la vulneración de derechos fundamentales por el corte del servicio, excepto en el

<sup>209</sup> Sentencia recaída en el Expediente N° 02002-2006-AC/TC.

<sup>210</sup> GRÁNDEZ CASTRO, Pedro. *Op. cit.*, p. 76.

<sup>211</sup> AGUILÓ REGLA, Josep. *Teoría general de las fuentes del Derecho (y el orden jurídico)*. Barcelona: Ariel, 2012, pág. 141-142.

caso recaído en el Expediente N° 01573-2012-PA/TC, respecto del cual los demandantes quedaron damnificados por el terremoto ocurrido el año 2007 en la ciudad de Ica e interpusieron su recurso de agravio constitucional, solicitando al Tribunal Constitucional que la Empresa Municipal de Agua Potable y Alcantarillado construya cuatro piletas.

Por lo expuesto, consideramos que será necesario que se evalúen nuevos argumentos que podrían tenerse en consideración, sea ante la eventual elaboración de un proyecto normativo o ante un eventual pronunciamiento sobre esta temática por parte del Tribunal Constitucional, por cuanto las particularidades de los pueblos amazónicos lo ameritan. Todo ello en virtud al derecho a la igualdad ante la ley que los respalda, es decir, en la que se tenga en cuenta las diferencias de estos colectivos y, por ende, se brinden garantías adecuadas por medio de las cuales se salvaguarde su dignidad humana.

### **1.3.2 La Corte Interamericana de Derechos Humanos como agente de consolidación de la democracia**

La Corte IDH, como es conocido, es el intérprete de la Convención Americana y cumple una suerte de rol complementario y supletorio a los tribunales nacionales, en ese sentido, tiene por objeto que los Estados cumplan con las responsabilidades previstas en el artículo 2 de esta disposición convencional, relativa a que los Estados tienen la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno, sean legislativas o de otro carácter, a fin de otorgar efectividad a los derechos y libertades previstas en el referido instrumento internacional.

Bajo ese contexto, desde el año 2006, específicamente, en el caso *Almonacid vs. Chile*, desarrollado en el caso “*Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*”, que la propia Corte IDH señaló que los Estados deben aplicar el control de convencionalidad. Sobre el particular, cabe señalar que el control de convencionalidad ha tenido amplia acogida, sobre todo, en aquellos Estados en los que se ejerce el control difuso.

Como se sabe, la Corte IDH, es un órgano supranacional al que las víctimas de violaciones de derechos humanos pueden recurrir para hacer valer sus reclamos, los cuales darán lugar a pronunciamientos que marcarán la pauta sobre la protección de los derechos humanos al interior de los Estados<sup>212</sup>.

Ello significa que, por ejemplo, los jueces al analizar la normativa interna podrían no aplicarla, en caso contravenga lo previsto en la Convención Americana o la interpretación efectuada por la Corte IDH, cabe acotar que ello también involucra a todos los órganos

<sup>212</sup> STEINER, Christian y URIBE, Patricia (Editores). *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. Bolivia: Konrad Adenauer, 2014, p. V. Para mayor detalle, puede revisarse el siguiente enlace: [http://www.kas.de/wf/doc/kas\\_38682-1522-4-30.pdf?140901164826](http://www.kas.de/wf/doc/kas_38682-1522-4-30.pdf?140901164826)

vinculados con la administración de justicia en todos sus niveles,<sup>213</sup> e incluso a sus Parlamentos.

Al respecto, la Corte IDH ha estipulado razones para que en los Estados Parte se ejerza el control de convencionalidad, las cuales se detallan a continuación<sup>214</sup>:

- (i) Las obligaciones internacionales deben ser cumplidas de buena fe.
- (ii) No es posible alegar el derecho interno para incumplirlas, conforme al artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.
- (iii) El principio del “efecto útil” de los tratados, obliga a los Estados a interpretar el derecho interno conforme lo pactado en la Convención Americana.

Sin embargo, en nuestro país, podría existir la duda si es que la Administración Pública podría efectuar el control de convencionalidad<sup>215</sup>, luego que el Tribunal Constitucional cambiara el criterio señalado en la sentencia recaída en el Expediente N° 03741-2004-AATC. El nuevo criterio se refiere a que, hoy en día, los tribunales administrativos de carácter nacional no tienen la facultad de aplicar control difuso, conforme se desprende de la sentencia recaída en el Exp. N° 04293-2012-PA/TC.

Sobre este punto, considero que en nuestro país, continuando con la nueva línea jurisprudencial establecida por el Tribunal Constitucional, solo los jueces nacionales y de la Corte IDH se encontrarían en la facultad de efectuar el control de convencionalidad, a fin de determinar si un dispositivo se encuentra o no conforme a la Convención. En ese sentido, si un juez luego de efectuar como primer tamiz el control de constitucionalidad y, seguidamente, el control de convencionalidad, concluyera que el dispositivo no resulta acorde con la Convención, se encontraría en la facultad de inaplicar el dispositivo que analice, a propósito de un caso concreto, aun cuando esto no haya sido solicitado a pedido de parte.

De igual modo, cabe precisar que, aun cuando el Estado peruano no haya formado parte en un proceso ante dicho órgano supranacional, basta que haya ratificado la Convención para que los estándares desarrollados en sentencias sean aplicados de manera obligatoria por el Estado.

El efecto vinculante de las sentencias que emita la Corte IDH no se limita a la parte resolutive de estas, sino que se extiende a su *ratio decidendi*, por encontrarse el análisis pormenorizado de los alcances sobre el ejercicio de los derechos fundamentales, conforme puede apreciarse en la sentencia recaída en el Expediente N° 2730-2006-

<sup>213</sup> CORTE IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C N° 220.

<sup>214</sup> SAGUES, Néstor Pedro. “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”. En: *Opus Magna. Constitucional guatemalteco*. Tomo IV, 2011, pág. 275. Asimismo, REY CANTOR, Ernesto. “Jurisdicción constitucional y control de convencionalidad de las leyes”. En: *Memorias del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Tomo 2, Lima: PUCP-IDEMSA, 2009, págs. 763-799.

<sup>215</sup> BOYER CARRERA, Janeyri. “El control de convencionalidad y la administración pública: ¿hacia una reconcepción del sistema de fuentes?”. En: MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. *Boletín de la Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico*, Año N° 1, N° 6, julio-agosto de 2012, pág. 11. Para mayor detalle, véase el siguiente enlace: <http://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2012/09/BOLET%C3%8DN-6-VF.pdf>, visto el 5 de julio de 2014.

AATC, fundamento 12, así como en la sentencia recaída en el Expediente N° 00007-2007-P/TC, fundamento 36.

En ese sentido, consideramos que lo que realmente existe no es una supremacía, sino una relación de cooperación entre la Corte IDH y los Estados Parte de la Convención Americana, a fin de afianzar óptimamente el ejercicio de los derechos fundamentales.

En buena cuenta, lo que se ha pretendido demostrar es que si bien los jueces de la Corte IDH y los jueces nacionales son los competentes, a nuestro criterio, de aplicar el referido control, ello no resulta óbice para que la Administración Pública y los particulares respeten los derechos reconocidos en la Convención, lo contemplado en otros tratados de derechos humanos ratificados por el Estado peruano, los criterios esgrimidos por la Corte IDH, sus respectivas opiniones consultivas, los que, en la mayoría de casos, contribuyen a marcar la pauta para el desarrollo de cambios normativos e incluso de debates progresivos para la aplicación de políticas públicas, de ahí su gran importancia.

En suma, la jurisdicción interamericana complementa el marco normativo nacional, manteniéndose latente la pauta de agotamiento de los recursos internos, la cual está pensada para recordarle al Estado la posibilidad de que pueda remediar internamente<sup>216</sup> sus conflictos sin que exista la necesidad de que sea denunciado a través de un proceso internacional.

Dicho esto consideramos que, respecto al acceso al agua de los pueblos amazónicos, la Corte IDH ha emitido sentencias tales como *Sawhoyamaya vs. Paraguay*, del 29 de marzo de 2006, caso *Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, del 28 de noviembre de 2007 y el Caso del Pueblo *Saramaka vs. Surinam*, del 28 de noviembre de 2007, relativas a pueblos originarios en las que se ha hecho mención expresa sobre la importancia del acceso al agua en cantidad suficiente y adecuada a favor de ellos. En ese sentido, resultan importantes los fundamentos señalados en las sentencias acotadas para que los Estados tomen conciencia de la situación de vulnerabilidad en la cual se encuentran los pueblos originarios.

Con relación a esto último, cabe mencionar que la Corte IDH<sup>217</sup> comenzó a revalorar la importancia de este recurso sobre la base del derecho a una vida digna, entendido como aquel derecho en el que se generan las condiciones materiales necesarias que permiten desarrollar una existencia digna<sup>218</sup>.

De modo que, si el derecho a la vida implica la existencia, entonces esta se viola no solo por acciones que impliquen quitar la vida a otra persona, sino que también se viola

<sup>216</sup> **Constitución de 1993.-**

**"Artículo 205.- Jurisdicción Supranacional**

*Agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte".*

<sup>217</sup> CORTE IDH. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, sentencia del 19 de noviembre de 1999, párrafo 146.

<sup>218</sup> CORTE IDH. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, sentencia del 19 de noviembre de 1999, párrafo 144.

cuando se omite generar condiciones que posibiliten la existencia digna, en caso las personas vivan en un contexto social y familiar en el que esas condiciones no estén dadas<sup>219</sup>.

En el Perú, consideramos que los pronunciamientos recaídos en las sentencias de la Corte IDH, mencionados en el segundo capítulo de la presente investigación, han conllevado la emisión de una serie de dispositivos tales como la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos, la Ley N° 28736, Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial y la Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la OIT, por medio de los cuales se reconoce que el Estado respeta los usos y costumbres del acceso al agua.

Sin perjuicio de lo señalado, consideramos que ni en los pronunciamientos de la Corte IDH, ni en los dispositivos señalados se vislumbra una adecuada protección del acceso al agua, dado que no se indica bajo qué presupuestos sería necesario que determinados colectivos originarios puedan acceder a las fuentes naturales y, asimismo, tengan acceso al agua potable.

## 2. El acceso al agua y los derechos fundamentales de los pueblos amazónicos

Lo anteriormente señalado ha tenido como propósito poner en la palestra que, a nuestro parecer, hoy en día, en Latinoamérica, las minorías étnicas aún constituyen uno de los retos pendientes que afronta el derecho constitucional. Atendiendo a dicha situación se sostiene que deberían utilizarse todos los mecanismos que tiene a su alcance el Estado constitucional de derecho, con las adaptaciones que sean necesarias, para que se analice y se llene de contenido constitucional el acceso al agua a favor de los pueblos amazónicos.

### 2.1. Los derechos fundamentales conforme a un enfoque intercultural

Al respecto, Miguel Carbonell<sup>220</sup> considera que resulta necesario que el debate filosófico y antropológico sea trasladado al debate jurídico, examinando las posibilidades, condiciones y límites que pueden tener las reivindicaciones normativas concretas respecto de las minorías. En ese sentido, resulta conveniente hacer compatibles los derechos de las minorías con los derechos de las mayorías, a fin que las minorías también puedan verse beneficiadas del acceso de servicios básicos que redunde en sus derechos fundamentales.

En suma, hace falta que la teoría constitucional se detenga con mucho mayor énfasis en estudiar casos en los que se recojan evidencias empíricas que permitan ilustrar los

<sup>219</sup> CLÉRICO, Laura y BELOFF, Mary. *Derecho a condiciones de existencia digna y situación de vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana*, p. 5. Véase el siguiente enlace: [https://www.law.yale.edu/system/files/documents/pdf/SELA14\\_BeloffClerico\\_CV\\_Sp.pdf](https://www.law.yale.edu/system/files/documents/pdf/SELA14_BeloffClerico_CV_Sp.pdf)

<sup>220</sup> CARBONELL, Miguel. "Problemas constitucionales del multiculturalismo". En: *Derecho constitucional y cultura. Estudios en homenaje a Peter Haberle*. Madrid: Tecnos, 2004, p. 271.

problemas y obstáculos a los que se enfrentan las sociedades<sup>221</sup>. En el caso de nuestro país lo que ocurre es que debería aspirarse a consolidar lo que la doctrina ha denominado como interculturalidad<sup>222</sup>. Si bien existen algunos dispositivos<sup>223</sup> en los que se hace mención al término interculturalidad, aún en el ámbito jurisdiccional no se ha marcado con claridad la diferencia entre la sociedad multicultural e intercultural, lo que consideramos relevante para nuestro objeto de estudio.

Al respecto, cabe indicar que desde mediados de los años ochenta del siglo XX, ante las demandas de reconocimiento de los pueblos originarios en la región, América Latina ha adoptado el multiculturalismo como posible respuesta, la cual versa sobre el hecho de tolerar sus usos y costumbres, mas no se promueve el diálogo para lograr consensos con ellos.

A pesar de ello, algunos sostienen que existe una colisión entre el multiculturalismo<sup>224</sup> y la teoría constitucional y que ello se acentúa cuando en una sociedad existen distintos sistemas de valores. De ahí que, ante dicha situación y, a fin de buscar una coherencia normativa, se propone que la Constitución sea abierta e incluyente, basada en un amplio respaldo social que busque el consenso<sup>225</sup>.

<sup>221</sup> Ídem, p. 272.

<sup>222</sup> La dificultad en reconocer y valorar la diversidad intercultural tiene un nombre viejo pero igualmente válido: se llama colonialismo. El colonialismo es todo sistema de naturalización de las relaciones de dominación y de subordinación basadas en diferencias étnicas o raciales. El Estado moderno es monocultural y es colonial en ese sentido, porque sus instituciones siempre han vivido a partir de una norma, que es una norma eurocéntrica que no celebra sino, por el contrario, oculta la diversidad. En: DE SOUSA SANTOS, Boaventura. "Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad". SOUSA SANTOS, Boaventura y EXENI RODRÍGUEZ, José Luis (Editores). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*. La Paz: Abya-Yala, 2012, p. 20 y 21.

<sup>223</sup> Ley N° 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, publicado el 23 de noviembre de 2015 en el diario oficial El Peruano, en cuyo inciso 3 del artículo 3 se reconoce el enfoque de interculturalidad, el cual consiste en la necesidad del diálogo entre las distintas culturas que se integran en la sociedad peruana, de modo que permita recuperar, desde los diversos contextos culturales, todas aquellas expresiones que se basan en el respeto a la otra persona. En ese sentido, este enfoque no admite aceptar prácticas culturales discriminatorias que toleran la violencia u obstaculizan el goce de igualdad de derechos entre personas de géneros diferentes. Otro ejemplo de ello es la Ley N° 27818, Ley para la educación bilingüe intercultural, publicada el 16 de agosto de 2002 en el diario oficial El Peruano, así como la Resolución Ministerial N° 124-2015-MC, publicada el 10 de abril de 2015 en el diario oficial El Peruano, mediante la cual se aprueba la Guía de lineamientos denominada "Servicios Públicos con Pertinencia Cultural, Guía para la Aplicación del Enfoque Intercultural en la Gestión de los Servicios Públicos", el cual "representa un paso más en la renovación del compromiso del Estado con todos los peruanos y peruanas, que busca dejar atrás un Estado que se percibía a sí mismo como culturalmente homogéneo hacia uno que busca representar y reconocer positivamente nuestra diversidad cultural, garantizando los derechos de los diferentes pueblos culturales que son parte de nuestra nación" (<http://alertacontraelracismo.pe/ministerio-de-cultura-presento-la-guia-de-servicios-publicos-con-pertinencia-cultural/>). Adicionalmente, el Decreto Supremo N° 003-2015-MC, por medio del cual se aprobó la Política Nacional para la Transversalización del Enfoque Intercultural, cuyo objetivo es orientar, articular y establecer los mecanismos de acción del Estado para garantizar el ejercicio de los derechos de la población culturalmente diversa del país, particularmente de los pueblos indígenas y la población afroperuana, promoviendo un Estado que reconoce la diversidad cultural innata a nuestra sociedad, opera con pertinencia cultural y contribuye así a la inclusión social, la integración nacional y eliminación de la discriminación.

<sup>224</sup> Con relación al desapego de la visión monocultural de la sociedad, se afirma que existen tres ciclos, los cuales corresponden a: El constitucionalismo multicultural (1982-1988), El constitucionalismo pluricultural (1989-2005), El constitucionalismo plurinacional (2006-2009). YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. "El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización". En: *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. César Rodríguez Garavito (coordinador). Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.

<sup>225</sup> *Ibid*, p.120.

Con relación al enfoque multicultural, se aprecia que este ha tenido cierta incidencia a nivel jurisprudencial. Un ejemplo de ello puede apreciarse en los votos singulares de César Landa y Eto Cruz respecto a la sentencia recaída en el Exp. N° 04611-2007-AA/TC<sup>226</sup>, en el que señalaron que, en nuestra Constitución, se comprueba la existencia de varias normas que han recogido derechos y obligaciones no solo de índole cultural, sino, especialmente, de carácter multicultural que, vistas en conjunto, se podría denominar *Constitución Multicultural* o *contenido multicultural de la Constitución*.

En ese sentido, en el voto singular de los citados magistrados, específicamente, en el fundamento 8, se afirma que “[l]a Constitución reconoce la diversidad cultural y el pluralismo étnico como dos rasgos esenciales de la sociedad peruana, superando la visión, durante mucho tiempo homogénea, de nuestra sociedad identificada por un solo patrón cultural y unos únicos valores fundantes. De ahí que el reconocimiento de la diversidad permite la incorporación de específicos derechos para los pueblos indígenas, y con ello, su plena afirmación y el libre desarrollo de su ethos social”.

Adicionalmente, desde los fundamentos 10 al 18 del referido voto singular, se hace mención a un Estado multicultural y multiétnico. Bajo este enfoque, se afirma que el rol del juez constitucional es que debe tener presente que la Constitución no solo forma parte de un marco conceptual que se alimenta de la retórica o categorías dogmáticas, sino que este enfoque debe ser entendido como un principio efectivo contenido en la obligación del Estado de asumir políticas multiculturales adecuadas. En ese sentido, el juez ordinario y constitucional constituyen un eje fundamental al momento de resolver determinadas controversias jurídicas con un cariz multiétnico.

En esa línea, el proceso interpretativo conducente a definir el contenido de los derechos que comprende una *Constitución Multicultural*<sup>227</sup> exige partir de un enfoque culturalmente abierto, de modo tal que el juez constitucional se mantenga siempre atento a la cosmovisión del grupo humano titular de los derechos que interpreta y, al mismo tiempo, esté dispuesto a olvidar sus prejuicios e incluso su propia visión sobre el mundo en aras de arribar a una solución equitativa y acorde con el sustrato cultural que la Norma Fundamental reconoce.

Otro ejemplo sobre el enfoque multicultural asumido por el Tribunal Constitucional es la sentencia recaída en el expediente N° 1126-2011-HC/TC<sup>228</sup>, desde los fundamentos 13 al

<sup>226</sup> La Comunidad Nativa Sawawo Hito 40 interpuso demanda de amparo contra el director del semanario El Patriota, por la vulneración de sus derechos al nombre, la imagen, al trabajo y a contratar.

<sup>227</sup> Kymlicka no es, sin embargo, un comunitarista, como Taylor. Su diferencia con este autor, radica en que para justificar una teoría de los derechos de las minorías, apela a principios fundamentales del liberalismo, esto es, invoca las libertades individuales sobre los fines y metas colectivas de un grupo. En: KYMLICKA, Will. *Ciudadanía multicultural: una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Traducido por Carme Castells. Barcelona: Paidós, 1996.

<sup>228</sup> La Presidenta de la Comunidad Nativa Tres Islas interpuso demanda de hábeas corpus en su nombre y a favor de los integrantes de su comunidad contra la División de Seguridad del Estado de la Policía Nacional del Perú, la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa y la Sala Mixta y de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios, alegando que mediante resolución judicial se ordenó el retiro del cerco de madera y de la vivienda construida en el centro del camino Fitzcarrald-Teniente Acevedo-Diamante. Indicándose que, con la referida

19, en los que señaló que el multiculturalismo puede ser comprendido como la descripción u observación de determinada realidad social y también como una política de Estado que sobre la base del reconocimiento de tal realidad pueden reconocerse derechos especiales a minorías estructuradas e identificadas en torno a elementos culturales.

Asimismo, se señala que el reconocimiento constitucional no es una mera declaración formal de principios sin consecuencias tangibles; por el contrario, implica un cambio relevante en la propia noción del Estado y la sociedad. Así, la inclusión de la perspectiva multicultural conforme refiere el Tribunal Constitucional implica un giro copernicano en el concepto de Nación y, por consiguiente, de la identidad nacional.

En suma, bajo la perspectiva multicultural, el Tribunal Constitucional del Perú en la última sentencia en mención, sostiene que la idea de una nación conformada por una única y exclusiva cultura homogénea debe ser nuevamente evaluada, más aún cuando lo multicultural implica la aceptación de distintas culturas, manifestaciones culturales y distintas actitudes de ser y entender lo que es ser peruano, del desarrollo de la libre personalidad, de la visión comunitaria de las costumbres que provienen de la experiencia histórica, religiosa y étnica. Asimismo, dicho Colegiado sostuvo que la tolerancia a la diversidad comprende también diferentes formas de aceptar concepciones de justicia y de respetar el ejercicio del poder contramayoritario, siempre que no contravengan directamente derechos fundamentales y los fines esenciales del Estado.

De ahí que sea necesario reformular los postulados de un nuevo constitucionalismo, a fin de analizar y engarzar el enfoque intercultural en el ámbito constitucional, en el que no solo se replique que se respetan las costumbres ancestrales que tienen los pueblos originarios o amazónicos, sino que el Estado pueda articular estratégicamente puentes para canalizar el diálogo intercultural, a fin de garantizar y sopesar los derechos fundamentales en juego.

De ahí que consideramos que esta correspondencia del enfoque intercultural en el marco constitucional si bien aún no ha sido analizado con mayor detalle por el derecho constitucional, creemos que debería recurrirse a la antropología y a la filosofía para que no solo se enriquezca el debate académico, sino, sobre todo, para que ello pueda redundar bajo otra mirada en la diversidad cultural en el que se respeten los derechos fundamentales y el Estado no solo asuma un rol abstencionista, sino, por el contrario, un rol garantista a favor de los pueblos amazónicos y otros pueblos que aún mantienen su cosmovisión ancestral.

Ello permitirá, a su vez, construir nuevos entendimientos colectivos de transformación social, más aún cuando los pueblos originarios de nuestro país se han encontrado, sistemáticamente, fuera de la atención del Estado durante mucho tiempo<sup>229</sup>, cuya realidad

---

<sup>229</sup> resolución judicial se desconoce la decisión jurisdiccional indígena reconocida en el artículo 149 de la Constitución para controlar el ingreso de personas extrañas al territorio comunal.  
ARDITO VEGA, Wilfredo. *Derechos colectivos de los pueblos indígenas: El caso peruano*. Cuzco: Centro de Estudios Regionales Andinos Bartolomé de las Casas, 2009, p. 156.

no debería ser ajena a nosotros, toda vez que “durante décadas, el tratamiento jurídico que se ha dado a los denominados pueblos originarios ha sido casi nulo, como si no existiesen, más que para lograr determinados intereses”<sup>230</sup>.

Por otro lado, un tema relacionado con el enfoque intercultural, es el pluralismo, el cual no solo es jurídico, sino y ante todo político, económico, cultural, institucional y lingüístico, el cual se manifiesta en el país, lo que implica que se ponga en evidencia que la protección de los derechos fundamentales no puede realizarse al margen de esta realidad.

En ese sentido, sostenemos que resulta imprescindible incorporar en el discurso de los derechos fundamentales el pluralismo cultural en el sentido más amplio y ello solo será posible cuando nos acerquemos a los modos de pensar y vivir de nuestros compatriotas que residen en otros espacios<sup>231</sup>.

De ahí que algunos sostengan<sup>232</sup> que el pluralismo constatado empíricamente pretende ser canalizado a través del principio-derecho de igualdad, previsto en el numeral 2 del artículo 2 de la Constitución, entendiendo tal pluralismo no como un sentido de homogenizar, sino como la exigencia jurídica de brindar a cada ser humano y a cada grupo social la oportunidad plena para el desarrollo de su proyecto de vida con pleno respeto del principio-derecho de dignidad humana.

Se trata de una exigencia constitucional que busca garantizar un escenario de *igualdad en la diversidad*, en el que, evidentemente, el deber de protección de los grupos minoritarios ocupe un lugar primordial. De ahí que el mandato del poder constituyente es que el Estado brinde oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad, conforme con el artículo 59 de la Constitución, lo cual implica que ello sea considerado como una exigencia que sea aplicado transversalmente en todo el orden constitucional.

Consideramos importante resaltar este enfoque, toda vez que nos permitirá articular en qué caso debería entenderse el acceso al agua como derecho fundamental respecto a los pueblos amazónicos y, sobre todo, cuál sería el alcance interpretativo de su contenido, de modo que se garantice y se consolide en el país la diversidad cultural en el que no solo ella sea una frase retórica, sino que, realmente, esté envuelta de suficientes argumentos que conlleven a concluir que el Estado adopta un real respeto y protección a los pueblos amazónicos.

---

<sup>230</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio y ARGUELLO LEMUS, Jacqueline. *Aspectos constitucionales del multiculturalismo en América Latina: el caso de los pueblos indígenas*. En: *Pensamiento constitucional*, Año XVI, N° 16, 2012, p. 119.

<sup>231</sup> ETO CRUZ, Gerardo y RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger. “La agenda multicultural: problemas inconclusos en el siglo XXI. Estudio Preliminar”. En: PEÑA JUMPA, Antonio. *Multiculturalidad y Constitución: el caso de la justicia comunal aguaruna en el Alto Marañón*. Lima: Centro de Estudios Constitucionales, 2009, p. 10.

<sup>232</sup> *Idem*, p. 16.

## 2.2. Los derechos fundamentales y el pluralismo jurídico

Antes de iniciar con las implicancias del pluralismo jurídico, estimamos conveniente indicar que se debe tener en consideración que la costumbre es una fuente formal efectiva en el derecho y está reconocida para determinados supuestos. Por ejemplo, en el caso de las comunidades campesinas y nativas, conforme al artículo 149 de la Constitución, ellas pueden ejercer función jurisdiccional dentro de su ámbito territorial, de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales.

Si bien este ejercicio tiene como sustrato el hecho de reconocer parte de su autonomía y con ello garantizar el derecho a la identidad étnica y cultural, este como cualquier otro derecho fundamental no es absoluto, sino, por el contrario, relativo.

Por tanto, en el caso que nos ocupa, los pueblos amazónicos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en el ámbito internacional, de conformidad con el inciso 2 del artículo 8 del Convenio 169 de la OIT.

Así, respecto al pluralismo jurídico, consideramos que esta temática no guarda estrecha relación con nuestro objeto de estudio, debido a que cuando se hace referencia al acceso al agua, sea como fuente natural o potable, no estaríamos frente al ejercicio de la función jurisdiccional por parte de los pueblos amazónicos, por regla general, sino frente a las garantías que debe brindar el Estado en su rol de proteger a las minorías que existen en el país, a fin de garantizar su propia existencia, salvo que exista alguna mala distribución, debido a las acciones de ciertos integrantes respecto al uso de agua potable dentro de la propia comunidad nativa y que, por ende, pueda conllevar un conflicto interpersonal.

Dicho esto consideramos que resulta necesario reformular los postulados del constitucionalismo, a fin de construir nuevos entendimientos colectivos que impliquen una transformación social, más aún cuando los pueblos originarios de nuestro país se han encontrado, sistemáticamente, fuera de la atención del Estado durante mucho tiempo<sup>233</sup>, razón por la cual no debería ser ajena ni para las autoridades ni para el ámbito académico. Si bien existen algunos avances al respecto, tales como que algunas comunidades nativas de Loreto tienen acceso a agua potable, conforme se ha señalado en el primer capítulo, ello aún resulta insuficiente, razón por la cual amerita que se señalen algunos presupuestos.

En ese sentido, el pluralismo legal y cultural sirve para reconstruir la concepción hegemónica que tenemos sobre el Estado, el cual también debería ser tomado en cuenta en las agendas políticas. Un efecto del pluralismo legal es que las normas estatales adquieren diferentes significados al momento de su interpretación y aplicación en

---

<sup>233</sup> ARDITO VEGA, Wilfredo. *Derechos colectivos de los pueblos indígenas: El caso peruano*. Cuzco: Centro de Estudios Regionales Andinos Bartolomé de las Casas, 2009, p. 156.

espacios sociales específicos. De ahí que un autor sostenga que lo importante no es constatar si se aplicaron o no, según la intención del legislador, sino determinar qué papel cumplen en una constelación social y legal preexistente<sup>234</sup>.

En correlación con ello, el Estado debería ser respetuoso de un pluralismo jurídico respecto a las comunidades nativas, en atención al acceso al agua potable y el acceso al agua de los ríos en los que suelen pescar y realizar otras actividades, a fin de satisfacer sus propias necesidades básicas y, además, necesidades de comercio para su subsistencia. Bajo estos supuestos debe tenerse en consideración el artículo 2, inciso 19 de la Constitución, que establece el derecho a la identidad étnica y cultural, así como el artículo 89 que establece que además del castellano, también son oficiales las demás lenguas originarias en las zonas donde predominen.

Por otro lado, el propio artículo 89 de la Constitución reconoce la autonomía organizativa, económica y administrativa a las comunidades nativas, así como la libre disposición de sus tierras, reiterándose de igual forma la obligación del Estado de respetar su identidad cultural.

Por ende, el Estado debe respetar la autonomía y la forma en que se organizan los pueblos amazónicos respecto al manejo sostenible de los recursos naturales, tanto respecto de las comunidades nativas, como de los pueblos originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial.

No obstante lo señalado, el pluralismo no solo es jurídico, sino y ante todo político, económico, cultural, institucional y lingüístico y, en ese sentido, debe manifestarse en todo el país, conforme al respeto y a la protección de los derechos fundamentales. En ese sentido, sostenemos que resulta imprescindible incorporar en el discurso de los derechos fundamentales el pluralismo cultural en el sentido más amplio y ello solo será posible, cuando nos acerquemos a los modos de pensar y vivir de nuestros compatriotas que residen en otros espacios<sup>235</sup>.

En tal sentido, para el presente trabajo, se considera que las autoridades vinculadas a garantizar el acceso al agua potable, deberían afianzar su labor conjunta con los integrantes de los pueblos amazónicos. Esto se vería reflejado en un trabajo coordinado entre ellos y el gobierno nacional, regional y municipal en el que se respeten sus usos y costumbres respecto al modo en el que se organizan, a fin de acceder a este recurso de mejor calidad. Asimismo, cabe acotar que, bajo un enfoque intercultural, implica dialogar, a efectos de reconsiderar algunos de estos usos en el que en algunas ocasiones se acentúan actitudes discriminatorias contra las mujeres, hecho que la Constitución proscribiera, conforme se analizará en los próximos acápite.

---

<sup>234</sup> GUEVARA GIL, Armando. *Diversidad y complejidad legal. Aproximaciones a la antropología e historia del derecho*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2009, p. 103.

<sup>235</sup> ETO CRUZ, Gerardo y RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger. *Op.cit.*, p. 10.

### 2.3. El derecho a la igualdad de los pueblos amazónicos

La igualdad en tanto principio es uno de los pilares del orden constitucional que permite la convivencia armónica en sociedad; mientras que, como derecho implica “una exigencia individualizable que cada persona puede oponer frente al Estado para que este lo respete, proteja o tutele”<sup>236</sup>.

La esencial igualdad de toda persona ante la ley es hoy en día el punto de partida indispensable en todo sistema democrático de derecho. Así, no debe olvidarse que si los destinatarios de ese sistema jurídico-político no inmiscuyen a todos, sino solo a un grupo “privilegiado” de ellos, el derecho estará tan lejos del ideal de justicia que desde su mismo origen la norma será incapaz de ofrecer un trato justo<sup>237</sup>.

Por ende, “el principio de igualdad en el Estado constitucional exige del legislador una vinculación negativa o abstencionista y otra positiva o interventora. La vinculación negativa está referida a la ya consolidada jurisprudencia de este Colegiado respecto de la exigencia de ‘tratar igual a los que son iguales’ y ‘distinto a los que son distintos’, de forma tal que la ley, como regla general, tenga una vocación necesaria por la generalidad y la abstracción, quedando proscrita la posibilidad de que el Estado, a través del legislador, pueda ser generador de factores discriminatorios de cualquier índole. En tal sentido, debe reconocerse también una vinculación positiva del legislador a los derechos fundamentales, de forma tal que la ley esté llamada a revertir las condiciones de desigualdad o, lo que es lo mismo, a reponer las condiciones de igualdad de las que la realidad social pudiera estarse desvinculando, en desmedro de las aspiraciones constitucionales”<sup>238</sup>.

Sin embargo, resulta admisible realizar diferenciaciones siempre que estas tengan una justificación objetiva y razonable, *contrario sensu*, se vulnerará el derecho a la igualdad cuando se realice una distinción arbitraria, es decir, que carezca de justificación objetiva y razonable, configurándose así un supuesto de discriminación.

En efecto, existen mecanismos constitucionalmente válidos, a través de los cuales se pueden hacer diferencias entre personas o grupos de personas en función a condiciones objetivas que las hacen merecedoras de un tratamiento especial. Es por ello que, no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva por sí misma, dado que habrá discriminación solo si la distinción de tratamiento no está orientada legítimamente, es decir, si conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas<sup>239</sup>.

<sup>236</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el Expediente N° 00604-2004-AA/TC, del 25 de marzo de 2004.

<sup>237</sup> NAGEL, Thomas. *Igualdad y parcialidad: bases éticas de la teoría política*. Traducido por J.F. Álvarez. Barcelona: Paidós, 1996, p. 67 y ss.

<sup>238</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el Expediente N° 0008-2003-A/TC, fundamento 15.

<sup>239</sup> Corte IDH. *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984, párr. 57. En la referida opinión, la Corte IDH señaló que era incompatible con los artículos 17.4 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establecer

Sobre el particular, cabe mencionar, de modo referencial, un pronunciamiento de la Corte Constitucional de Colombia<sup>240</sup>, cuyo colegiado resume de modo didáctico que puede realizarse un trato diferente<sup>241</sup> siempre que las personas se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho, que el trato distinto que se les otorga tenga una finalidad, que dicha finalidad sea razonable, vale decir, admisible desde la perspectiva de los valores y principios constitucionales, que el supuesto de hecho, esto es, la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga, sean coherentes entre sí o, lo que es lo mismo, guarden una racionalidad interna y, adicionalmente, que esa racionalidad sea proporcionada, de suerte que la consecuencia jurídica que constituye el trato no guarde una absoluta desproporción con las circunstancias de hecho y la finalidad que la justifican.

De ahí que no serán inconstitucionales aquellos casos en los que el Estado tenga por objeto asegurar un ejercicio igualitario de sus derechos fundamentales a colectivos discriminados o relegados históricamente<sup>242</sup>, toda vez que el Estado tiene el deber de promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación, contemplado en el artículo 43 de la Constitución. Atendiendo a ello, resulta admisible legislar en beneficio de algunos, en la medida que no se afecte la igualdad constitucional, sino que, por el contrario, se busque alcanzar dicha igualdad superando las ficciones formales<sup>243</sup>.

No obstante, aquellos casos donde existan tratamientos diferenciados que no estén basados en promover la equiparación en derechos de grupos o colectivos históricamente marginados o relegados y, por el contrario, promuevan una diferenciación que puede consolidar las brechas de desigualdad existentes, deben ser prácticas estatales desterradas en la medida que pueden afectar el principio-derecho de igualdad.

En consecuencia, no será inconstitucional la ley que tenga por objeto asegurar a grupos marginados o discriminados por su origen, edad, ideas o afiliación, siempre que a través de ella se busque un ejercicio igualitario de sus derechos y libertades fundamentales conculcadas en la práctica. Esta suerte de diferenciación o discriminación positiva, se funda en un principio de equidad o justicia distributiva, propia del Estado social y democrático de Derecho, que no constituye un mandato de orden programático, sino un mandato de orden jurídico aplicable. En tal sentido, la búsqueda de realización de la

---

condiciones preferentes para facilitar que la esposa extranjera de un hombre costarricense adquiriera la nacionalidad sin disponer el mismo beneficio para el esposo extranjero de una mujer costarricense”.

<sup>240</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-530-93, del 11 de noviembre de 1993.

<sup>241</sup> Corte IDH. *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984, párrafo 67.

<sup>242</sup> UPRIMNY YEPES, Rodrigo y SÁNCHEZ DUQUE, Luz María. “Artículo 24. Igualdad ante la ley”. En: STEINER, Christian y URIBE, Patricia (Editores). *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentarios*. Bolivia: Konrad Adenauer Stiftung, 2014, p. 581.

<sup>243</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia 4 de julio de 2003, recaída en el Expediente N° 0001-0003-2003-AVTC, fundamento 8.

igualdad, a través del principio de diferenciación o discriminación positiva<sup>244</sup>, debe vincularse estrechamente con el respeto de los derechos y libertades de las personas<sup>245</sup>.

Sobre esta línea argumentativa, el Estado debería destinar una mayor atención respecto a los pueblos amazónicos y poner en la agenda pública algunas problemáticas que impiden el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales. En consecuencia, amerita que el Estado establezca determinados presupuestos, a fin que pueda garantizarles a las comunidades nativas el acceso al agua como fuente natural y potable.

Adicionalmente, con relación a los pueblos originarios en situación de aislamiento voluntario y en situación de contacto inicial ameritaría que se destine una mayor protección respecto a las fuentes hídricas, las cuales se reconducen en un mayor cuidado de las cuencas hidrográficas, toda vez que estos colectivos aún vienen realizando actividades tradicionales conforme a sus ancestros. Una afirmación contraria a ella podría poner en peligro su propia subsistencia y poner en grave riesgo la existencia de estos pueblos.

Dicho esto, resulta conveniente mencionar que el Estado y los particulares deben cumplir con una serie de obligaciones, como por ejemplo, no emplear ninguna forma de fuerza o de coerción que viole los derechos fundamentales de los pueblos amazónicos. En ese sentido, la mera abstención de la fuerza sobre los pueblos amazónicos no es suficiente para garantizar su supervivencia. En otras palabras, la desaparición física de los pueblos amazónicos, por la inacción del Estado, también podría ser, conjuntamente con otros factores, producto del resultado global del abandono, la marginación y la discriminación a las que suelen verse sometidos, incluso, por los particulares.

En suma, una comunidad nativa que no tiene acceso a agua potable no puede ejercer libremente actos tan elementales de la democracia como deliberar, decidir, criticar y elegir a sus gobernantes y a sus políticas. La necesidad de consumir agua potable es una actividad vital para cualquier ser humano<sup>246</sup>, más aún si, conforme se mencionó en el primer capítulo, existen altos índices de contaminación de los ríos.

Por ende, sería necesario que el Estado evalúe la posibilidad de adoptar acciones afirmativas respecto a los pueblos amazónicos, toda vez que con ello podría cumplirse un rol más tuitivo del que existe en la actualidad. Por ejemplo, podría colocar los reflectores respecto a las mujeres que forman parte de una determinada comunidad nativa, a fin que participen y tengan poder de decisión tanto en la gestión de los recursos hídricos como fuente natural y también potable.

<sup>244</sup> Por tanto, como se recuerda, el Estado, en algunas ocasiones, promueve el trato diferenciado de un determinado grupo social, al otorgarle ventajas, incentivos o tratamientos más favorables, lo que la doctrina ha denominado acciones afirmativas, cuya naturaleza es temporal, con la finalidad de compensar jurídicamente a grupos excluidos por su condición económica, social y/o culturalmente de modo que tales grupos puedan superar la inferioridad real en la que se encuentran. En: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el Expediente N° 00048-2004-AVTC, fundamento 63.

<sup>245</sup> LANDA, César. "La sentencia del Tribunal de Garantías Constitucionales sobre la constitucionalidad". En: *Derecho PUCP*, N° 45, diciembre, 1991.

<sup>246</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. T-143/2010.

Si bien alguien podría señalar que ello podría conculcar los usos y costumbres de la comunidad nativa, discrepamos de esta postura, por cuanto con la medida afirmativa<sup>247</sup> se vería tutelado de un modo más óptimo el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres de una comunidad nativa, a fin que puedan equipararse las oportunidades de participación y de decisión entre ambos géneros.

#### 2.4. Naturaleza jurídica del acceso al agua de los pueblos amazónicos

Sobre este punto, se recuerda que, en la actualidad, no se puede dar por sentada la afirmación de la época de Weimar, según la cual resulta imposible la aplicación inmediata de los derechos fundamentales sociales<sup>248</sup>, en virtud de que ya no son consideradas fórmulas en blanco, carentes de contenido, sino que se tratan de normas de las que pueden derivarse notables consecuencias jurídicas.

Conforme se recuerda, la expansión de los derechos constitucionales ha venido siempre acompañada de objeciones y las críticas suscitadas en la actualidad son más fuertes<sup>249</sup>, toda vez que algunos reprochan el exceso de constitucionalización. Entre sus detractores, se encuentra Bockenforde, quien sostiene que la expansión de los derechos constitucionales altera el carácter de la constitución de forma fundamental.

Con relación al acceso al agua de los pueblos amazónicos, consideramos relevante contextualizar brevemente los escenarios que se han manifestado previamente:

- El acceso al agua como fuente natural por parte de los pueblos originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial.
- El acceso al agua como fuente natural por parte de las comunidades nativas.

<sup>247</sup> Si bien el Tribunal Constitucional se refiere al concepto “discriminación positiva” como un sinónimo de “acción afirmativa” o “acción positiva”, la doctrina suele distinguir entre estos conceptos precisando que entre ellos existe una relación de género a especie, siendo la “discriminación positiva” una variedad específica de acción afirmativa que se produce en contextos de especial escasez (como las listas electorales, los puestos de trabajo, las plazas educativas); y se caracteriza por establecer reservas rígidas –asignando un número o porcentaje a favor de determinados grupos sociales en situación de desventaja”. GARCÍA MORILLO, Joaquín. “La cláusula general de igualdad”. En: LÓPEZ GUERRA, Luis y otros (autores). *Derecho Constitucional*. Volumen I, cuarta edición, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 184 y REY MARTÍNEZ, Fernando. “La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid, año 28, número 84, 1995, p. 85-86. Citado en: SALOMÉ RESURRECCIÓN, Liliana. *La “discriminación múltiple” como concepto jurídico para el análisis de situaciones de discriminación*. Tesis para optar el grado académico de Magister en Derecho Constitucional en la PUCP, 2015, p. 31.

<sup>248</sup> Sobre el particular, Cappelletti ha insistido en la exigencia de un particular tipo de proceso constitucional y de un particular juez especializado y cualificado en la mencionada interpretación. En: CASCAJO CASTRO, José Luis. *La tutela constitucional de los derechos sociales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. 70.

<sup>249</sup> Con relación al derecho fundamental al agua potable, Domingo García Belaunde considera que “la vis expansiva de los derechos fundamentales en nuestro mundo actual, sobre todo el subdesarrollado. Y que crecen a un ritmo geométrico sin medir que ellos generalmente son complejos y se convierten así en sueños de opio para nuestros pueblos. Esa vis expansiva tiene características de irrealidad y sobre todo de desilusión, que es ofrecer lo que no se va a cumplir y lo que en ese momento es irrealizable. (...) Lo aconsejable es lo contrario: ser discreto en estas pretensiones y, más bien, sin alharaca, otorgarlas. Los textos constitucionales por sí solos nunca dan nada. Quien otorga son los gobiernos y las conductas de los gobiernos. Al margen de que los ciudadanos los reclamen y los hagan exigibles”. En: GARCÍA BELAUNDE, Domingo. “A propósito de la vis expansiva de los derechos fundamentales. ¿Existe un derecho al papel higiénico?”. En: <http://laley.pe/not/1646/-existe-un-derecho-al-papel-higienico/>. Visto el 20 de agosto de 2014.

- El acceso al agua potable por parte de las comunidades nativas.

En primer lugar, se vislumbra que los pueblos amazónicos pueden acceder al agua tanto en su calidad de fuente natural como potable, lo que trae como consecuencia que se determine si este acceso se encuentra enmarcado en el ejercicio de derechos fundamentales. En segundo lugar, si estos son autónomos o derivan de otros derechos fundamentales expresamente reconocidos en la Constitución.

## 2.5. El reconocimiento de derechos fundamentales en el acceso al agua por parte de los pueblos amazónicos

Hoy en día, los derechos fundamentales se han convertido en una medida de legitimidad de los sistemas políticos, al punto que los consideramos como un elemento inseparable de los modelos democráticos. De ahí que resulte importante comprender qué significa fundamentar y, además, qué es aquello que debe ser fundamentado, en segundo lugar, esbozar un mapa de posibles estrategias de fundamentación de los derechos humanos<sup>250</sup>.

Al respecto, Fernández Galiano considera que “cuando se refiere a los derechos humanos, el término *fundamentar* puede entenderse de la siguiente manera: (i) como la realidad protegida por tales derechos, (ii) como la razón o motivo por el que los mismos son derechos, o (iii) como la fuente —en sentido jurídico- de donde nacen o provienen”<sup>251</sup>.

Además de lo señalado, De Castro Cid considera que la fundamentación de los derechos humanos está “orientada a descubrir o formular las motivaciones lógicas que tienen la capacidad de hacer surgir en la generalidad de los seres humanos el convencimiento de la actual necesidad ineludible de reconocer y garantizar el disfrute de la serie de derechos calificables como derechos humanos”<sup>252</sup>.

Por lo tanto, la fundamentación de los derechos fundamentales consiste en dar razones o argumentos para convencer a los demás de que un determinado derecho es reconocido o debe ser reconocido como un derecho fundamental. En ese sentido, tales argumentos no deben ser emotivos, toda vez que al tratarse de un intento de fundamentación racional, debe tratarse de argumentos que puedan ser sustentados en la razón<sup>253</sup>.

Por ello, se reconoce que resulta inevitable que cualquier intento de fundamentación racional tenga la vocación de llegar a un fundamento definitivo, ya sea explícita o implícitamente, lo que no significa ignorar que pueda ser rechazado o discutido por

<sup>250</sup> INDACOCHEA PREVOST, Úrsula. “Reflexiones acerca del sentido y las estrategias de fundamentación de los derechos humanos”. En: *Derechos humanos y constitucionalismo crítico. Colección Derecho Procesal de los Derechos Humanos*, 5, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Editorial Ujijus, 2015, p. 2-3.

<sup>251</sup> FERNÁNDEZ-GALIANO, Antonio. “Carta al profesor Javier Muguerza”. En: PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio (ed.), *El fundamento de los derechos humanos*. Madrid, 1989, p.165.

<sup>252</sup> DE CASTRO CID, Benito. “La fundamentación de los derechos humanos (reflexiones incidentales)”. En: PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, 1989, p.121-122.

<sup>253</sup> “[E]stá claro que esas razones tendrán que serlo reduplicativamente, esto es, tendrán que ser razones de la razón y no tan solo pascalianas razones del corazón”. Muguerza, Javier. “La alternativa del disenso”. En: Peces-Barba Martínez, Gregorio (editor) *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, 1989, p. 20.

algunos que no compartan el mismo paradigma de racionalidad que se haya tomado como punto de partida para la fundamentación<sup>254</sup>.

En suma, la fundamentación implica dar razones y puede emprenderse desde distintos marcos de referencia, es decir, puede apuntar hacia la explicación de porqué los derechos humanos son un elemento crucial de las actuales estructuras jurídico políticas o puede orientarse en demostrar por qué los derechos humanos deben ser un elemento básico del orden jurídico en las relaciones sociales que existen en el mundo actual<sup>255</sup>.

Así, puede decirse que fundamentar un derecho cuya existencia no se cuestiona, equivale a dar razones de porqué existe en un determinado sistema normativo; mientras que, fundamentar un derecho cuya existencia se pone en duda, equivale a dar razones de que existen<sup>256</sup>. Con relación a nuestro objeto de estudio, consideramos que no existe duda que los escenarios planteados se encuentran en un marco constitucional.

Sobre la base de lo expuesto, a continuación se desarrollará qué derechos fundamentales se derivan de los escenarios señalados:

#### a) El acceso al agua como ejercicio del derecho fundamental al medio ambiente

Como se sabe, en la actualidad, los medios de explotación que el ser humano tiene a su disposición pueden dañar irremediablemente el planeta, poniendo en peligro, a mediano y corto plazo, para algunas personas, las condiciones físicas de nuestra propia existencia. De ahí que los Estados no solo revaloran la importancia económica de los recursos naturales, sino también la preservación de estos, a través de medidas que limitan su explotación, a fin de proteger el medio ambiente, la naturaleza y las diversas formas de vida<sup>257</sup>.

En virtud de ello, muchos Estados han reconocido que el acceso a un medio ambiente adecuado y equilibrado es un derecho fundamental, revalorándose así, la importancia de este para el desarrollo del ser humano y, en consecuencia, deviene acertada su constitucionalización, toda vez que la Constitución constituye “la vía primaria de expresión del cuadro de valores vigentes en la sociedad y el punto de referencia del desenvolvimiento de la vida colectiva”<sup>258</sup>.

En ese sentido, el concepto “ambiente” significaría la necesidad de reinterpretar en clave ecológica tanto el Derecho como la democracia, además de que ello implica un cambio

<sup>254</sup> “Lo que está fundamentado para uno puede no estarlo para otro, y que no hay nada contradictorio en ello, porque la apreciación de cada uno depende de los paradigmas de racionalidad que maneje. (...) La calificación de una argumentación moral o jurídica como válida no es algo objetivo y externo al observador, sino que depende de los presupuestos con que este examina la validez”. En: RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, Joaquín, *La razón de los derechos*, Madrid: Tecnos, 1995, p. 86-87.

<sup>255</sup> DE CASTRO CID, Benito, Loc.cit.

<sup>256</sup> INDACOCHEA PREVOST, Úrsula. Op. cit., p. 5.

<sup>257</sup> RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*, Tomo 3, Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 1999, p. 328.

<sup>258</sup> DELGADO PIQUERAS, Francisco. “Régimen jurídico del derecho constitucional al medio ambiente”. En: *Revista española de Derecho Constitucional*. N° 38, Año 13, mayo-agosto de 1993, p. 51.

cuantitativo en el significado de aquellas cláusulas que entran dentro de la órbita del Estado social<sup>259</sup>.

Así, uno de los elementos centrales a tomar en consideración, debido a la gravedad del impacto que generan determinadas actividades económicas en la naturaleza, es la preservación de los recursos naturales, a fin de garantizar su uso sostenible, en una suerte de pacto social no solo para el presente, sino también para las futuras generaciones.

Situación que ha generado, en palabras de Lorenzetti una nueva óptica para afrontar los problemas y buscar soluciones culturales, es decir, una mutación epistemológica, cuya tendencia ha ocasionado el desplazamiento de la concepción antropocéntrica predominante en la historia de la humanidad por una visión más geocéntrica. Así, un distintivo *sui generis* del paradigma ambiental es que se reconoce a la naturaleza como un bien colectivo, el cual es definido como escaso o en situación de peligro y que está dispuesto a ser protegido aun cuando se limiten los derechos individuales<sup>260</sup>.

En esa línea, el Estado tiene como rol fundamental la defensa del bien común y el desarrollo de acciones orientadas a propiciar la equidad social, en tanto se permite la explotación de los recursos naturales siempre que esta sea racional, en la medida que estos pertenecen a la Nación. Por tanto, el Estado tiene la obligación de buscar el equilibrio entre la libertad económica, la eficiencia económica, la equidad social y las condiciones dignas de vida material y espiritual para las actuales y venideras generaciones.

En ese sentido, consideramos que cuando los pueblos originarios en situación de aislamiento voluntario y en situación de contacto inicial, así como las comunidades nativas acceden al agua que se encuentran en las cochas, quebradas y ríos cercanos al lugar de sus viviendas implica que se garantice el ejercicio de su derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado, toda vez que aún realizan actividades de pesca para su propio consumo y de comercio básico para obtener un ingreso en sus familias.

Al respecto, se recuerda que el Tribunal Constitucional señaló en la sentencia recaída en el Expediente N° 01206-2005-AA/TC, fundamento 3, que el derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado, implica la facultad de las personas de poder disfrutar de manera natural y armónica con el medio ambiente, que este adecuado para el desarrollo de las personas y el respeto de su dignidad, en resumen, que toda persona tiene derecho a que se preserve un ambiente sano y equilibrado.

<sup>259</sup> RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo. *El derecho constitucional al medio ambiente. Dimensión jurisdiccional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 65. El referido autor, considera que será el medio ambiente el que constituya el elemento central sobre el que gire la última generación de los derechos humanos (denominado así, simplemente, por una cuestión académica), el cual tiene como fundamento el principio de solidaridad.

<sup>260</sup> *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLII, número 129, setiembre-diciembre de 2010, p. 1443. Comentarios relacionados a LORENZETTI, Ricardo Luis, *Teoría del derecho ambiental*, México: Porrúa, 2008. <http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v43n129/v43n129a14.pdf>. Visto el 28 de noviembre de 2015.

Con relación a los pueblos originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial, estos colectivos deberían ejercer el mencionado derecho fundamental, en la medida que, por lo general, no tienen contacto con las ciudades occidentalizadas. Por tanto, el ámbito donde viven debe ser el adecuado no solo para garantizar las condiciones naturales que han elegido voluntariamente, sino que con ello se garantiza su propia existencia y, además, contribuye con el respeto a su derecho a la identidad étnica y cultural.

Por ende, el agua al cual tienen acceso tales colectivos, implica que el Estado pueda garantizarles un acceso directo, a efectos que puedan desarrollar sus actividades básicas que sirven para su propio sostenimiento, en consecuencia, amerita que el Estado tome acciones de preservación efectivas respecto a los recursos hídricos adyacentes o cercanos a ellos, en la medida que resultan ser colectivos mucho más vulnerables que las comunidades nativas, por cuanto su sistema inmunológico resulta ser más débil, debido a su no socialización en la ciudad.

De otro lado, con relación a las comunidades nativas, se puede decir, que existen algunos dispositivos, tales como la Ley N° 29833, Ley de Recursos Hídricos y la Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la OIT, en los que se reconoce a estos colectivos el acceso al agua como fuente natural, conforme a sus usos y costumbres.

Al respecto, consideramos que el agua que discurre por las tierras de las comunidades nativas conlleva a que estos colectivos también puedan ejercer su derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado, toda vez que con ello, se garantiza que puedan desarrollar sus actividades agrícolas, de pesca tradicional, muchas veces efectuada de manera ancestral, pero que, en ocasiones, puede servir no solo para su propia subsistencia, sino también para que puedan realizar transacciones con algunos ciudadanos.

Así, por ejemplo, en el caso de las comunidades nativas de Loreto, cuando utilizan el agua a la cual tienen acceso, que proviene de los ríos, cochas y quebradas, lo hacen de modo natural y en proporción a sus necesidades, procurando que ello guarde armonía con el ambiente natural en el que viven. En ese sentido, el acceso al agua deviene en una manifestación del derecho a un medio ambiente adecuado y equilibrado, convirtiéndose en un derecho colectivo, dado que exige una obligación de protección y conservación de las fuentes hídricas para las generaciones futuras<sup>261</sup>.

Adicionalmente, estimamos conveniente señalar, a modo de alcance, lo desarrollado por la Corte IDH. Al respecto, el referido colegiado ha resaltado la importancia del acceso al agua para los pueblos originarios bajo el argumento de que su falta de acceso constituye una afectación al derecho a la vida digna.

<sup>261</sup> RESTREPO GUTIÉRREZ, Elizabeth. *Análisis jurisprudencial del acceso al agua potable para el consumo humano*. Tesis presentada como requisito parcial para optar al título de magíster en medio ambiente y desarrollo. Universidad Nacional de Colombia, 2014. Para mayor detalle, véase el siguiente enlace: <http://www.bdigital.unal.edu.co/47232/1/43841255.2015.pdf>. Visto el 28 de noviembre de 2015

Sobre el particular, consideramos que la Corte IDH optó por ello, toda vez que el derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado no se encuentra reconocido en la Convención Americana. Sin embargo, ello no ha sido impedimento para que la Corte IDH pueda pronunciarse sobre la realidad que subyace a los pueblos originarios y a las medidas que el Estado debe adoptar para garantizar la existencia de estos colectivos.

#### b) El acceso al agua potable como ejercicio del derecho fundamental a la salud

Sin perjuicio de lo anterior, consideramos que con el devenir de los años, no basta que se reconozca a los pueblos originarios el acceso al agua proveniente de los ríos, cochas y quebradas de acuerdo a sus usos y costumbres, es decir, sin tener en consideración la calidad en la que se encuentran los recursos hídricos.

Conforme se señaló en el primer capítulo, la realidad de un gran número de comunidades nativas de Loreto, por ejemplo, solo consumen agua de los ríos, cochas y quebradas; sin embargo, tras haber realizado un estudio tanto el Ministerio de Salud como otras entidades, este ha dado como resultado que el agua que consumen no es de calidad, de ahí que, en ocasiones, la Dirección Regional de Loreto provee cloro a estos colectivos, a efectos de desinfectar y reducir, de alguna manera, el brote de enfermedades.

Por ello consideramos que amerita que las comunidades nativas puedan acceder a agua potable, debido al alto índice de contaminación ambiental de los ríos, quebradas y cochas, que han tenido como origen la falta de cuidado y de prevención por parte del Estado y de los particulares quienes han venido realizando actividades económicas, sobre todo, extractivas de hidrocarburo, sin las medidas de cuidado correspondiente.

El acceso al agua potable ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional como un derecho fundamental de naturaleza autónoma y prestacional, en mérito al artículo 3 de la Constitución<sup>262</sup>. Con relación a este pronunciamiento, discrepamos del criterio esbozado por el Tribunal Constitucional y, por el contrario, consideramos que este acceso constituye un derecho implícito del derecho fundamental a la salud, conforme a las razones que se indicarán a continuación.

Decantarse por el reconocimiento de un derecho no enumerado, como lo ha hecho el Tribunal Constitucional en reiterados pronunciamientos vinculados al agua potable, conllevaría a que este se encuentre bien fundamentado, en la medida que se invoca el artículo 3 de la Constitución, el cual contiene conceptos sumamente indeterminados, como son los principios de dignidad humana, soberanía popular, Estado Democrático de Derecho y la forma republicana de gobierno, que implican una carga valorativa, por lo que la obligación de fundamentar no solo debe circunscribirse a ellas.

<sup>262</sup> 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".*

Esta especial justificación resulta trascendente, a efectos de legitimar democráticamente la "innovación" en el ordenamiento constitucional, teniendo en cuenta que ello, *prima facie*, es competencia del poder constituyente. De ahí que, el reconocimiento sobre nuevos derechos fundamentales resulta ajeno a cualquier tipo de interpretación discrecional. En ese sentido, la justificación no puede ser retórica, sino que deberá contener suficientes razones para que se reconozca como tal.

La promoción de un cambio como el que ha propuesto el Tribunal Constitucional mediante la estrategia de la doctrina del desarrollo constitucional exige, desde luego, una enorme responsabilidad, por cuanto se reconoce con rango constitucional el derecho al agua potable, ampliando así el catálogo de los derechos constitucionales expresos e implícitos.

Si encontrar el contenido de un derecho explícito requiere una debida argumentación, mayor será aquella que corresponda a determinar el contenido de un derecho no enumerado, el cual requerirá una mayor carga argumentativa. De ahí que se afirme que no bastarán "argumentos institucionales" para reconocer derechos en los que no exista un reconocimiento normativo expreso<sup>263</sup>.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que el reconocimiento de derechos fundamentales no enumerados es una tarea que compete al Tribunal constitucional, toda vez que es el órgano supremo de la Constitución, el cual descubrirá la presencia de un "nuevo" derecho en el ordenamiento constitucional y, por ende, deberá argumentar las razones que le conllevaron a concluir ello<sup>264</sup>.

Bajo dicho contexto, algunos sostienen que el Tribunal Constitucional, al reconocer y "contribuir" ámbitos iusfundamentales "desde cero", es decir, de reconocer "nuevos" derechos constitucionales, necesita acreditar cuál es su fundamento, su configuración como derecho específico, y que no solo se trate de un ámbito de libertad o de exigencia claramente proscrita por el ordenamiento constitucional<sup>265</sup>.

En esa línea, la fundamentación debe ser entendida como aquel sustento que emana o proviene de la propia Constitución; sin embargo, se sostiene que para el reconocimiento de nuevos derechos se debe tener en cuenta elementos sustantivos vinculados con reivindicaciones morales, derechos naturales o necesidades humanas básicas, etc<sup>266</sup>.

Mientras que, con relación a la configuración como derecho específico, implica que el derecho no enumerado, también tenga la estructura de un derecho fundamental, lo cual significa que deben existir posiciones protegidas de derecho fundamental. De ahí que sea necesario explicitar quién resulta ser el titular del derecho, quién es el sujeto obligado en

<sup>263</sup> SOSA SACIO, Juan Manuel. "Derechos constitucionales no enumerados y derecho al libre desarrollo de la personalidad". En: SÁENZ DÁVALOS, Luis (Coordinador). *Derechos constitucionales no escritos reconocidos por el Tribunal Constitucional*. Lima: Gaceta jurídica, 2009, p. 117.

<sup>264</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el Expediente N° 00316-1998-AA/TC, fundamento 3.

<sup>265</sup> SOSA SACIO, Juan Manuel. *Ídem*, p. 120.

<sup>266</sup> SOSA SACIO, Juan Manuel. *Ídem*, p. 121.

la relación iusfundamental y cuál es el objeto o mandato específico que obliga el derecho, con la finalidad que no solo se pretenda su reconocimiento, sino que este sea exigible y se asegure su eficacia.

Algunos autores sostienen que existen niveles de reconocimiento de normas de derecho fundamental, así el primer nivel de reconocimiento resulta ser la determinación de las “normas directamente estatuidas”, la cual se refiere a aquellos sentidos interpretativos que se desprenden inmediatamente y sin mayor esfuerzo hermenéutico de los enunciados que reconocen derechos<sup>267</sup>.

Sin embargo, como tal extracción directa de normas de derecho fundamental no siempre es posible –por la mencionada abstracción y generalidad de las disposiciones- se hace referencia a las “normas adscritas”, la cual consiste en enunciados constitucionales, lo cual constituye el segundo nivel de determinación de las normas iusfundamentales<sup>268</sup>.

En consecuencia, no cualquier interpretación de disposiciones iusfundamentales es válida o conforme a Derecho. Así, una norma adscrita será válida “si para su adscripción a una norma de derecho fundamental estatuida directamente es posible dar una fundamentación iusfundamental correcta, en buena cuenta, su validez, dependerá de la existencia de argumentaciones favorables a tal adscripción<sup>269</sup>”.

Tras lo mencionado, consideramos conveniente señalar un ejemplo de norma adscrita a un derecho fundamental estatuido expresamente, el cual puede apreciarse en la sentencia recaída en el Expediente N° 00009-2008-AI/TC, fundamento 22. En aquella ocasión, el Tribunal Constitucional declaró que si bien no se encuentra expresamente reconocido el derecho a una vivienda adecuada en la Constitución, este debe ser considerado como un derecho implícito derivado del derecho fundamental al bienestar, reconocido en el numeral 1 del artículo 2 de la Constitución<sup>270</sup>.

El Tribunal Constitucional considera que es una medida razonablemente posible y en casos especiales y novísimos desarrollarse los derechos constitucionales implícitos, permitiendo así una mejor garantía y respeto a los derechos de los seres humanos, pues ello contribuirá a fortalecer la democracia y el Estado, tal como lo ordena la Constitución vigente<sup>271</sup>.

Con relación al agua potable, el Tribunal Constitucional en las sentencias recaídas en los Expedientes N° 06534-2006-AA/TC, 6546-2006-PA/TC, 01573-2012-PA/TC, 03333-2012-PA/TC y 00666-2013-AA/TC estableció que es un derecho fundamental autónomo, de naturaleza prestacional. Sin embargo, en la primera sentencia en mención, el desarrollo

<sup>267</sup> SOSA SACIO, Juan Manuel. *Ídem*, p. 117.

<sup>268</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 70-72.

<sup>269</sup> *Ibidem*.

<sup>270</sup> A modo de acotación, cabe señalar que el Comité de las Naciones Unidas de Derechos Económicos, Sociales y Culturales consideró el derecho a una vivienda adecuada como un derecho humano, conforme se aprecia de las Observaciones Generales N° 4 (1991) y 7 (1997).

<sup>271</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el Expediente N° 2488-2002-HC/TC, fundamento 13.

argumentativo empieza por el derecho a la salud, lo cual nos parece un contrasentido. De ahí que considere que el Estado tiene la obligación de garantizar cuando menos tres condiciones esenciales: el acceso, la calidad y la suficiencia, la cual se ve reflejada de la siguiente manera:

- Acceso físico, significa que deben existir instalaciones de agua cercanas al lugar donde las personas residen, trabajan y estudian.
- Acceso económico, implica que los costos deben encontrarse al alcance de cualquier persona, salvo que implique una mejora.
- No discriminación, conlleva a que se brinden condiciones iguales respecto al suministro del agua. En ese sentido, se debe tutelar, sobre todo, a los sectores más vulnerables.
- Acceso a la información, implica la difusión sobre la necesidad de proteger el agua y la utilización que este acarrea.
- Calidad, conlleva a asegurar las condiciones de salubridad.
- Suficiencia, significa que el agua sea dispensado en condiciones cuantitativas adecuadas y que ello permita satisfacer las necesidades elementales de la personas.

Si bien el Tribunal Constitucional ha dotado de autonomía el derecho al agua potable, conforme lo hemos manifestado previamente, consideramos, por el contrario, que este forma parte del contenido del derecho a la salud, toda vez que con la provisión del recurso se busca garantizar ello.

Para tal efecto, se recuerda que el artículo 7 de la Constitución establece que: *“todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen de protección, atención, readaptación y seguridad”*.

Al respecto, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente N° 02945-2003-AA/TC, fundamento 28, señaló que el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la salud comprende lo siguiente:

*“La facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como mental y de restablecerse cuando se presente una perturbación a la estabilidad orgánica y funcional de su ser, lo que implica, por lo tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento, acciones que el Estado debe proteger tanto de que todas las personas, cada día tengan una mejor calidad de vida, para lo cual debe invertir en la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas en la prestación de salud, debiendo adoptar políticas, planes y programas en ese sentido (...)”*.

(Subrayado agregado)

La salud tiene la característica de ser un derecho en sí mismo y condición habilitante para el ejercicio de otros derechos. En ningún otro derecho se observa tan claramente la

interdependencia y el carácter integral de los derechos humanos. De igual modo, en la sentencia recaída en el Expediente N° 03208-2004-AA/TC, fundamento 6, el Tribunal Constitucional indicó lo siguiente:

*“Dentro de los componentes del Estado Social, queda claro que el reconocimiento y la promoción del derecho a la salud ocupa un papel trascendental, en tanto dicho atributo representa parte del conglomerado de derechos sociales que, bajo la forma de obligaciones, se imponen al Estado a efectos de ser promovido en condiciones materiales y fuentes de acceso (...). Las acciones de conservación y restablecimiento de la salud son aquellas cuyo cumplimiento corresponde al Estado, el cual debe garantizar una progresiva y cada vez más consolidada calidad de vida, invirtiendo en la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud, debiendo, para tal efecto, adoptar políticas, planes y programas en ese sentido. Los servicios de salud, por consiguiente, cobran vital importancia en una sociedad, pues de su existencia y funcionamiento depende no solo el logro de mejores niveles de vida para las personas que la integran, sino que incluso en la eficiencia de su prestación se encuentran en juego la vida y la integridad de los pacientes”.*  
(Subrayado agregado)

En esa línea, puede apreciarse que el Tribunal Constitucional señaló que “la obligación del Estado no siempre está vinculada con la transferencia de fondos hacia el beneficiario de la prestación, sino más bien con el establecimiento de normas que concedan relevancia a una situación determinada, o bien con la organización de una estructura que se encargue de poner en práctica una actividad determinada”<sup>272 273</sup>.

Sobre el particular, cabe mencionar que el Comité de DESC ha considerado que el derecho a la salud no debe ser entendido como un derecho a estar sano, toda vez que el Estado no puede garantizar la buena salud ni puede brindar protección contra todas las causas posibles de la mala salud del ser humano, de ahí que el derecho a la salud, deba ser entendido como “un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud”<sup>274</sup>.

Asimismo, es importante señalar que el derecho a la salud abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones para que las personas puedan llevar una vida sana y, en ese sentido, “hace derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación, la nutrición, la vivienda, el

<sup>272</sup> ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, p. 33. En: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el Expediente N° 03330-2004-AA/TC, del 11 de julio de 2005, fundamento jurídico 45.

<sup>273</sup> Con relación al derecho a la salud, se puede decir que este derecho ha sido materia de análisis por el Tribunal Constitucional y este ha tenido diversas interpretaciones. La primera es que se consideraba derecho siempre que estuviera en juego otros derechos, básicamente, la vida (Sentencia recaída en el expediente N° 2945-2003-AA/TC), la segunda interpretación señalaba que si está relacionado con otros derechos fundamentales, estos no le otorgaban el carácter fundamental, pero sí lo acentuaba (Sentencia recaída en el expediente N° 2016-2004-AA/TC); y, la tercera interpretación es aquella en la que se reconoce el derecho a la salud como un derecho autónomo (Sentencia recaída en el expediente N° 5842-2006-HC/TC).

<sup>274</sup> De conformidad con la Observación General N° 14, párrafo 9, aprobado por el Comité de DESC, relativo al derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). 22° período de sesiones, 2000.

acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano”<sup>275</sup>.

De igual modo, de la precitada Observación General N° 14 aprobada por el Comité DESC, se desprende que el derecho a la salud implica que los servicios, bienes y políticas tengan las características que se señalan a continuación:

- a) Disponibilidad, implica la obligación de contar con centros de salud, servicios, programas y bienes suficientes para atender satisfactoriamente este derecho.
- b) Accesibilidad, implica que no exista discriminación en el acceso, accesibilidad física y geográfica a los establecimientos y bienes de salud; accesibilidad económica, que esté al alcance de todos, sobre todo, de grupos más desfavorecidos y, asimismo, que exista acceso a la información, sobre cuestiones relacionadas con la salud.
- c) Aceptabilidad, implica la adecuación de los bienes, servicios y programas a las condiciones socio-culturales de la población.
- d) Calidad, implica que ella esté presente tanto en la atención médica, como en los programas de salud pública, la cualificación del personal y el buen estado de los medicamentos y equipo hospitalario.

En esa línea, cabe acotar que para enfrentar las desigualdades sociales, que tienen un efecto negativo y dificultan el logro de una buena salud, resulta necesario que se tome en consideración el principio de equidad en salud, el cual significa la búsqueda de una equiparación en el goce del más alto nivel posible de salud física y mental, no solo en la prestación de los servicios de salud, objetivo en el cual, como es indicado en numerosos estudios, es preciso atacar diversas inequidades sociales que afectan la posibilidad de gozar de buena salud<sup>276</sup>.

Como dato adicional, se pueden señalar algunos pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la CIDH), aun cuando estos no tengan un carácter vinculante para los Estados; sin embargo, consideramos que los argumentos plasmados pueden contribuir a una mejor protección. Así, por ejemplo, en el caso *Tribu Ache vs. Paraguay*, la CIDH consideró que la negación de atención médica y la provisión de medicinas durante la existencia de epidemias constituyen una violación del derecho a la preservación de la salud y al bienestar establecido en el XI artículo de la Declaración Americana<sup>277</sup>.

Otro caso paradigmático abordado por la CIDH resulta ser el caso *Yanomani vs. Brasil*, en el que la CIDH declaró que el Estado había violado el derecho a la preservación de la salud y al bienestar del pueblo originario Yanomani “por la omisión de haber adoptado oportuna y eficazmente medidas”, para evitar el considerable número de muertes por

<sup>275</sup> CONSTITUCIONALISMO CRÍTICO. *Diccionario de Derecho Constitucional Contemporáneo*. Lima: Gaceta Jurídica, 2012, p. 140.

<sup>276</sup> Al respecto, resulta importante mencionar que los determinantes sociales de la salud se encuentra recogida ampliamente por la Organización Mundial de la Salud, cuya organización cuenta con una Comisión de Determinantes Sociales de la Salud, la cual en el 2009 emitió el Informe Final denominado “Subsanar las desigualdades en una generación. Alcanzar la equidad sanitaria actuando sobre los determinantes sociales de la salud”.

<sup>277</sup> CIDH. *Tribu Ache, Paraguay*, OEA/Ser.L/V/II.50 Doc. 13 Rev. 1, 2 de octubre de 1980, p. 34-35.

epidemias de influenza, tuberculosis, sarampión, malaria, enfermedades venéreas, etc, la cual ocurrió debido a una invasión por parte de trabajadores de construcción, geólogos, exploradores mineros, quienes llegaron al lugar donde vivían los integrantes de la comunidad Yanomani<sup>278</sup>.

De lo señalado se puede colegir que parte del contenido del derecho a la salud es la conservación de este, así como su restablecimiento, a fin de posibilitar una mejor calidad de vida y un estado pleno de salud<sup>279</sup>. Con relación a la conservación del estado de salud, el Tribunal Constitucional ha considerado que implica el acceso y goce de las prestaciones de salud, de modo que, la conservación de la salud no resulta posible sin el acceso y el goce de las prestaciones correspondientes.

Al respecto, consideramos que el consumo de calidad del agua, implica que no existan microorganismos o metales pesados en los ríos, cochas y quebradas a los que tienen acceso los pueblos amazónicos como única fuente de recurso hídrico. De ahí que solo estaremos frente al derecho al acceso de agua potable cuando el agua que se consuma sirva para satisfacer necesidades personales y básicas y, además, con ello se busque la conservación de un estado de salud estable para la población.

Con relación a la dimensión de este derecho fundamental, este derecho tiene un alcance subjetivo y objetivo. Respecto al primero, la tutela del derecho al agua puede ser reclamada ante las instancias judiciales en escenarios de vulneración tanto por parte del Estado como por parte de particulares, cuando se trata de agua para consumo humano.

Mientras que la dimensión objetiva de los derechos fundamentales hace referencia a su poder vinculante frente a todos los poderes públicos. Asimismo, la titularidad del derecho al agua como derecho subjetivo recae tanto en los individuos como en la comunidad<sup>280</sup>.

### **c) El acceso al agua potable como servicio público**

Sin perjuicio de lo señalado, consideramos que el acceso al agua potable también es un servicio público, toda vez que la Constitución y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional establecen dos requisitos para que una actividad económica sea calificada como servicio público.

De acuerdo a un carácter material, este se encuentra tácitamente en el artículo 58 de la Constitución, el cual contempla que se tratan de actividades de carácter esencial para satisfacer necesidades primordiales colectivas y generar condiciones materiales para el efectivo disfrute de los derechos fundamentales.

Sin embargo, también tiene un carácter formal, conforme al cual “la calificación como servicio público de una actividad debe realizarse mediante norma con rango legal, lo que ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional<sup>281</sup>”.

<sup>278</sup> CIDH. *Caso Yanomani*, Resolución N° 12/85, caso N° 7615 (Brasil), 5 de mayo de 1985, considerando número 10.

<sup>279</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el Expediente N° 07231-2005-AA/TC, fundamento 1.

<sup>280</sup> Corte Constitucional de Colombia en la sentencia recaída en el Expediente T-082/2013.

De otro lado, los principios que caracterizan a los servicios públicos son los siguientes: i) generalidad o igualdad, conforme al cual no se puede negar a ninguna persona el acceso a los servicios, ii) continuidad en la prestación, este consiste en el carácter indispensable de los mismos, iii) regularidad que comprende la sujeción del prestador a las reglas del servicio y a los estándares de cantidad y calidad exigidos; y, iv) adaptabilidad a las evoluciones técnicas en las condiciones de prestación de los servicios<sup>282</sup>. Estos presupuestos se cumplen perfectamente en el servicio de educación como en el servicio de salud.

El acceso al agua potable al ser considerado un servicio público, implica que por medio de este se desarrollen las funciones-fines del Estado, cuya ejecución puede ser realizada directamente por este o a través de terceros, pero siempre bajo la fiscalización estatal.

Finalmente, cabe señalar que, si bien la Organización de las Naciones Unidas ha considerado que el acceso al agua potable está relacionado con el alcantarillado; sin embargo, para efectos de la presente investigación excluirémos este último punto, toda vez que consideramos que dicha temática rebasaría nuestro objeto de estudio.

## 2.6. Contenido del acceso al agua como derecho fundamental

Conforme manifestamos en anteriores acápite, el acceso al agua se encuentra enmarcado en el ejercicio del derecho fundamental al medio ambiente y a la salud, según corresponda, conforme se señaló previamente. Sin embargo, a efectos de señalar algunos presupuestos de ambos derechos fundamentales, ameritará hacer un breve análisis sobre la delimitación del contenido de un derecho fundamental.

La delimitación del contenido de un derecho fundamental constituye una tarea que se realiza de manera permanente, lo cual implica que puede perfeccionarse los alcances respecto a las exigencias de la realidad<sup>283</sup>. En correspondencia con ello, el Tribunal Constitucional ha considerado que “los derechos constitucionales albergan contenidos axiológicos que, por su propia naturaleza, pueden y deben desarrollarse, proyectando su *vis expansiva* a través de remozadas y, otrora, inusitadas manifestaciones”<sup>284</sup>.

Con relación a los elementos que deben tenerse en consideración para delimitar el contenido de un derecho fundamental, Naranjo considera que la delimitación del derecho puede comprender tres componentes: un elemento subjetivo, un elemento sustantivo y un elemento formal. El elemento subjetivo se refiere al conjunto de sujetos activos y pasivos, es decir, quién puede ser titular del derecho fundamental y frente a quién se puede

<sup>281</sup> DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. “El régimen de los servicios públicos en la Constitución peruana”. En: *Themis* 55, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008, p. 258. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el Expediente N° 00034-2004-PVTC, f. 40 y 41.

<sup>282</sup> DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. *Op. cit.*, p. 262.

<sup>283</sup> HUERTA GUERRERO, Luis Alberto. *Protección judicial del derecho fundamental al medio ambiente a través del proceso constitucional de amparo*. Tesis para optar por el grado de doctor en derecho. 2012, p. 36.

<sup>284</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el Expediente N° 1124-2001-AA/TC (Caso Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y FETRA TEL), fundamento 8.

ejercer. Respecto al elemento objetivo, se refiere al objeto del derecho, es decir, al conjunto de facultades o ámbito de inviolabilidad que este otorga a sus titulares; mientras que, el elemento formal está constituido por las garantías específicas que pueda poseer el derecho fundamental<sup>285</sup>.

En ese sentido, para delimitar el contenido de un derecho fundamental se deben considerar los siguientes presupuestos:

- Titularidad del derecho (identificación del sujeto activo)
- Autoridad, funcionario o persona que está obligada a realizar una determinada conducta respecto a ese derecho (identificación del sujeto pasivo).
- Facultades de actuación o de prestación que se derivan del derecho.
- Garantías específicas del derecho.

De ahí que la delimitación del contenido de los derechos fundamentales constituye una tarea que permite identificar cuáles son las conductas personales o prestaciones protegidas por estos derechos reconocidos en la Constitución. Para tal efecto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional cumple un rol trascendente.

Así, por ejemplo, Hakansson ha manifestado lo siguiente: “(...) cometeríamos un error si seguimos considerando que el contenido constitucional de un derecho fundamental tiene carácter cerrado y que puede determinarse *a priori*, de manera abstracta, prescindiendo de las concretas circunstancias que rodean a cada caso judicial. Todo lo contrario. El contenido constitucional de los derechos posee un carácter más abierto; es decir, que atendiendo a las circunstancias el juez deberá, o no, enriquecer el contenido y alcances del derecho que está sujeto a interpretación. En otras palabras, un Estado no podría ofrecer una adecuada protección a los derechos fundamentales a sus ciudadanos de manera abstracta si el contenido de cada derecho se encontrara ya definido en la jurisprudencia de sus tribunales, con carácter inmutable, pétreo, para la solución de todos los casos por igual con idénticos resultados (...)”<sup>286</sup>.

### **2.6.1. Contenido del acceso al agua como ejercicio del derecho fundamental al medio ambiente**

Conforme se manifestó previamente, consideramos que el derecho al medio ambiente, si bien no tiene un contenido acabado, toda vez que la delimitación de un derecho fundamental se realiza de modo permanente, lo que implica que pueda ser perfeccionado en atención a las exigencias de la realidad, así como reformular los alcances de las instituciones procesales de tutela. A continuación se señalarán algunos presupuestos que podrían ser considerados como parte de su contenido.

<sup>285</sup> NARANJO DE LA CRUZ, Rafael. *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 35.

<sup>286</sup> HAKANSSON NIETO, Carlos. *Curso de Derecho Constitucional*. Lima: Palestra, 2009, p. 433.

El acceso al agua por parte de los pueblos originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial, así como de las comunidades nativas implica que sus integrantes disfruten el acceso a un medio ambiente equilibrado y adecuado, así como que se preserve este, conforme se manifestó anteriormente.

Sin embargo, consideramos que ello se verá materializado cuando a los pueblos originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial se les permita acceder sin restricciones al agua como fuente natural, a fin de satisfacer sus necesidades personales y que esta no se encuentre contaminada, lo cual, en buena cuenta, redundará en garantizar el derecho a la identidad étnica y cultural de estos colectivos.

Todo ello en la medida que son pueblos altamente susceptibles de adquirir enfermedades y que, incluso, podría ocasionarles la muerte. De ahí que respecto a la calidad del agua, el Estado deba focalizar su atención en el cuidado de las cuencas hidrográficas, toda vez que estos colectivos, así como muchas comunidades nativas mantienen costumbres ancestrales. En ese sentido, el Estado debería comprender y ejecutar todos los mecanismos posibles para que no se contaminen estas fuentes de agua, en tanto que son las únicas fuentes a las que pueden acceder.

Así, conforme a la Constitución y a los instrumentos internacionales, el Estado debe proteger y garantizar a los pueblos originarios. En ese sentido, el acceso al agua debe estar protegido respecto a la contaminación y las transgresiones ilícitas en sus tierras ancestrales, para lo cual deberá brindárseles los recursos que sean necesarios para que *“planifiquen, ejerzan y controlen su acceso al agua”*<sup>287</sup>.

Por su parte, respecto a las comunidades nativas, se puede decir que va en el mismo sentido, salvo con una diferencia, la cual implica que se les permita ejercer su derecho de participación, que incluya un enfoque de género, es decir, que se permita a las mujeres hacer partícipes en la toma de decisiones respecto a la protección del recurso. Si bien en algunos dispositivos, se contempla que debe existir un enfoque de género en la política medioambiental y, por otro lado, que deben respetarse los usos y costumbres, consideramos que debe permitirse una mayor participación de las mujeres, con el propósito que también tengan poder de decisión.

Asimismo, la participación en el cuidado debe tener como etapa previa, un adecuado acceso a la información, a fin que las comunidades nativas puedan coadyuvar con la preservación de los recursos hídricos al que tienen a su alcance.

### **2.6.2. Contenido del acceso al agua potable como ejercicio del derecho fundamental a la salud**

---

<sup>287</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia recaída en el Expediente T-1080-12. En este orden de ideas, la Sala considera que el agua, como un recurso natural indispensable para materializar el derecho a una alimentación adecuada, debe ser garantizada en las cantidades necesarias para la Comunidad Indígena del Resguardo Paniquita pueda seguir llevando a cabo sus actividades agrícolas alimentarias.

En línea con lo señalado en los párrafos precedentes, la interpretación de los derechos constitucionales puede permitir al Tribunal Constitucional que reconozca nuevos derechos como inherentes al ser humano e indispensables para su desarrollo individual y en sociedad.

Al respecto, Díaz Revorio<sup>288</sup> considera que “la mayoría de las constituciones occidentales, sobre todo a partir de la segunda guerra mundial, recogen declaraciones de derechos que tienden a ser cada vez más amplias. Pero la existencia de nuevas necesidades o circunstancias, así como los avances científicos, tecnológicos, culturales o sociales, hacen que se plantee el reconocimiento de “nuevos” derechos, no contemplados expresamente en la Constitución, pero cuya protección al más alto nivel tiende a ser considerada necesaria. En realidad, en algunos supuestos no se trata tanto de necesidades o circunstancias nuevas, sino simplemente de situaciones siempre existentes, pero sobre las cuales no se había hecho patente la necesidad de una especial protección jurídica, normalmente porque no resultaba apreciable –o quizás, ni siquiera imaginable– una amenaza o peligro para ellas. Otras veces, el cambio en la mentalidad o las circunstancias sociales hacen que se considere que deben ser protegidas jurídicamente exigencias que antes no merecían tal protección. Pero en todos los casos estamos ante circunstancias que aconsejan un reconocimiento y protección jurídica al más alto nivel, que hasta el momento no tenían reconocimiento, al menos de manera explícita y concreta”.

Con relación a este punto, el Tribunal Constitucional del Perú ha reconocido el agua potable como derecho fundamental, en función, generalmente, a una realidad urbana, en los que, la controversia ha girado en torno al corte del servicio público. A pesar de este reconocimiento, ello no ha sido impedimento para que se presenten proyectos de ley<sup>289</sup>, por medio de los cuales se busca un reconocimiento explícito en la Constitución.

Además, consideramos que el Tribunal Constitucional ha tomado en consideración, prácticamente, todos los elementos señalados por el Comité DESC de las Naciones Unidas, recaídos en la Observación General N° 15 del año 2002, aun cuando no haga mención a esta Observación, en el cual se reconoce el acceso al agua potable como un derecho humano.

<sup>288</sup> DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *Valores superiores e interpretación constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 231-232.

<sup>289</sup> En esa línea existen una serie de proyectos de reforma constitucional o de promoción legal a favor que se reconozca el derecho de acceso al agua potable o el derecho al agua, lo cuales tienen diversos matices, conforme podrá apreciarse en los siguientes proyectos normativos: Proyecto de ley N° 00550/2011-CR, "Ley que establece la participación de los pueblos indígenas y las comunidades campesinas y nativas en los beneficios económicos que reportan las actividades extractivas de recursos naturales"; Proyecto de ley N° 02030/2011-CR, "Modificación del Artículo 64° de la Ley N° 29338, Ley de recursos hídricos"; Proyecto de Ley N° 412-2011-CR, "Ley de reforma constitucional que incorpora el Acceso al agua como derecho fundamental"; Proyecto de Ley N° 566/2011-CR, "Ley que incorpora el derecho al agua en la Constitución Política del Perú"; Proyecto de Ley N° 1456/2012-CR, "Ley que incorpora al Artículo 2° de la Constitución Política del Perú el agua como derecho humano"; Proyecto 00547/2011-CR, Ley de Reforma Constitucional que introduce el derecho al agua y a los servicios de saneamiento; Proyecto 01411/2012-CR. Propone incorporar el artículo 2 el derecho al agua como derecho fundamental; Proyecto 01386/2012-CR. Propone incorporar como derecho constitucional el acceso al agua; Proyecto 01518/2012-CR. Propone modificar 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.

Conforme se mencionó en el segundo capítulo de la presente investigación, en el referido documento se contemplan los siguientes presupuestos: suficiencia, salubridad, aceptabilidad, accesibilidad y asequibilidad para el uso personal o doméstico.

<b>Derecho fundamental al agua potable (Tribunal Constitucional del Perú)</b>	<b>Derecho humano al agua potable (Observación General N° 15-Comité DESC ONU)</b>
<b>Suficiencia</b> , significa que el agua sea dispensado en condiciones cuantitativas adecuadas y que ello permita satisfacer las necesidades elementales de las personas.	<b>Disponibilidad:</b> El abastecimiento de agua de cada persona debe ser continuo y suficiente para los usos personales y domésticos. Esto comprende el consumo, el saneamiento, la preparación de alimentos, así como la higiene personal y doméstica.
<b>Calidad</b> , conlleva a asegurar las condiciones de salubridad.	<b>Calidad:</b> El agua necesaria para uso personal o doméstico debe ser salubre y, por lo tanto, no debe contener microorganismos o sustancias químicas o radiactivas que puedan constituir una amenaza o un perjuicio para la salud de las personas. Además, el agua debe tener un color, un olor y un sabor aceptable para cada uso personal o doméstico.
<b>Acceso físico</b> , significa que deben existir instalaciones de agua cercanas al lugar donde las personas residen, trabajan y estudian.	<b>Accesibilidad:</b> El agua y las instalaciones y servicios de agua deben estar al alcance de todos los sectores de la población.
	De igual modo, deben tener en cuenta las necesidades relativas al género, el ciclo vital y la intimidad. Por otro lado, la seguridad física no debe verse amenazada durante el acceso a los servicios e instalaciones de agua.
<b>Acceso económico</b> , implica que los costos deben encontrarse al alcance de cualquier persona, salvo que implique una mejora.	Asimismo, el agua y los servicios e instalaciones de agua deben estar al alcance de todos. Los costos y cargos directos e indirectos asociados con el abastecimiento de agua deben ser asequibles y no deben comprometer ni poner en peligro el ejercicio de otros derechos.
<b>No discriminación</b> conlleva a que se brinden condiciones iguales respecto al suministro del agua. En ese sentido, se debe tutelar, sobre todo, a los sectores más vulnerables.	El agua y los servicios e instalaciones de agua deben ser accesibles a todos de hecho y de derecho, <b>incluso a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna</b> por cualquiera de los motivos prohibidos.
<b>Acceso a la información</b> , implica la difusión sobre la necesidad de proteger el agua y la utilización que este acarrea.	Adicionalmente, la accesibilidad también comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información sobre las cuestiones del agua.

Como se puede apreciar del respectivo cuadro, los mencionados presupuestos fueron extrapolados al momento de resolver casos concretos sin analizar las particularidades que pueda corresponder a la condición de los usuarios, por ejemplo, de poblaciones vulnerables como resultan ser las comunidades nativas, a pesar que se hace mención que no cabe efectuar discriminación alguna y que, por ende, amerita que el Estado brinde mayor protección a quienes forman parte de grupos vulnerables, sin mayor detalle.

Sin embargo, consideramos pertinente empezar el respectivo análisis conforme a los presupuestos señalados por el Tribunal Constitucional, así como por el Comité DESC de las Naciones Unidas para luego añadir otros presupuestos que, bajo nuestra consideración resultarían importantes que se tengan en cuenta respecto al derecho fundamental de acceso al agua potable, los cuales se detallan a continuación.

**a) Calidad**

Implica que se garanticen las condiciones plenas de salubridad, es decir, se deben adoptar medidas preventivas encaminadas a evitar la contaminación de los ríos con sustancias tóxicas y, en ese sentido, que con ello no se supere el límite permisible de metales, conforme lo señala la autoridad competente, lo cual servirá de sustento para la provisión de agua potable. En ese sentido, el agua debe tener un color, un olor y un sabor aceptable.

Con relación a las comunidades nativas, implica que el Estado pueda proveerles de agua potable, a través de plantas de tratamiento temporal o a través de la construcción de pozos subterráneos, aun cuando algunas comunidades nativas perciban tratamiento domiciliario de agua potable, en los casos en los que exista una situación de emergencia, por ejemplo, debido a un derrame de petróleo.

**b) Cantidad**

Implica que el agua potable sea dispensada en condiciones cuantitativas adecuadas que permitan cuando menos satisfacer las necesidades elementales o primarias de las comunidades nativas, como las vinculadas a los usos personales y domésticos, pues de ello puede depender la existencia de cada comunidad.

Sin embargo, a ello también debe sumarse que la cantidad de agua no solo debe ser considerada para el propio uso personal y doméstico, sino también para la agricultura y pesca, toda vez que para muchas comunidades nativas gracias a esta actividad pueden sobrevivir para su propio consumo y pueden realizar actividades de comercio de pescado, en la medida que ello forma parte de su propia subsistencia.

Las necesidades domésticas de cada hogar varían según las circunstancias y el contexto, por ende, no puede indicarse con exactitud la cantidad que se requiere para colmar esta necesidad, toda vez que amerita que se analicen algunos contextos en particular. Sin perjuicio de ello, el Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre el alcance y el contenido de las obligaciones pertinentes en materia de derechos humanos relacionadas con el acceso equitativo al agua potable y el saneamiento, contiene algunas pautas orientativas sobre las cantidades necesarias de agua para promover una buena higiene y proteger la salud pública, contempla lo siguiente:

“Si bien incumbe a cada país determinar el volumen mínimo razonable de agua necesaria para satisfacer los usos personales y domésticos, las cifras suministradas en las publicaciones de la Organización Mundial de la Salud (OMS) pueden servir de orientación útil. Por consiguiente, se necesitan entre 50 y 100 litros de agua por persona por día para asegurar la satisfacción de todas las necesidades de salud.

El umbral de 25 litros por persona por día representa el nivel mínimo para mantener la vida; sin embargo, esta cantidad acarrea problemas de salud, toda vez que es insuficiente para atender las necesidades de higiene básica y consumo.

En los casos de emergencia, tales como desastres naturales, conflictos o situaciones después de los conflictos, el Manual del Proyecto Esfera sugiere un abastecimiento básico de 7.5 a 15 litros mínimos por persona y por día, ya que puede no haber suficiente agua disponible para atender a todos los usos personales y domésticos.

Estas diversas cantidades son indicativas, ya que pueden cambiar con arreglo a un contexto en particular, y pueden diferir en el caso de algunos grupos, debido a su estado de salud, trabajo, condiciones climáticas, exigencias culturales u otros factores”.

Todo ello supone un abastecimiento continuo y suficiente para los usos personales y domésticos, así como el acceso en las escuelas a las que asisten niños y niñas de comunidades nativas. Para ello será necesaria la instalación de redes de agua potable o, de lo contrario, plantas de tratamiento temporal de agua potable o construcción de pozos subterráneos, a fin que tengan acceso a un agua de mejor calidad, en lugar del acceso a *kits* de agua que algunas comunidades reciben por parte del Ministerio de Salud y de la Dirección Regional de Loreto.

### **c) Accesibilidad**

En ese sentido, resulta conveniente que las instalaciones que se realicen se encuentren en un lugar cercano a la comunidad nativa, toda vez que mujeres y niñas son quienes se ven más perjudicadas con la limitación a este recurso, en la medida que, por ejemplo, muchas veces, las niñas dejan de asistir a las escuelas para acompañar a sus madres y caminar tras la búsqueda de este recurso.

En consecuencia, debe existir un suministro de agua en los lugares en los que las personas pasen mucho tiempo. Asimismo, la instalación debe ser segura para todas las personas que accedan y el método de extracción de agua debe ser conocido por quienes habitan en tales comunidades.

### **d) No discriminación**

El logro de la igualdad no significa que todas las personas deban recibir el mismo trato, de ahí que el Estado deba evaluar la posibilidad de adoptar acciones afirmativas o medidas de discriminación positiva y dar preferencia a determinados grupos y personas con miras a revertir los actos de discriminación. Para ello, el Estado debe examinar las desigualdades sociales, culturales, económicas y políticas al diseñar opciones para la prestación de servicios de abastecimiento de agua.

Si bien existe un mayor acceso por parte de las comunidades campesinas en el país, consideramos que ello no va en la misma proporción con la situación que viene ocurriendo en la selva del país, sobre todo, respecto de las comunidades nativas.

Por ejemplo, con relación a los derechos de las mujeres, puede decirse que, desde 1992, se les reconoce un papel fundamental respecto del abastecimiento de la gestión y la protección del agua, contemplado en la Conferencia de Dublín. Sin embargo, a pesar de este reconocimiento muchas mujeres pasan largas horas recolectando agua o sufriendo constantes enfermedades relacionadas con el agua; no obstante, disponen de menos capacidad para participar en la toma de decisión respecto a los recursos<sup>290</sup>.

A nivel mundial, diariamente millones de mujeres y niñas recogen agua para sus familias, situación que refuerza las desigualdades de género en los ámbitos del empleo y la educación. El tiempo dedicado por las mujeres a la recolección del agua no solo reduce el tiempo disponible para otras actividades como dedicar mayores horas de estudio o cuidar de los niños o el descanso o el trabajo productivo, sino que refuerza además la desigualdad en cuanto al tiempo libre disponible, además que ello resta poder a las mujeres y reduce sus ingresos<sup>291</sup>.

Por ejemplo, dentro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio, aprobado por las Naciones Unidas se establecieron las siguientes metas para los Estados:

- Hacer que la igualdad de género y el saneamiento estén en el núcleo de las estrategias nacionales de reducción de la pobreza.
- Promulgar leyes que exijan la representación de las mujeres en los comités y otros organismos relativos al agua.
- Reformar los derechos de propiedad y las normas de regulación del riego, así como otras asociaciones de usuarios del agua, a fin de asegurar la igualdad de derechos de las mujeres.
- Respalda campañas de saneamiento que otorguen a las mujeres un mayor poder de participación en las decisiones sobre inversión pública y los gastos domésticos.

De modo que, si bien el Estado, en principio, debería respetar la autonomía de organización de las comunidades, existiría un límite constitucional a este, el cual correspondería a que, el Estado puede establecer ciertos parámetros, de acuerdo al caso concreto, a fin que las mujeres puedan participar en la toma de decisiones respecto a la

---

<sup>290</sup> PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO. *Informe sobre Desarrollo Humano*, 2006, p. 3.

<sup>291</sup> Ídem, p. 48.

gestión del agua y con ello se promueva el respeto de los derechos, en mérito a un diálogo intercultural.

En ese sentido, el Estado, a través de las municipalidades, podría establecer acciones positivas o de discriminación inversa, constituyendo medidas que permitan compensar las desventajas históricas y sociales que impiden a las mujeres y a los hombres actuar en igualdad de condiciones y tener las mismas oportunidades, es decir, lograr una mayor igualdad social sustantiva<sup>292</sup>. Sobre el particular, la Corte IDH ha señalado que ciertas desigualdades de hecho “legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones contraríen la justicia, debido a que pueden ser un vehículo para realizarla o proteger a quienes aparezcan como jurídicamente débiles”<sup>293</sup>.

Por tanto, “la prohibición internacional de discriminación basada en el sexo busca promover la igualdad real de las mujeres. Acorde con este propósito, el Estado peruano ha asumido la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para aplicar el principio de la igualdad entre el hombre y la mujer o para remover los obstáculos que impiden el ejercicio pleno del derecho a la igualdad, de dar a las mujeres oportunidades, de entablar acciones y pedir protección frente a la discriminación y de adoptar medidas de acción positiva para acelerar la igualdad de hecho entre el hombre y la mujer”<sup>294</sup>, de conformidad con el artículo 2 de la CEDAW.

De acuerdo a la situación de marginación histórica en la que aún viven muchas comunidades nativas, el Estado debería dar prioridad al ejercicio del derecho fundamental al agua potable y, asimismo, garantizar la prestación de este servicio a favor de tales colectivos, a fin de lograr un nivel de vida adecuado y compensar la desventaja del pasado.

#### e) Participación en la toma de decisiones

Consideramos que este presupuesto resulta relevante, toda vez que guarda concordancia con el respeto del derecho a la identidad étnica y cultural, el cual, a su vez, se encuentra acorde con lo previsto en el Convenio 169 de la OIT. En ese sentido, aun cuando el Estado brinde *kits* “Mi agua” (tratamiento domiciliario de agua), pretenda instalar alguna planta temporal o permanente de agua potable o construya pozos subterráneos a favor de una comunidad nativa, conlleva a que en cualquiera de esos contextos sus miembros puedan participar en la toma de decisiones, desde la evaluación de la propuesta, la planificación y la ejecución, conforme a la consulta previa y según su lengua originaria. Para tal efecto, será necesario que el Estado cuente con traductores oficiales y también propicie mecanismos por medio de los cuales más mujeres, debidamente informadas, puedan participar en la gestión del recurso.

<sup>292</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el Expediente N° 05652-2007-AA/TC, fundamento 27.

<sup>293</sup> CORTE IDH. *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión consultiva OC-4/84*, del 19 de enero de 1984. Serie A, N° 4, párr. 56.

<sup>294</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el Exp. N° 00025-2009-AI/TC, fundamento 29.

## f) Acceso a la información

Para tomar adecuadas decisiones, las personas deben tener acceso a suficiente información sobre los costos a largo plazo respecto a las distintas tecnologías, así como la respectiva sostenibilidad del recurso hídrico.

De acuerdo a lo señalado anteriormente, si bien, por lo general, en una comunidad nativa, existe una mayor preponderancia porque las mujeres se encarguen sobre el uso y distribución del agua, consideramos que la capacitación que pueda brindar el Estado respecto a la utilización, las condiciones de higiene y de salubridad deben ser brindadas tanto a hombres y mujeres en la misma proporción.

Sobre la base de ello, será imprescindible que exista un manejo transparente, regulado, fiscalizado y de rendición de cuentas al que las comunidades nativas tengan acceso.

## 2.7. Exigibilidad derivada del acceso al agua como derecho fundamental

Como bien se sabe el reconocimiento de un derecho fundamental trae como contrapartida que se generen obligaciones tanto por parte del Estado como de los particulares, en virtud del artículo 38 de la Constitución, en el que se prevé que *“todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación”*.

### 2.7.1. Obligaciones del Estado

El “derecho a la acción positiva del Estado” comprende una diversidad de derechos que se prestan a clasificaciones diferentes. Así, una posibilidad es dividirlos en: (1) derechos de protección, (2) derechos de organización y procedimiento, y (3) derechos a prestaciones en sentido estricto.

Con relación a los derechos de protección, se suscitan los siguientes problemas, los cuales pueden ser en función de su (1) fundamentación, (2) contenido, y (3) estructura. El problema de la fundamentación radica en determinar si los derechos de protección deberían incluirse o no en la lista de derechos constitucionales, ya sea por aquellos que la redactan o enmiendan o ya sea por aquellas personas que la interpretan.

El problema del contenido se refiere, por una parte, al conflicto clásico entre seguridad y libertad y, por otra, al gasto financiero relacionado con los derechos de protección<sup>295</sup>, al igual que sucede con otros derechos a la acción positiva del estado, especialmente, los sociales.

<sup>295</sup> HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R. *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*. Traducción de Stella Mastrangelo. Buenos Aires: Siglo XXI editores, 2012.

En correspondencia con ello, los numerales 1 y 7 del artículo 4 del Convenio 169 de la OIT establece que los Estados están obligados a adoptar medidas de carácter positivo prestacional que deben estar orientadas a preservar la identidad y la integridad étnica y cultural de los pueblos amazónicos, siendo esto un deber fundamental del Estado.

Así, por ejemplo, en la Constitución alemana, se aprecian referencias al Estado prestacional y al principio de prestaciones estatales, que en la doctrina se denominan “principios del Estado social y de prestaciones”, lo cual ha servido para legitimar constitucionalmente el Estado prestacional en cuanto tal, pero también ha contribuido para presentarse ante los ciudadanos como una Constitución viva y vital, propia del Estado de Derecho. En buena cuenta, el derecho de prestaciones es lo que realmente determina el Estado social de derecho, toda vez que los derechos fundamentales quedarían sin efecto si se les desposeyera del plano o de la dimensión social<sup>296</sup>.

En ese sentido, los derechos valen para fundamentar la obligación política, es decir, sirven para establecer bajo qué condiciones la ciudadanía de una comunidad política está obligada a obedecer las normas que esa misma comunidad se ha dado; sin embargo, los derechos no solo cumplen esa función de fundamentación de la obligación política de los ciudadanos, sino que también sirven para fundamentar los límites de dicha obligación política, es decir, sirven para determinar qué es lo que el poder político puede (debe) y no puede (no debe) ordenar legítimamente<sup>297</sup>.

#### **a) Obligaciones del Estado frente al ejercicio del derecho al medio ambiente**

Con relación a los pueblos originarios en situación de aislamiento voluntario y en situación de contacto inicial, el Estado estaría obligado a garantizar a que el acceso al agua a favor de los pueblos amazónicos sea apta para el uso personal y doméstico e, inclusive, también para la agricultura que sirve para la propia subsistencia de la comunidad. Una decisión de esta naturaleza, coadyuvaría a prevenir enfermedades de estos colectivos tan vulnerables, más aún si el río aledaño a los pueblos amazónicos resulta ser la única fuente hídrica.

Si bien este presupuesto resulta ciertamente complicado en la medida que son pueblos aislados, y el Estado poco conoce sobre la real dimensión y magnitud de las fuentes hídricas a las cuales tienen acceso los pueblos originarios, sería conveniente que la Autoridad Nacional del Agua realice mayores coordinaciones con las autoridades del Gobierno Regional de Loreto, los Gobiernos Locales y las comunidades nativas, a fin que pueda proponerse la creación de consejos de cuenca, en la medida que las cabeceras de cuenca son áreas naturales altamente sensibles y, en consecuencia, amerita su protección no solo para garantizar la existencia de estos colectivos, sino también para las generaciones futuras.

<sup>296</sup> HABERLE, Peter. *Pluralismo y constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Traducido por Emilio Mikunda-Franco. Madrid: Tecnos, 2008, p. 164.

<sup>297</sup> AGUILÓ, Josep. “Tener una Constitución”, “Darse una constitución” y “Vivir en Constitución”, *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 28 (abril 2008), México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, p. 73.

Con relación a las cuencas, consideramos que debe cumplirse con los siguientes presupuestos: la conservación, preservación y uso sostenible del agua, garantizar el derecho a la participación ciudadana, que incluya el monitoreo de la sostenibilidad y funcionalidad del agua y las cuencas amazónicas, asimismo, se brinde apoyo en el proceso de toma de decisiones, vigilancia y participación pública, en suma, que exista un deber de planificación sobre el uso de las cuencas, así como planes de ordenamiento territorial.

Ello guarda correspondencia con el principio precautorio o también llamado de “precaución” o “de cautela”, el cual se encuentra relacionado con el principio de prevención, es decir, adoptar medidas de protección antes que se produzca realmente el deterioro al medio ambiente. Aquel opera más bien ante la amenaza de un daño a la salud o medio ambiente y la falta de certeza científica sobre sus causas y efectos. Es justamente en esos casos en que el principio de precaución puede justificar una acción para prevenir el daño, tomando medidas antes de tener pruebas de este. Si bien el elemento esencial del principio de precaución implica la falta de certeza científica para aplicarlo, aun cuando no sea imprescindible demostrar plenamente la gravedad y realidad del riesgo, sí resulta exigible que haya indicios razonables y suficientes de su existencia y que la entidad competente justifique la necesidad de adoptar medidas urgentes, proporcionales y razonables<sup>298</sup>.

En ese sentido, la obligación de protección respecto al acceso al agua a favor de los pueblos amazónicos sugiere que los Estados eviten la contaminación de las fuentes de agua por parte de agentes externos<sup>299</sup>.

Asimismo, sería conveniente que el Estado pueda evaluar la posibilidad de realizar mayores investigaciones sobre los pueblos originarios en situación de aislamiento voluntario y en contacto inicial, a fin de crear reservas indígenas en el departamento de Loreto, puesto que con ello se garantizaría la preservación del ecosistema donde viven.

De igual modo, correspondería que el Estado no solo preserve las cuencas hidrográficas que se encuentran en el departamento de Loreto para proteger a los pueblos originarios, sino también respecto a las comunidades nativas, por cuanto aún realizan actividades agrícolas y de pesca ancestrales para su propia subsistencia y, en ocasiones, para comercializar el producto de su trabajo a los ciudadanos y con ello garantizar su propia existencia.

---

<sup>298</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el Expediente N° 09340-2006-AA/TC, fundamento 4.  
<sup>299</sup> Sobre el particular, cabe señalar que cuando ocurre un daño al medio ambiente, como podría ser la contaminación de un río, en la vía administrativa, el OEFA podrá declarar la existencia de infracción y, en ese caso, ordenaría la realización de medidas correctivas destinadas a revertir la conducta infractora y suspenderá el procedimiento el procedimiento sancionador excepcional en virtud del artículo 19 de la Ley N° 30230, Ley que establece medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país, las cuales serán aplicadas por un periodo de tres años, las cuales han sido desarrolladas en los Lineamientos para la aplicación de las medidas correctivas previstas en el literal d) del numeral 22.2 del artículo 22 de la Ley N° 29235, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, aprobado mediante Resolución del Consejo Directivo N° 010-2013-OEFA/CD.

Así, el Estado debería adoptar y aplicar una estrategia y un plan de acción nacional sobre el acceso al agua a favor de las comunidades nativas, los cuales deberían ser elaborados y revisados periódicamente sobre la base de un proceso participativo y transparente de sus miembros, en mérito al reconocimiento del derecho a la consulta previa consagrado en el Convenio 169 de la OIT, los pronunciamientos de la Corte IDH y el marco normativo nacional.

Para tal efecto, se deberán prever métodos, como el establecimiento de indicadores y niveles de referencia que permitan seguir de cerca los progresos realizados; el proceso mediante el cual se conciben la estrategia y el plan de acción, así como el contenido de ambos, de acuerdo a la lengua originaria de dichos pueblos, lo cual se encuentra interrelacionado con el respeto a las lenguas originarias, a fin que los miembros de la comunidad puedan comprender de un mejor modo la situación que les puede proponer el Estado, en un clima de diálogo intercultural<sup>300</sup>.

#### **b) Obligaciones del Estado frente al ejercicio del derecho a la salud**

La existencia de obligaciones estatales implica que deben garantizarse los niveles esenciales de los derechos, las obligaciones de progresividad y con ello proscribir todo tipo de regresividad.

Sobre la obligación de progresividad, los Estados asumen la tarea de llevar los derechos sociales a una efectividad de modo progresivo; sin embargo, existen obligaciones que sí deben cumplirse de manera inmediata, a partir que un derecho es reconocido a través de una reforma constitucional o, por medio, de la jurisprudencia constitucional como lo ha hecho el Tribunal Constitucional, aun cuando lo haya desarrollado sobre un contexto urbano como el caso del agua potable.

De ahí que el ejercicio del derecho de acceso al agua potable sea sin discriminación y se adopten determinadas medidas, todas ellas orientadas a lograr su materialización en un plazo razonablemente breve. Así, entre estas medidas, se encontraría la adecuación de la legislación nacional respecto a las obligaciones asumidas tanto en los instrumentos internacionales de derechos humanos, a fin que se garantice la transparencia de la información y, en consecuencia, exista una vigilancia efectiva.

Asimismo, sobre la base de lo contemplado por el Tribunal Constitucional, el Estado debería formular un plan para alcanzar progresivamente la efectividad del derecho de acceso al agua potable, y con ello pueda destinarse un mayor porcentaje de recursos<sup>301</sup> para garantizar la satisfacción de los niveles esenciales del derecho de acceso al agua potable a favor de las comunidades nativas, lo que implicaría que se lleven a cabo

<sup>300</sup> “Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos”, Observación General Nº 15: El derecho al agua. Citado por: SUÁRES, Federico. “El referendo constitucional para que el acceso al agua sea un derecho fundamental”. En: *Revista Derecho del Estado*, Nº 24, julio de 2010. Universidad Externado de Colombia, Colombia, p. 248.

<sup>301</sup> ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2009, p. 81 y 89.

acciones positivas por cuanto en muchos casos el Estado no ha logrado alcanzar los mínimos exigibles<sup>302</sup>.

Este mínimo exigible podría reflejarse en los casos en que el Ministerio de Salud conjuntamente con la Dirección Regional de Salud de Loreto si bien en algunos casos han entregado implementos para que las comunidades nativas puedan realizar filtros domiciliarios de agua, algunos elementos tienen una corta duración, la cual fluctúa entre 20 a 30 días, razón por la cual implica que el Estado pueda realizar una mayor supervisión sobre las condiciones que se realiza este procedimiento, a efectos que las autoridades puedan atender ello, a fin que no solo dure un mes o un par de meses más, sino que esta provisión u otra similar sea constante y quede asegurado el ejercicio de este derecho fundamental.

Consideramos que la provisión de *kits* de agua, por ejemplo, debería ser temporal, mientras se realizan las planificaciones para la construcción de plantas temporales de tratamiento de agua o pozos subterráneos, hasta que continúen, incluso, los planes de construcción de infraestructuras que impliquen la provisión del servicio de agua de manera permanente.

Al respecto, cabe precisar que no bastará que el Estado informe que viene realizando planes para ello, sino que será necesario que se tengan en cuenta determinados presupuestos mínimos sobre la viabilidad de un plan de acción, toda vez que el derecho de acceso al agua potable implica que toda persona pueda disponer de suficientes cantidades de agua potable que sean asequibles, accesibles, aceptables desde el punto de vista cultural, y que dichos servicios se presten en un plazo aceptable. Para tal efecto, será necesario que se adopten leyes, políticas y programas adecuados y se asegure que se cuenta con recursos y sistemas de control adecuados<sup>303</sup>.

De igual modo, será necesario que el Estado consulte previamente a las comunidades nativas cada vez que pretenda adoptar medidas legislativas o administrativas que los afecten, como resulta ser lo referente a la provisión de plantas temporales o permanentes o pozos subterráneos para el acceso de agua potable, toda vez que con ello también se garantiza su derecho a la identidad étnica y cultural, la cual se ve reflejada en el derecho reconocido por el Convenio 169 de la OIT, que se refiere a la libre determinación de los pueblos originarios.

Las comunidades nativas como grupos especialmente diferenciados deben ser incluidos en la toma de decisiones sobre las prioridades que influyen en sus procesos de desarrollo, de acuerdo con lo señalado por el Convenio 169 de la OIT, la Constitución Política y la Ley de Consulta Previa<sup>304</sup>.

<sup>302</sup> VIDAL SALAZAR, Michael. "Los derechos laborales como derechos fundamentales frente a la globalización y la flexibilización laboral". Pensamiento Constitucional Año XII, N° 12, Lima, 2007, p. 474

<sup>303</sup> [http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Water/BookonGoodPractices\\_sp.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Water/BookonGoodPractices_sp.pdf), p. 32-33.

<sup>304</sup> Corte Constitucional Colombia. Sentencia recaída en el Expediente T-1080-12.

En ese sentido, una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida, es la de generar las condiciones de vida mínima, compatibles con la dignidad de la persona humana y no producir condiciones que la dificulten o impidan. En este sentido, el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas, orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, especialmente, cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria<sup>305</sup>.

Todo ello guarda correspondencia con las obligaciones contempladas en el artículo 4 de la Convención, referente a que el Estado debe adoptar todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida de todos quienes se encuentren en su territorio<sup>306</sup>.

En suma, al conocer el Estado la situación de riesgo en la que viven las comunidades nativas de Loreto, tiene el deber de prevención<sup>307</sup>, más aún si se tiene presente que el artículo 26 de la Convención Americana establece que no todo es empezar a andar en forma progresiva, sino que hay medidas positivas que no pueden hacerse esperar.

El acceso al agua a favor de los pueblos amazónicos como derecho fundamental prestacional, tiene como correlato una obligación de respeto que significa que los Estados no deben impedir que las personas que ya disfrutaban de los derechos sigan haciéndolo<sup>308</sup>.

En síntesis, el Estado respecto al derecho de acceso al agua potable, el cual tiene una naturaleza prestacional debe efectuar las siguientes obligaciones.

- **Obligación de respetar:** impone al Estado que se abstengan de obstaculizar directa o indirectamente el goce del derecho al agua. Como por ejemplo, evitar la contaminación de los recursos hídricos, abstenerse de reducir el suministro de agua potable a los asentamientos precarios para atender la demanda de las zonas con mayor poder adquisitivo.
- **Obligación de proteger:** exige a los Estados impedir toda injerencia de terceros en el disfrute del derecho al agua. En ese sentido, se deben adoptar legislaciones u otras medidas que permitan asegurar que los agentes privados respeten las normas de derechos humanos relacionadas con el derecho al agua.
- **Obligación de cumplir:** exige a los Estados que adopten medidas de índole legislativa, administrativa, presupuestaria, judicial, de promoción y de otra índole que resulten adecuadas para el pleno ejercicio del derecho al agua.

<sup>305</sup> Corte IDH. *Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. 2005. Párrafo 162.

<sup>306</sup> Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. 2006. Párrafo 152.

<sup>307</sup> CORTE IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*.

<sup>308</sup> DE ALBURQUERQUE, Catarina y ROAF, Virginia. *Derechos hacia el final. Buenas prácticas en la realización de los derechos al agua y al saneamiento*. ONGAWA y Human Rights to Water & Sanitation. Lisboa, 2012. Para mayor detalle, véase el siguiente enlace: [http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Water/BookonGoodPractices\\_sp.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Water/BookonGoodPractices_sp.pdf). Visto el 29 de noviembre de 2015.

Debe adoptarse una política nacional sobre los recursos hídricos que dé prioridad en la gestión del agua a los usos personales y domésticos esenciales, centrándose en los grupos desfavorecidos como las comunidades nativas.

En consecuencia, el Estado debe:

- **Garantizar el acceso a la cantidad esencial mínima de agua** para uso personal y doméstico e incluso para la agricultura de subsistencia que realizan los pueblos amazónicos.
- **Asegurar el derecho al agua y las instalaciones y servicios de agua sobre una base no discriminatoria**, a favor de las comunidades nativas.
- Proveer a las víctimas de violaciones del derecho al agua de recursos judiciales y administrativos que garanticen la correcta defensa del derecho.
- Adoptar una adecuada legislación y regulaciones en torno al agua a favor de las comunidades nativas.
- Adoptar políticas, estrategias y planes de acción.
- Recaudar, asignar y usar el máximo de los recursos de los cuales disponga el Estado.
- Tener en consideración que este derecho cobra vital importancia cuando los usuarios del recurso son menores de edad.

Finalmente, conforme lo señaló la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia T-143/2010, debe tenerse en consideración que “una ciudadanía que no tiene acceso a cantidades básicas de agua potable no puede ejercer libremente actos tan elementales de la democracia como resulta ser el deliberar, decidir, criticar y elegir a sus gobernantes, así como a sus políticas”.

### 2.7.2. Obligaciones de los particulares

Con relación a este punto, se recuerda que los derechos fundamentales no solo tienen una eficacia vertical, lo cual no solo implica que el respeto y la protección solo proviene del Estado frente al individuo, sino que también existe una eficacia horizontal o también denominada *Drittwirkung der Grundrechte* en alemán (efecto frente a terceros de los derechos fundamentales).

Esta afirmación tuvo como punto de partida el desarrollo jurisprudencial por parte del Tribunal Constitucional Federal alemán, a raíz del caso *Luth*, el cual data de 1958, y cuyo Colegiado estableció que los derechos fundamentales no solo tenían una eficacia frente al Estado, sino que también estos eran plenamente eficaces frente a terceros o cuando existiera una relación jurídica entre particulares.

Ello sin duda marcó un hito en el Derecho Constitucional clásico, el cual concebía que la eficacia de los derechos fundamentales solo podía tutelarse frente a la amenaza, vulneración u omisión de algún poder público y que, si surgía algún conflicto entre los particulares o en una relación jurídica privada, este solo debía dilucidarse a través de la

justicia ordinaria, en virtud de la autonomía de la voluntad que prevalecía, a la seguridad jurídica y en la supuesta igualdad que existía entre las partes; motivo por el cual, el Estado no debía intervenir directamente en dichos conflictos a la luz de lo que se encontraba regulado en la Constitución, sino que la dilucidación se circunscribía al ámbito legal.

Si bien ello fue cambiando paulatinamente, al inicio hubo ciertas reticencias por parte de algunos doctrinarios<sup>309</sup>, argumentando que la relación que podía existir entre los particulares se daba en pie de igualdad; sin embargo, conforme lo sostuviera Pedro de Vega<sup>310</sup>, dicha igualdad era meramente abstracta dado que tras haberse desarrollado económicamente las sociedades, ya no era el Estado—como lo era otrora— aquella persona jurídica que ostentaba el mayor poder, sino que ahora lo eran grupos económicos dotados de amplio poder y que ante dicha circunstancia había que comprender que, definitivamente, los derechos fundamentales también servían como límite ante dichas situaciones, a la luz de lo previsto en la Constitución.

Esta postura, también denominada como la tesis de la irradiación, considera que las normas iusfundamentales constituyen un orden valorativo objetivo y, por eso, valen para todos los ámbitos del Derecho. Ello no significa que todo el Derecho existente se circunscriba al Derecho Constitucional, sino, por el contrario, permite que cada ámbito del Derecho permanezca como tal y conserve sus características propias, sin dejar de tener en cuenta que los derechos fundamentales actúan como un principio de interpretación de sus preceptos, a modo de influencia sobre ellos, quedando conformes a los parámetros constitucionales<sup>311</sup>.

Con relación a la tesis de irradiación, Alexy sostiene que existen tres posturas que podrían brindar una explicación. A una la denominará mediata, en la medida que las normas iusfundamentales se cumplirán a través de las normas legales en los fueros privados; mientras que otra postura será la eficacia inmediata, la cual implica un efecto directamente normativo y que podrá modificar las normas de Derecho Privado existentes,

<sup>309</sup> Entre aquellos opositores, encontramos a Forsthoft quien sostenía que “la *Drittwirkung* producía la disolución de la Constitución, al pasar de la ley al mero orden de valores; asimismo, consideró que la introducción de cláusulas generales y el abandono de las reglas clásicas de interpretación conducen a resultados devastadores: la aplicación del principio de igualdad en las relaciones sociales significa, desde el punto de vista de la política constitucional, la transformación de los derechos fundamentales en vinculaciones a deberes determinados sociales en su esencia con eliminación sustancial de su contenido liberal”. En: GARCÍA TORRES, Jesús y JIMÉNEZ BLANCO, Antonio. *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1986, p. 33 y 34. En correspondencia con dicha posición, se encuentra Hesse, quien sostenía que la superposición del Derecho Constitucional sobre el Derecho Privado amenazaba con producir la pérdida de la identidad y autonomía de este último, las que dependerán de su adecuación a la propia materia objeto de su regulación y a la evolución que ella experimente, objetivo que no se logra con la simple apelación de los derechos fundamentales. En: CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo. “La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares”. *Comisión Andina de Juristas. Derechos fundamentales e interpretación. Lecturas sobre temas constitucionales*. N° 13, Lima: Ciedla y Konrad Adenauer Stiftung, 1997, p. 67.

<sup>310</sup> El referido autor afirma que “el individuo se encuentra en una posición de indefensión en una sociedad que se encuentra dominada, controlada y dirigida por poderes públicos y, en igual situación frente a los privados o, como él las denomina, grandes corporaciones”. DE VEGA GARCÍA, Pedro. “La eficacia horizontal del recurso de amparo: problema de la *Drittwirkung der Grundrechte*”. En: *Derecho PUCP*. N° 46, Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 1992, p. 362.

<sup>311</sup> JULIO ESTRADA, Alexei. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 73.

sin que exista de por medio cláusulas generales; y, finalmente, una tercera postura que considera que el Estado, al facilitar e imponer un sistema de Derecho Privado, participa en las posibles afectaciones de los bienes iusfundamentales de un ciudadano, pudiendo ser imputadas al Estado aunque haya sido provocada por un privado. Por ello, Alexy argumenta que el efecto iusfundamental en la relación ciudadano-ciudadano será, en última instancia, una cuestión de ponderación<sup>312</sup>.

Sin perjuicio de los criterios dogmáticos expuestos, conforme se mencionó anteriormente, el artículo 38 de nuestra Constitución, prevé que *“todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la nación”*.

Del referido dispositivo constitucional se puede colegir que, cualquier acto que provenga de un particular y que conculque derechos fundamentales deviene inexorablemente en inconstitucional. En esa línea, “la razón de ser de los derechos fundamentales es el de fijar ciertos límites al poder, de tal manera que el individuo tenga opción de reaccionar frente a los abusos que inciden en su esfera de libertad”<sup>313</sup>.

En tal sentido, los particulares que, por lo general, son empresas que realizan diversas actividades económicas en la región de Loreto, tales como exploración, explotación de hidrocarburos, minería, tala, también deben respetar el uso del agua como fuente natural, es decir, tomar medidas de prevención, a fin de evitar la contaminación o agravar aún más la condición en la que se encuentran los ríos y no generar un riesgo innecesario en los pueblos amazónicos aledaños a los ríos.

De igual modo, bajo dicho contexto, en caso se ocasione una contaminación de alguna fuente hídrica, los particulares están en la obligación de revertir la situación al estado anterior de la ocurrencia, conforme se mencionó previamente.

## **2.8. Tutela del acceso al agua de los pueblos amazónicos en la vía judicial**

Los derechos fundamentales se encuentran interrelacionados con un conjunto de derechos de particular importancia, esenciales para el desarrollo del ser humano como tal y en colectividad. El reconocimiento de esta importancia implica que en caso estos derechos se vean afectados, dicha situación pueda ser revertida mediante el uso de mecanismos adecuados que permitan que el derecho quede garantizado y libre de similares amenazas a futuro.

Para tal efecto, existen diversos instrumentos orientados a la protección de los derechos fundamentales, que conlleva distintos efectos y a cargo de diversas instancias. Sin embargo, entre todos los mecanismos de defensa, los que implican una protección judicial de estos derechos adquieren especial importancia y singularidad.

<sup>312</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 504.  
<sup>313</sup> GARCÍA CHÁVARRY, Abraham. “Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Algunos apuntes teóricos”. En: *Gaceta Constitucional*. Tomo 10, Lima: Gaceta Jurídica, octubre, 2008, p. 75.

Mientras que la protección de los derechos a cargo de instituciones como el Ministerio Público o la Defensoría del Pueblo presentan las limitaciones propias de las funciones que corresponden a estos órganos, la protección a cargo de instancias jurisdiccionales se presenta como la más completa, a fin de tutelar de forma adecuada y eficaz los derechos fundamentales que puedan estar siendo amenazados o vulnerados, lo cual obedece principalmente a dos factores.

En primer lugar, al hecho que las decisiones jurisdiccionales por las cuales se adopta una decisión relacionada con los derechos y obligaciones de las personas adquiere la calidad de cosa juzgada; y, en segundo lugar, que tales decisiones son de cumplimiento obligatorio.

La decisión emitida por los órganos jurisdiccionales ofrece garantía para lograr la tutela efectiva de los derechos fundamentales, toda vez que dicha protección debe estar revestida de determinadas garantías. En ese sentido, junto con el reconocimiento de los derechos inherentes para el desarrollo humano, se hace imprescindible reconocer el derecho a su tutela en sede judicial<sup>314</sup>.

Con relación a las garantías, se conoce que el amparo constitucional es una institución procesal producto del tránsito del Estado de Derecho basado en la ley hacia un Estado de Derecho basado en la Constitución. Los derechos fundamentales consagrados en la Constitución requieren defensa y protección a través de procesos constitucionales, a efectos de ser tutelados por tribunales constitucionales en última instancia, siempre que se cumplan los requisitos correspondientes<sup>315</sup>.

Respecto a los derechos sociales, una interpretación del Código Procesal Constitucional es que debe ser el juez quien determine los alcances de su tutela y su exigibilidad<sup>316</sup>. En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha considerado que “la exigencia judicial de un derecho social dependerá de factores tales como la gravedad y la razonabilidad del caso, su vinculación o afectación de otros derechos y la disponibilidad presupuestal del Estado, siempre y cuando se compruebe que puede efectuar acciones concretas para la ejecución de políticas sociales”<sup>317</sup>.

Sobre la base de lo previamente señalado, incluso el Tribunal Constitucional podría declarar un estado de cosas inconstitucionales respecto a la situación en la que se encuentran los pueblos amazónicos de Loreto, a fin que pueda “expandirse los alcances de la sentencia en un proceso de tutela de derechos fundamentales con efectos *prima facie*, inter partes, evitando que otros ciudadanos afectados por los mismos comportamientos violatorios tengan que interponer sucesivas demandas con el fin de lograr lo mismo (...) la declaración de una situación determinada como contraria a los

<sup>314</sup> HUERTA GUERRERO, Luis Alberto. "El derecho a la protección judicial de los derechos fundamentales". En: *Pensamiento Constitucional*, Año XV, N° 15, p. 212.

<sup>315</sup> LEIBHOLZ, Gerard. *Problemas fundamentales de la democracia moderna*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1971, p. 145-174. DE VEGA, Pedro. *Estudios político constitucionales*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1987, p. 283-309.

<sup>316</sup> ALVITES ALVITES, Elena. "La protección jurisdiccional de los derechos sociales fundamentales. Estrategias nuevas para un viejo problema", *Diálogo con la Jurisprudencia*, Lima: Gaceta Jurídica, N° 84, setiembre, 2005, p. 54.

<sup>317</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el Expediente N° 2016-2004-AA/TC, fundamento 36.

valores constitucionales genera una serie de responsabilidades de parte de los órganos, instituciones o personas concretas involucrados en los actos vulneratorios, permitiendo, de este modo, allanar el camino en la búsqueda y satisfacción de los derechos comprometidos (...) se efectúe un requerimiento específico o genérico a un (o unos) órgano(s) público(s) a fin de que, dentro de un plazo razonable, realicen o dejen de realizar una acción u omisión, *per se*, violatoria de derechos fundamentales, que repercuta en la esfera subjetiva de personas ajenas al proceso constitucional en el cual se origina la declaración”<sup>318</sup>.

### 2.8.1. El acceso al agua de los pueblos amazónicos en el proceso de amparo

El Código Procesal Constitucional comprende a todos los derechos difusos con rango constitucional, con ello se desvirtúa el hecho que no solo se considera como tal al medio ambiente como derecho difuso. Sobre el particular, consideramos conveniente precisar que no se hace referencia a un “amparo colectivo”, sino más bien a un amparo que tutela derechos difusos. Al respecto, para Samuel Abad, ello no impide que jurisprudencialmente pueda desarrollarse este tipo de amparo e inclusive ampliarse la tutela a casos en los que se afecten derechos colectivos e individuales homogéneos<sup>319</sup>.

De otro lado, el Tribunal Constitucional peruano ha interpretado que puede interponerse un proceso de amparo contra normas siempre que sean autoaplicativas, es decir que su aplicación será inmediata e incondicionada una vez que haya entrado en vigencia y con ello se vulnere alguno de los derechos fundamentales protegidos por este proceso constitucional<sup>320</sup>.

Con relación a los efectos de una sentencia de amparo, por lo general, lo resuelto con la sentencia vincula únicamente a las partes que participan en él<sup>321</sup>; sin embargo, han existido supuestos en los que el Tribunal Constitucional ha exhortado al Poder Ejecutivo el cumplimiento de un dispositivo legal. Así, por ejemplo, puede apreciarse la sentencia recaída en el Expediente N° 2945-2003-AA/TC del 20 de abril de 2004, caso Meza García, en el que la demandante solicitaba atención médica integral en su condición de paciente con VIH/SIDA, lo que incluía la provisión constante de medicamentos necesarios para el tratamiento de dicha enfermedad, así como la realización de exámenes periódicos.

En el referido caso, se declaró fundada la demanda de amparo y, además, se exhortó al Poder Ejecutivo a cumplir con lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley N° 26626, debiendo considerarse como inversión prioritaria el presupuesto para la ejecución del Plan de Lucha contra el SIDA, asimismo, ordenó que la dirección del hospital tratante de la demandante de cuenta a dicho colegiado que, cada seis meses, informe como viene realizándose el tratamiento de la recurrente.

<sup>318</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el Expediente N° 03149-2004-AC/TC, fundamento 12. Para mayor detalle, a nivel jurisprudencial, pueden revisarse las siguientes sentencias: Expediente N° 00017-2008-AV/TC, f. 4; Expedientes N° 0014-2014-PI/TC, 0016-2014-PI/TC, 0019-2014-PI/TC y 0007-2015-PI/TC, f. 14.

<sup>319</sup> ABADYUPANQUI, Samuel. *El proceso constitucional de amparo*. Lima: Gaceta Jurídica, 2008, p. 171.

<sup>320</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el Expediente N° 4677-2004-AA/TC, fundamento 3.

<sup>321</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el Expediente N° 2579-2003-HD/TC, fundamento 18.

En atención a nuestro objeto de estudio, ante una eventual demanda de amparo por parte de alguna de las comunidades nativas de Loreto y cuya pretensión esté relacionada con la falta de acceso al agua como fuente natural o potable, el Tribunal Constitucional tendrá que analizar el caso concreto y en el que quizás pueda señalar parámetros que el Congreso, el Poder Ejecutivo, los Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales puedan desempeñar conforme a sus competencias para garantizar el ejercicio del derecho al medio ambiente de los pueblos amazónicos o el derecho a la salud de las comunidades nativas.

El proceso de amparo<sup>322</sup>, al igual que otros procesos de libertad constituyen mecanismos de protección de derechos constitucionales frente a vulneraciones concretas o amenazas ciertas e inminentes, cuyo propósito es el de reponer las cosas al estado anterior a la amenaza o vulneración del derecho invocado, de conformidad con los artículos 1 y 2 del Código Procesal Constitucional. De ahí que no resulte extraño que el Código haya establecido como causal de improcedencia que no proceden los procesos constitucionales cuando a la presentación de la demanda haya cesado la amenaza o violación de un derecho constitucional o se ha convertido en irreparable, de acuerdo al numeral 5 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional<sup>323</sup>.

Asimismo, cabe acotar que el artículo 9 del Código Procesal Constitucional establece que *“en los procesos constitucionales no existe etapa probatoria. Solo son procedentes los medios probatorios que no requieren actuación, lo que no impide la realización de las actuaciones probatorias que el juez considere indispensables, sin afectar la duración del proceso. En este último caso no se requerirá notificación previa”*.

Con relación a este dispositivo, el Tribunal Constitucional, en caso se interponga una demanda de amparo a favor de una comunidad nativa o de un pueblo originario o, inclusive la propia comunidad nativa alegue la vulneración del acceso al agua, conforme a las pautas señaladas en el presente trabajo, el referido colegiado podría evaluar la posibilidad de realizar actuaciones que impliquen constatar *in situ* la problemática, aun cuando esté prevista que en los procesos constitucionales no existe etapa probatoria, lo cual resulta ser la regla general; sin embargo, consideramos que no debería convertirse en una regla absoluta que no admite excepciones.

En caso se alegue la contaminación de un río que constituye la única fuente de agua a la cual tienen acceso los pueblos amazónicos no sería necesario que la población afectada

322

#### **Código Procesal Constitucional**

##### **“Artículo 1.- Finalidad de los procesos**

*Los procesos a los que se refiere el presente título tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo.*

*Si luego de presentada la demanda cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor, o si ella deviene en irreparable, el Juez, atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda, y que si procediere de modo contrario se le aplicarán las medidas coercitivas previstas en el artículo 22 del presente Código, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda”.*

323

SALOMÉ RESURRECCIÓN, Liliana. *La dimensión objetiva de los procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales. Tesis para optar por el título de licenciada en derecho*. Lima: PUCP, 2010, p. 81.

presente su demanda de amparo, sino que, en la medida que este supuesto hipotético calzaría como un interés difuso cualquier persona podría interponer una demanda a efectos que pueda restablecerse el ejercicio del derecho fundamental al medio ambiente.

Si bien este hecho podría ser materia de denuncia a nivel administrativo consideramos que, en la medida que de por medio se encuentra el ejercicio del derecho fundamental a un medio ambiente adecuado y equilibrado podría ser materia análisis por un juez constitucional.

Por otro lado, consideramos que también podría alegarse la falta de acceso al agua potable a favor de las comunidades de Loreto, en cuyo caso sí será necesario que quienes se vean afectados interpongan una demanda de amparo, toda vez que, de por medio se encuentra el derecho de acceso al agua potable, el cual como se señaló previamente, forma parte del contenido implícito del derecho fundamental a la salud.

Así, por ejemplo, en el caso que se alegue la vulneración del ejercicio del derecho al medio ambiente, consideramos que no cabe aplicar el plazo contemplado en el primer párrafo del artículo 44 del Código Procesal Constitucional, sino el inciso 3 del referido dispositivo, el cual prevé que “si los actos que constituyen la afectación son continuados, el plazo se computa desde la fecha en que haya cesado totalmente su ejecución”.

Asimismo, con relación a la falta de acceso a agua potable por parte de diversas comunidades nativas, podría invocarse el inciso 5 del artículo 44 del Código Procesal Constitucional, por cuanto, este dispositivo contempla que “si el agravio consiste en una omisión, el plazo no transcurrirá mientras ella subsista”.

En caso ocurra un derrame de petróleo que afecte un río que resulte ser fuente de abastecimiento para una comunidad nativa<sup>324</sup>, consideramos que no procedería un proceso de cumplimiento, a pesar que pretenda invocarse el anexo 4 del Reglamento de Transporte de Hidrocarburos por Ductos, aprobado mediante Decreto Supremo N° 081-2007-EM, el cual prevé el procedimiento para el control de emergencia por una fuga de hidrocarburos, en cuyo caso establece que es responsabilidad de la Dirección General de Salud Ambiental–Digesa la determinación de la potabilidad del agua que usan los habitantes de la zona afectada por la emergencia.

El motivo por el cual consideramos que no resultaría viable un proceso de cumplimiento se debe a que, conforme se recuerda, el inciso 1 del artículo 66 del Código Procesal Constitucional establece que “es objeto del proceso de cumplimiento ordenar que el funcionario o autoridad pública renuente de cumplimiento a una norma legal o ejecute un

---

324

Situación que podría ocasionar la liberación de contaminantes en el medio ambiente, alteraciones en las relaciones comunitarias, la calidad de vida, migraciones, desplazamiento de comunidades, cambios en patrones tradicionales de economía, conforme queda evidenciado en el documento: COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*. OEA/Ser. L/V/IL. Doc. 47/15, 31 de diciembre de 2015, párrafo 18. Para mayo detalle, véase el siguiente enlace: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/IndustriasExtractivas2016.pdf>. Visto el 30 de abril de 2016.

acto administrativo firme”, de conformidad con el inciso 6 del artículo 200 de la Constitución<sup>325</sup>.

Al respecto, resulta importante señalar que el Código Procesal Constitucional prevé que el proceso de cumplimiento procede para exigir el cumplimiento de una norma legal y la ejecución de un acto administrativo, siempre que, se cumplan con los siguientes requisitos mínimos comunes, de conformidad con el precedente vinculante emitido por el Tribunal Constitucional, plasmado en la sentencia recaída en el Expediente N° 00168-2005-AC/TC, fundamento jurídico 14:

- a) Ser un mandato vigente.
- b) Ser un mandato cierto y claro, es decir, debe inferirse indudablemente de la norma legal o del acto administrativo.
- c) Ser de ineludible y obligatorio cumplimiento.
- d) Ser incondicional.

Sin embargo, en caso el demandante presente una demanda de cumplimiento por no haberse cumplido lo previsto en el Decreto Supremo N° 081-2007-EM, aun cuando no sea una norma con rango de ley, consideramos que en este supuesto, el juez tendría que encausar el proceso de cumplimiento con el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el cual establece que “el juez y el Tribunal Constitucional deben adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este Código al logro de los fines de los procesos constitucionales”, es decir, que garantice la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales y con ello se constituya un mecanismo procesal adecuado para que pueda dilucidarse plenamente la controversia que pueda plantearse.

Adicionalmente, en el proceso de amparo, el juez podría tener en consideración que respecto a los derechos fundamentales devienen obligaciones de progresividad, mas no de regresividad. Al respecto, podría tener en cuenta algunas consideraciones adoptadas por la Corte IDH, refiriéndose a la doctrina del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, la cual señala lo siguiente:

*“cuando estudie una comunicación en que se afirme que un Estado Parte no ha adoptado medidas hasta el máximo de los recursos de que disponga, (...) examinará las medidas, legislativas o de otra índole, que el Estado Parte haya adoptado efectivamente. Para determinar si esas medidas son “adecuadas” o “razonables”, el Comité podrá tener en cuenta, entre otras, las consideraciones siguientes: a) hasta qué punto las medidas adoptadas fueron deliberadas, concretas y orientadas al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, b) si el Estado Parte ejerció sus facultades discrecionales de manera no discriminatoria y no arbitraria, c) si la decisión del Estado*

325

**Constitución Política del Perú****“Artículo 200.-** Son garantías constitucionales:

(...)

6. La acción de cumplimiento, que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.

(...).”

*Parte de no asignar recursos disponibles se ajustó a las normas internacionales de derechos humanos, d) en caso de que existan varias opciones en materia de normas, si el Estado Parte se inclinó por la opción que menos limitaba los derechos reconocidos en el Pacto, e) el marco cronológico en que se adoptaron las medidas, y, f) si las medidas se adoptaron teniendo en cuenta la precaria situación de las personas y los grupos desfavorecidos y marginados, si las medidas fueron no discriminatorias y si se dio prioridad a las situaciones graves o de riesgo*<sup>326</sup>.

Con relación al plazo para la adopción de medidas que debería efectuar el Estado, el juez constitucional debería tener en consideración lo señalado por la Corte IDH, cuyo órgano supranacional ha señalado que “para determinar la razonabilidad del plazo se debe tomar en cuenta la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo, considerando, entre otros elementos, la materia objeto de la controversia. En ese sentido, este Tribunal ha establecido que si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento avance con mayor diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve”<sup>327</sup>.

Asimismo, la referida Corte IDH refirió que en casos de personas vulnerables es imperante tomar las medidas pertinentes con el fin de evitar retrasos en la tramitación de los procesos<sup>328</sup>. De igual modo, la Corte IDH considera que “toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. La Corte reitera que no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre (...)”<sup>329</sup>.

Finalmente, una vez agotada la vía interna podría presentarse ante el sistema interamericano de derechos humanos una denuncia contra el Estado peruano por la afectación del derecho a la vida y el derecho a la integridad, reconocidos en los artículos 4 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en concordancia con el artículo 26 de esta norma convencional<sup>330</sup>.

<sup>326</sup> COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DE LAS NACIONES UNIDAS. *Declaración sobre la “Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el ‘máximo de los recursos de que disponga’, de conformidad con un protocolo facultativo del Pacto”, E/C.12/2007/1,38°* Período de Sesiones, 21 de setiembre de 2007, párrafo 8. En: CORTE IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C Nº 198.

<sup>327</sup> CORTE IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. Sentencia de 31 de agosto de 2012. (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párrafo 194.

<sup>328</sup> Op. cit., párrafo 196.

<sup>329</sup> CORTE IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006, párrafo 103.

<sup>330</sup> **Convención Americana sobre Derechos Humanos**

**“Artículo 26.- Desarrollo progresivo**

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

## 2.8.2. El acceso al agua de los pueblos amazónicos en el proceso de inconstitucionalidad

Es menester recordar que el reconocimiento constitucional de un derecho también le otorga una protección especial frente a aquellos dispositivos que sean contrarios a su ejercicio, pues pueden ser objeto de un control constitucional —a través del proceso de inconstitucionalidad—y, de ser el caso, ser expulsadas del ordenamiento jurídico. Que sean auténticos derechos fundamentales implica la posibilidad de que puedan ser judicializados, garantía que es inherente a estos derechos<sup>331</sup>. En tal sentido, se trata de una garantía que opera frente al legislador, quien al momento de regular un derecho fundamental debe respetar su contenido constitucionalmente protegido.

Los sujetos legitimados para interponer un proceso de inconstitucionalidad contra dispositivos de rango de ley ante el Tribunal Constitucional solo son aquellos que se encuentran reconocidos en el artículo 203 de la Constitución, siempre que la demanda sea interpuesta en el plazo de seis años, contado a partir de su publicación, establecido en el artículo 100 del Código Procesal Constitucional<sup>332</sup>.

Si bien el proceso de inconstitucionalidad es un proceso fundamentalmente objetivo, lo cual significa que es un proceso en el que se realiza un juicio de compatibilidad abstracta entre la Constitución y los dispositivos con rango de ley, no se puede desconocer que dicho proceso también tiene una dimensión subjetiva. Al respecto, cabe indicar que esta última dimensión se relaciona con la finalidad de los procesos constitucionales, la cual se refiere a velar por la observancia del principio de supremacía jurídica de la Constitución y por la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, de conformidad con el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional<sup>333</sup>.

El tránsito del Estado liberal al Estado social y democrático de derecho supone alejarse de una concepción de ley como fuente meramente abstracta, impersonal y se acepta la posibilidad de que esta tenga alcances más restringidos y concretos, según el caso concreto, a fin que se reduzcan las distancias económicas, políticas y sociales entre los diferentes sectores poblacionales, a fin de lograr una igualdad no solo formal, sino también sustancial<sup>334</sup>, de conformidad con el inciso 2 del artículo 2 y el artículo 59 de la Constitución<sup>335</sup>.

De ahí que sea deber del Tribunal Constitucional tener presente que el proceso orientado por antonomasia a defender la supremacía de la Constitución, a través del proceso de inconstitucionalidad, siempre tendrá también, en última instancia, la vocación subjetiva de preservar los derechos fundamentales de las personas<sup>336</sup>.

<sup>331</sup> FERRAJOLI, Luigi. "Derechos fundamentales". En: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001, p. 50.

<sup>332</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el Expediente N° 00031-2005-AVTC, fundamento 7.

<sup>333</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Op. cit., fundamento 8.

<sup>334</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el Expediente N° 00002-2005-AVTC, fundamento 2.

<sup>335</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en los Expedientes N° 00020-2005-AVTC y N° 00021-2005-AVTC, fundamento 16.

<sup>336</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Op. cit., fundamento 18.

Sin perjuicio de lo señalado, debe partirse del principio de presunción de constitucionalidad, en virtud del cual las leyes gozan de la presunción que se encuentran de conformidad con la Constitución, hasta que el Tribunal Constitucional, en ejercicio de su función jurisdiccional, la declare inconstitucional, en ese sentido, todas las normas que emanan del Estado son consideradas constitucionales<sup>337</sup>.

El referido principio se encuentra materializado en la Segunda Disposición Final de la Ley N° 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que prevé que “los jueces y Tribunales solo inaplican las disposiciones que estimen incompatibles con la Constitución cuando por vía interpretativa no sea posible la adecuación de tales normas al ordenamiento constitucional”.

Por lo expuesto, en el supuesto hipotético que una ley o decreto legislativo o decreto de urgencia u ordenanzas regionales u ordenanzas municipales afecte el derecho al medio ambiente y el derecho a la salud, relativo al acceso al agua de los pueblos amazónicos, siempre que quien lo presente tenga la respectiva legitimidad y lo interponga en el plazo previsto en el Código Procesal Constitucional, corresponderá que sea admitida a trámite la demanda de inconstitucionalidad.

### 2.8.3. El acceso al agua de los pueblos amazónicos en el proceso de acción popular

Con relación al proceso de acción popular, este proceso constitucional se encuentra reconocido en el inciso 5 del artículo 200 de la Constitución, el cual no solo tiene por finalidad evaluar la compatibilidad de las normas administrativas de alcance general con la Constitución, sino también evaluar la conformidad de tales disposiciones con las leyes<sup>338</sup>. Como señala García Belaunde, el proceso de acción popular está pensado como “una suerte de control que ejerce cualquier ciudadano sobre el poder reglamentario de la Administración Pública, y más en particular, contra el Poder Ejecutivo, en la medida que la Administración Pública, mediante su propia actividad, puede vulnerar las leyes y la Constitución”.

El artículo 75 del Código Procesal Constitucional prevé que el proceso de acción popular tiene por finalidad la defensa de la Constitución frente a infracciones contra su jerarquía normativa, incluso las interpretaciones vinculantes de la Constitución que se formulan en precedentes vinculantes o a través de la *ratio decidendi* que no son precedentes vinculantes<sup>339</sup>.

En caso que un reglamento sea declarado inconstitucional corresponderá que la Administración Pública y los operadores jurídicos no persistan en su aplicación, en cuyo caso se declara la nulidad del reglamento, es decir, se tendrá como nunca nacido y, consecuentemente, la sentencia que así lo declara podrá tener efectos retroactivos,

<sup>337</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el Expediente N° 00033-2007-AVTC, fundamento 4.

<sup>338</sup> HUERTA GUERRERO, Luis. *Sentencias del Poder Judicial frente a normas ilegales e inconstitucionales. Resoluciones de acción popular de observancia obligatoria para la Administración pública y los abogados*. En: CASTILLO CÓRDOVA, Luis y HUERTA GUERRERO, Luis. “Marco dogmático del proceso constitucional de acción popular”. Lima: Gaceta Jurídica, 2013, p. 13.

<sup>339</sup> CASTILLO CÓRDOVA, Luis y HUERTA GUERRERO, Luis. Op. cit., p. 63.

conforme el artículo 81 del Código Procesal Constitucional<sup>340</sup>, siempre que la Sala respectiva lo determine en ese sentido.

Esto último solo será posible en la medida en que no vulnere el contenido esencial del principio constitucional de la seguridad jurídica, el cual normalmente guarda vinculación estrecha con algún derecho fundamental. En consecuencia, la declaración de nulidad de un reglamento no permite que recobren vigencia las disposiciones reglamentarias derogadas.

En ese sentido, también en un dispositivo infralegal de alcance general podrían vulnerarse los alcances del derecho a un medio ambiente adecuado y equilibrado, así como el derecho a la salud, relativo al acceso al agua de los pueblos amazónicos, toda vez que versan sobre derechos fundamentales. Al respecto, conforme se mencionó cualquier persona podría interponer una demanda de acción popular ante una Sala de la Corte Superior de Justicia de Lima, en caso el dispositivo cuestionado haya sido emitido por alguna entidad conformante del Poder Ejecutivo.

### 3. Presupuestos a nivel jurisprudencial que pueden contribuir con el acceso al agua de los pueblos amazónicos

En la actualidad, se sabe que la integración disciplinaria<sup>341</sup> coadyuva a un mejor entendimiento de los derechos de los pueblos amazónicos, lo cual ha sido desarrollado por la doctrina, en el que se señala que los derechos fundamentales responden, en principio, a una cosmovisión occidental; sin embargo, en su interpretación, los derechos fundamentales como conjunto de valores y principios deben responder a una práctica humana determinada<sup>342</sup>.

De otro lado, las luchas por el reconocimiento de los derechos tienen como causa las exageradas desigualdades materiales. Ante dicha situación, Amartya Sen sostiene que gracias a la democracia se puede contar con mejor información sobre los problemas que se suscitan en la realidad y, en consecuencia, ayuda a comprender las reales dimensiones de las privaciones que muchas personas sufren a diario<sup>343</sup>.

A propósito de ello, algunas democracias constitucionales más avanzadas, tales como Ecuador, Bolivia y Colombia, han entendido la importancia de analizar estos temas bajo una perspectiva distinta, cambiando de actitud política, que incluya un heterodoxo andamiaje vinculado a los derechos lingüísticos de las minorías nacionales y al reconocimiento de los derechos territoriales y de autogobierno para las comunidades nativas<sup>344</sup>.

<sup>340</sup> *Ibidem*.

<sup>341</sup> PEÑA JUMPA, Antonio. "La antropología y la sociología del Derecho como formación interdisciplinaria". En: *Derecho PUCP*, N° 65, 2010, Lima: PUCP, p. 273-283.

<sup>342</sup> ETO CRUZ, Gerardo y RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger. "La agenda multicultural: problemas inconclusos en el siglo XXI. Estudio Preliminar". En: PEÑA JUMPA, Antonio. *Multiculturalidad y Constitución: el caso de la justicia comunal aguaruna en el Alto Marañón*. Lima: Centro de Estudios Constitucionales, 2009, p. 11.

<sup>343</sup> SEN, Amartya. *La idea de la justicia*. Madrid: Taurus, 2009.

<sup>344</sup> IBARRA, F. "Multiculturalismo y Estado de bienestar en Latinoamérica", nota preliminar al libro de Banting, K. y Kymlicka, W. En: *Derechos de las minorías y Estado de bienestar*. México D. F.: UNAM, p. XXXV.

En el caso de América Latina, nuestras raíces están contaminadas y nuestras alas rotas, así desde el choque traumático inicial con el occidente europeo, las culturas nativas fueron violentamente sometidas al orden cultural del invasor, desconociéndose la validez de su cosmovisión originaria y dando lugar, con el paso de los siglos de coloniaje, a múltiples formas de sincretismo y a relaciones etnocéntricas, asimétricas, de poder que en muchos países mantienen hasta hoy su vigencia<sup>345</sup>.

Conforme se señaló anteriormente, en un Estado Constitucional de Derecho no solo se exige el respeto de la supremacía constitucional, sino también el respeto y la protección de los derechos fundamentales, los cuales, en nuestro país, aún nos encontramos en tránsito para la elaboración de políticas públicas concretamente estructuradas, encaminadas a garantizar adecuadamente los derechos de los pueblos amazónicos.

Como se advierte del primer capítulo de la presente investigación, existe insuficiente protección de los derechos de los pueblos amazónicos toda vez que el problema reside en un mal entendimiento del sentido liberal del constitucionalismo, de modo que el contenido de los derechos fundamentales es concebido bajo una fórmula rígida que termina dando lugar a una suerte de *dictadura occidental de los derechos fundamentales*, y, por ende, eliminando o limitando sensiblemente la esencial función pacificadora que los derechos fundamentales cumplen en el Estado Constitucional<sup>346</sup>.

Asimismo, los jueces constitucionales deben tener presente que, incluso en pleno siglo XXI, "para muchos habitantes de nuestro planeta, la selva es algo lejano, misterioso, difícil de comprender, a no ser bajo la imagen cinematográfica de un inmenso bosque, repleto de exuberantes plantas, árboles y peligrosas fieras. Pese a que los dinámicos medios de comunicación actuales, de vez en cuando, informan de su necesidad en el conjunto de nuestro mundo, muy pocos son los interesados en averiguar las causas subyacentes del mensaje. De modo que, los problemas económicos y bélicos, acontecidos en el Perú desde la independencia, no han permitido lograr el equilibrio geopolítico necesario para su Amazonía, sin la consiguiente devastación, pese a los continuados esfuerzos de los diferentes gobiernos para lograr integrarla al resto de la República"<sup>347</sup>.

En sociedades ampliamente fragmentadas como la nuestra, la falta de acceso al agua potable a favor de las comunidades nativas y el cuidado de las cuencas hidrográficas a favor de las propias comunidades y, sobre todo, de los pueblos originarios, quienes por lo general, permanecen invisibles, conlleva a afirmar que, por décadas, las autoridades competentes no han brindado la atención adecuada para garantizar el cuidado de las cabeceras de cuenca aledañas al lugar de pueblos amazónicos.

<sup>345</sup> GIUSTI HUNDSKOPF, Miguel. "Contextualizando el contextualismo. Reflexiones generales sobre el debate entre comunitaristas y liberales. En: *Estudios de filosofía*, Universidad de Antioquia, N° 10, 1994, p. 41.

<sup>346</sup> ETO CRUZ, Gerardo y RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger. Op. cit., p. 19.

<sup>347</sup> MARTIN RUBIO, María del Carmen. *Historia de Maynas, un paraíso perdido en el Amazonas. En conmemoración del V Centenario del Descubrimiento de América*. Madrid: Atlas, 1991, p. IX.

De ahí que tenga asidero que, bajo el contexto señalado, sea útil e idóneo acudir a las instancias judiciales para que el Estado o los particulares, según corresponda, logren remediar este tipo de situaciones. En consecuencia, el acceso a la justicia no debería ser un fenómeno que deba ser valorado negativamente, sino que, por el contrario, puede representar una herramienta valiosísima para evitar que las personas sufran daños irreparables en sus libertades y bienes más esenciales<sup>348</sup>.

Por ello, puede concluirse que la judicialización de un caso de no realización de un derecho social puede significar una oportunidad única para recordar, por ejemplo, al Estado sus compromisos y obligaciones constitucionales respecto a las necesidades básicas de la población, conminándolo a llevar adelante o revisar sustancialmente sus políticas públicas<sup>349</sup>.

A pesar de esta posición, algunos sostienen que una afirmación como la que se propone generaría un activismo judicial, el cual tiene como punto de partida la postura de Ronald Dworkin. Este autor sostuvo que el juez puede invalidar las decisiones del legislador cuando se base en una opción moralmente más correcta, siguiendo principios, cuyo origen se encuentra, más que en el texto constitucional, en el terreno de la filosofía, y que el juez está perfectamente capacitado para encontrar y aplicar la tesis que resulte más acorde a los principios constitucionales<sup>350</sup>.

Al respecto, César Garavito<sup>351</sup> sostiene que la aludida judicialización más que distorsionar la competencia de los órganos estatales en la definición de las políticas sociales puede constituirse en un galvanizador extraordinario del proceso democrático. Por ello, el nuevo activismo judicial parte de la constatación de situaciones recurrentes de bloqueo institucional o político que impiden la realización de los derechos.

En concordancia con César Garavito, consideramos que en las democracias contemporáneas, si bien la vía judicial constitucional no es la instancia ideal por cuanto no está dotada de todas las herramientas para cumplir la tarea, en muchas ocasiones, puede ser visto como el único órgano del Estado con la independencia y el poder para vencer los obstáculos que pueden existir a nivel político.

En suma, si el activismo judicial opera en las circunstancias y mediante los mecanismos adecuados, sus efectos, en lugar de ser antidemocráticos, son dinamizadores y promotores de la democracia<sup>352</sup>. Una postura moderada la podemos encontrar en Sagués,

<sup>348</sup> LEÓN FLORIAN, Felipe Johan y ROJAS BERNAL, José Miguel. "Posibilidades y peculiaridades de la protección procesal de los derechos sociales". En: *Horizontes contemporáneos del Derecho Procesal Constitucional. Liber amicorum Néstor Pedro Sagués*. Tomo II. Lima: Adrus, 2011, p. 412.

<sup>349</sup> *Ibidem*.

<sup>350</sup> DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *La "Constitución abierta" y su interpretación*. Lima: Palestra editores, 2004, p. 171.

<sup>351</sup> RODRÍGUEZ GARAVITO, César y RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. "Un giro en los estudios sobre derechos sociales: el impacto de los fallos judiciales y el caso del desplazamiento forzado en Colombia". En: COURTIS, Christian y ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. *La protección judicial de los derechos sociales*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 344-345.

<sup>352</sup> Con relación a este punto, algunos sostienen que estamos frente al constitucionalismo democrático. Al respecto, Robert Post y Reva Siegel sostienen que "este debe ser entendido como una concepción sobre la capacidad que

quien sostiene que si el ordenamiento jurídico carece de pautas suficientes para la concreción del contenido de un derecho, esta decisión sería un asunto de política, que en el Estado constitucional corresponde por principio al legislador y no al juez<sup>353</sup>.

Sin embargo, algunos sostienen que la aplicación del Derecho debe agotarse en su literalidad, dado que temen que se invoque un razonamiento moral, lo cual puede desencadenar en la imprevisibilidad jurídica, según sostiene José Juan Moreso: “1) hay una inmensa discrepancia acerca de qué comportamientos son moralmente correctos, 2) para respetar la autonomía moral de las personas, debemos gobernar el comportamiento humano mediante reglas claras y precisas que nos permitan determinar con certeza cuándo determinados comportamientos están jurídicamente prohibidos (...), 3) si para identificar los comportamientos que están jurídicamente prohibidos se debe acudir al razonamiento moral, entonces habrá mucha discrepancia y, por lo tanto, la certeza será sacrificada y la autonomía personal vulnerada. Por lo tanto, 4) el derecho debe ser identificado sin recurrir a la moralidad”<sup>354</sup>.

En definitiva, “si bien la moralidad incorporada al Derecho a través del reconocimiento de los derechos fundamentales y de una serie de principios que los fundamentan, genera el costo de reducir la certeza jurídica; no obstante, ello permite garantizar de mejor modo la dignidad humana, pues no agota la aplicación del Derecho en su simple semántica, sino que exige explorar en las justificaciones que subyacen a la aplicación de la disposición, las cuales se encuentran representadas, fundamentalmente, por la consecución de los fines del Estado Constitucional, a saber, la protección de la dignidad humana, de los derechos fundamentales explícitos o implícitos que de ella dimanen y de la democracia”<sup>355</sup>.

---

deben tener los tribunales superiores para reflejar e incorporar en sus fallos las perspectivas constitucionales de diversos sectores y organismos democráticos, con el objetivo de configurar de manera conjunta el significado del derecho, a través de un diálogo constructivo. En definitiva, a esta corriente no solo le interesa cuestionar que los tribunales se hayan atribuido ciertas facultades que originalmente no les fueron conferidas, proponen una nueva forma de activismo judicial, que sea sobre todo consciente de que el significado de la constitución se establece a partir de interacciones fluidas y constantes con las otras ramas del poder público, las asociaciones civiles, los partidos políticos, los movimientos sociales, la opinión pública, los centros de investigación y el poder judicial en su conjunto. Según, este enfoque, la ley no puede emanar de un intercambio exclusivo entre magistrados”. En: POST, Robert y SIEGEL, Reva. *Constitucionalismo democrático. Por una reconciliación entre constitución y pueblo*. Traducido por Leonardo García Jaramillo. Buenos Aires: Siglo XXI editores. 2013.

<sup>353</sup> El tema se encuentra vinculado con la tradicional doctrina de las cuestiones políticas no justiciables (*political questions*). Con la cual se sostiene que existen áreas del quehacer constitucional que se encuentran reservadas a los poderes clásicamente “políticos”, y que, por ende, no deben estar sometidas al escrutinio judicial de constitucionalidad, puesto que no se condicen con las funciones judiciales como suelen ser temas o asuntos relacionados a una guerra, a la paz, al manejo de relaciones exteriores, moneda, etc.; incluyendo también como “políticas” estatales las de defensa, fomento, alfabetización, educación, salud, vivienda, planificación económica y financiera, promoción social, etc., ajenas *prima facie* a la labor de la magistratura constitucional por no ser asuntos jurídicos. En: SAGUÉS, Néstor Pedro. “Los tribunales constitucionales como agentes de cambios sociales”. En: *Diálogo Político*, Año XXVII, N°4, Buenos Aires: Konrad-Adenauer-Stiftung, pág. 16. No obstante, ante dicha postura, existe una tesis afirmativa, la cual esgrime que a pesar de las críticas doctrinarias, fueron los tribunales los cuales inventaron aquella doctrina y que elaboraron el catálogo de las cuestiones políticas “no justiciables” y de las “justiciables”, judicializándose hoy en día muchos espacios que otrora fueron estrictamente “políticos”, por lo que el mapa de las *political questions* hoy se encuentra sensiblemente reducido.

<sup>354</sup> MORESO, José Juan. “El positivismo jurídico y la aplicación del Derecho”. En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 27, 2004, p. 55.

<sup>355</sup> RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger. “La cláusula de derechos no enumerados en el marco del debate entre iusnaturalismo y positivismo jurídico”. En: SÁENZ DÁVALOS, Luis (Coordinador). *Derechos constitucionales no escritos reconocidos por el Tribunal Constitucional*. Lima: Gaceta jurídica, p. 94.

A pesar de la corriente del activismo judicial, la cual compartimos, algunos autores como Gargarella y Courtis<sup>356</sup> sostienen que existen Constituciones austeras como la estadounidense, inclusive algunas de América Latina, como la de Chile, en el que se ejerce una práctica judicial muy hostil frente a los derechos sociales, culturales o económicos, en general. Con relación a este fenómeno, sostienen que cuando los jueces no encuentran respaldo escrito a nuevos derechos, tienden a negarles toda relevancia.

Al respecto, Gargarella y Courtis afirman que por incluir nuevos derechos en las nuevas Constituciones, ello no implica que esos derechos se conviertan, mágicamente, en realidad; no obstante, la ausencia de un reconocimiento textual de un determinado derecho fundamental tiende a trabajar negativamente contra su viabilidad, por ello, recomienda su materialización.

Por su parte, Ferrajoli<sup>357</sup>, sostiene que “el nuevo papel de los jueces ha permitido avanzar hacia una “juridificación” del sistema democrático, sometiendo la política a la lógica de la legalidad, lo cual tampoco implica defender una posición “invasiva” de la jurisdicción sobre la política, sino que, por el contrario, se busca asegurar ámbitos claramente diferenciados para una y otra.

En esa línea, para Ferrajoli, la política puede llegar hasta donde le permita la Constitución, entendida como la norma encargada de delimitar el perímetro de la *esfera de lo indecible*, la jurisdicción, por su parte, debe actuar de tal manera que no asfixie a la democracia por exceso ni por defecto, lo cual se puede dar casi por descontado si los jueces se ajustan mínimamente a las normas que los rigen<sup>358</sup>.

Sin embargo, “frente a un formalismo y su concepción cerrada, estática e insular del Derecho, se necesitaría una más abierta y dinámica. El Derecho tiene que contemplarse en relación con el sistema social y con los diversos aspectos del sistema social: morales, políticos, económicos, culturales”<sup>359</sup>.

Por ende, consideramos que deben desestimarse aquellas posturas que sostienen que el Estado Constitucional de Derecho supone un retroceso “civilizatorio”, dado que minan las bases sobre las que están construidos los valores de la autonomía de las personas y de la seguridad jurídica, dando entrada a la arbitrariedad y al decisionismo en la aplicación del Derecho<sup>360</sup>, que recae en los jueces.

Asimismo, no debe olvidarse que la interpretación constitucional supone, fundamentalmente, un ejercicio intelectual que debe responder a problemas de convivencia en una sociedad con aspiraciones plurales y que aún confía en que la

<sup>356</sup> GARGARELLA, Roberto y COURTIS, Christian. “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes”. En: *Serie Políticas Sociales*. Nº 153. Santiago de Chile, CEPAL, 2009, p. 32.

<sup>357</sup> A pesar de lo expuesto, Ferrajoli asume una postura positiva formalista.

<sup>358</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción*. Traducción de Miguel Carbonell. México D.F.: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2010, p. 17 y 18.

<sup>359</sup> ATIENZA, Manuel. *El Derecho como argumentación*, Barcelona: Ariel, 2006, p. 55 y 56.

<sup>360</sup> LAPORTA, *El imperio de la ley. Una visión actual*. Madrid: Trotta, 2007.

Constitución puede ser un nexo o punto de unidad en esa convivencia<sup>361</sup>. Tal interpretación constitucional debe quedar plasmada en argumentos que sean razonables y proporcionales.

En síntesis, “el derecho viviente”, es decir, “el derecho que efectivamente rige, no es el que está escrito en los textos, sino el que resulta del impacto entre la norma en abstracto y sus condiciones reales de funcionamiento. Por ende, la jurisprudencia que se cierra al conocimiento de esta valoración más amplia de las normas, valoración que indudablemente abre el camino a una visión de sociología jurídica, se condena a la amputación de una parte importante de la función de garantía del derecho en un ordenamiento determinado por principios”<sup>362</sup>.

De ahí que sin apartarnos de la parte dogmática, es que hoy en día, el juez cumple un papel trascendental en la sociedad, más aún cuando el parlamento no afianza los presupuestos del Estado Constitucional de Derecho, y en caso exista una controversia judicial respecto al acceso al agua de los pueblos amazónicos, tanto en su dimensión como derecho a un medio ambiente adecuado y equilibrado como su derecho a la salud, el Tribunal Constitucional “en su función pacificadora debe limitarse a los asuntos que resultan de estricto conocimiento de los derechos fundamentales de la persona humana”<sup>363</sup>.

Con relación a los jueces constitucionales, estos deberían respetar y garantizar los derechos fundamentales de las diversas manifestaciones culturales de los pueblos amazónicos, reconociéndoles su identidad étnica y su arraigo con la comunidad en la que se desarrollan, lo cual serviría como punto de partida, a fin que, posteriormente, se garantice el acceso al agua a favor de estos colectivos.

Sin embargo, no solo el reconocimiento positivo de los derechos fundamentales es presupuesto de su exigibilidad como límite al accionar del Estado y de los propios particulares, sino también aquel reconocimiento que efectúe el Tribunal Constitucional por ser el máximo intérprete de la Constitución, en el que subyace como argumentación su connotación ética y axiológica, como manifestación del principio-derecho de dignidad humana, preexistente al orden estatal y proyectado en el fin supremo de la sociedad y del Estado<sup>364</sup>.

En concordancia con ello, los derechos fundamentales, según sostiene Haberle, representan “valores supremos” y, por tanto, su reconocimiento a través del orden constitucional, el cual no solo debiera referirse al texto constitucional como se indicó previamente, implica que se atribuya a la persona la facultad de ejercerlos, pero también de exigir al Estado su respeto y protección. Asimismo, implica que tal ordenamiento se

<sup>361</sup> GRÁNDEZ CASTRO, Pedro. “La interpretación constitucional como argumentación concretizadora de normas: un esquema preliminar”. En: *La argumentación jurídica en el Estado Constitucional*: Lima: Palestra Editores. 2013, p. 289.

<sup>362</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, Octava edición, 2008, p. 122.

<sup>363</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el Expediente N° 03592-2007-PA/TC, fundamento 1.

<sup>364</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el Expediente N° 01417-2005-AA/TC, fundamento 2.

adscriba y contenga los valores que subyacen a los derechos fundamentales<sup>365</sup>, siendo considerados principios superiores del ordenamiento jurídico en su conjunto<sup>366</sup>.

Por ello, con una apreciación como la señalada de los derechos fundamentales, estos no solo deben ser interpretados como esferas subjetivas de libertad, sino como elementos constitutivos de un sistema unitario de libertades, cuya extensión y eficacia máxima aparecen como la irrenunciable meta a alcanzar<sup>367</sup>.

De ahí que si la Constitución es considerada un conjunto de valores fundamentado históricamente, se puede afirmar que, para que se cumpla dicha afirmación, se necesita que el derecho vigente sea interpretado de acuerdo a los contextos que suelen mutar con el paso del tiempo, conforme a las nuevas necesidades y diferentes intereses de la población<sup>368</sup>.

A efectos de abordar las pautas que corresponden, consideramos que se debe tener en cuenta que ante un caso concreto en el que se demande la vulneración o amenaza del acceso al agua por parte de las comunidades nativas o de los pueblos originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial, se debería recordar, en primer lugar, que estos colectivos han solido vivir en situaciones de vulnerabilidad.

Esta situación se debe a que no ha existido un reconocimiento real por décadas, salvo lo previsto en la Ley N° 28736, Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial, la cual, bajo nuestra concepción, consideramos que no garantiza a cabalidad sus derechos fundamentales, convirtiéndose, para algunos, en una violación sistemática e histórica<sup>369</sup>.

El argumento de vulnerabilidad, por un lado, alerta acerca de qué personas o grupos de personas requieren que otro haga algo, es decir, el Estado, para ayudarlos a salir del estado de vulnerabilidad, porque al encontrarse en una posición de exclusión, de marginalidad, de subordinación, no disponen de las mismas herramientas socioeconómicas para procesar y revertir esa situación<sup>370</sup>.

Como se señaló, la tarea del juez consiste en dar sentido a los valores constitucionales mediante la interpretación del texto de la Constitución, la historia y los ideales sociales. El juez constitucional debiera propender a una correcta o justa sentencia, sin convertirse en participante de la política de los grupos de interés, dando un significado concreto respecto a la aplicación de los valores constitucionales<sup>371</sup>.

<sup>365</sup> BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2007, p. 40 y 41.

<sup>366</sup> BOCKENFORDE, Ernst Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 128.

<sup>367</sup> PÉREZ LUNO, Antonio. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 2001, p. 316.

<sup>368</sup> HABERMAS, JURGEN. "La lucha por el reconocimiento en el Estado democrático de derecho". En: *Revista de Filosofía*, N° 15, 1997, p. 25.

<sup>369</sup> CLÉRICO, Laura y BELOFF, Mary. *Loc. Cit.*

<sup>370</sup> *Ibidem*.

<sup>371</sup> FISS, Ow en. *El derecho como razón pública. Traducción de Esteban Restrepo*. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 30.

### 3.1. Pautas básicas para afianzar los derechos fundamentales de los pueblos amazónicos

El numeral 2 del artículo 2 de la Constitución reconoce que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley y, por tanto, no debe ser discriminada por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole y que el derecho a la igualdad se encuentra reconocido en instrumentos internacionales de primer orden tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>372</sup>, el Pacto Internacional de Derechos Civiles Políticos<sup>373</sup>, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>374</sup>, así como por los pronunciamientos esgrimidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>375</sup>.

Ahora bien, cuando se hace mención a la igualdad, suele recordarse el antiguo aforismo que señala que “debe tratarse igual a los iguales y desigual a los desiguales”, frase atribuida a Aristóteles<sup>376</sup> y aún invocada hasta la actualidad. Para entender la igualdad de un mejor modo, a nivel doctrinario y jurisprudencial, se ha llegado al consenso de que es considerada un principio, pero también un derecho.

La igualdad como derecho fundamental permite afianzar la dignidad de hombres y mujeres inmersos en una sociedad democrática. De modo que el establecimiento de elementos que la distorsionen puede generar fricciones y hasta puede impedir el ejercicio adecuado de un derecho fundamental que requiera atención por parte del Estado, a través de medidas efectivas que conlleven su concretización.

En esa línea, conforme se señaló previamente, resulta admisible realizar diferenciaciones siempre que estas tengan una justificación objetiva y razonable, *contrario sensu*, se vulnerará el derecho a la igualdad cuando se realice una distinción arbitraria, es decir, que carezca de justificación objetiva y razonable, configurándose así un supuesto de discriminación.

De ahí que se considere una situación discriminatoria a toda diferencia de tratamiento que realice el Estado, a pesar de supuestos de hecho análogos<sup>377</sup>, de conformidad con lo señalado por la Corte IDH<sup>378</sup>. Por ende, concluir que determinadas situaciones tienen

<sup>372</sup> Aprobada por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 13282 de 15 de diciembre de 1959. Con relación al derecho a la igualdad, los artículos 2.1, 7 y el Preámbulo.

<sup>373</sup> Aprobado y ratificado por el Perú mediante Decreto Ley N° 22128 de 28 de marzo de 1978, vigente desde el 28 de julio de 1978. Con relación al derecho a la igualdad, el artículo 26.

<sup>374</sup> Aprobado por el Perú mediante Decreto Ley N° 22231, de 11 de julio de 1978, vigente desde el 28 de julio de 1978. Con relación al derecho a la igualdad y no discriminación, los artículos 1.1 y 24.

<sup>375</sup> Al respecto, la Corte IDH en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* del 26 de noviembre de 2010, así como en el *Caso Gelman vs. Uruguay* del 24 de febrero de 2011, sostuvo que el control de convencionalidad debe ser efectuado por todos los órganos de los Estados dentro de las competencias atribuidas a la Administración Pública, pero, sobre todo, hizo hincapié en aquellos órganos que materialmente tengan como función administrar justicia.

<sup>376</sup> ARTISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. Traducción de Vicente Gutiérrez. Madrid: Mestas, 2006.

<sup>377</sup> Corte IDH. *Ibidem*.

<sup>378</sup> Corte IDH. Opinión Consultiva OC-4/84, párr. 56; Corte IDH. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, párr. 46 y Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de setiembre de 2003, párr. 89.

naturaleza análoga dependerá de las circunstancias del caso concreto, así como de la finalidad perseguida por el legislador o la autoridad competente.

En el Perú, por ejemplo, los contextos históricos y sociales de las poblaciones en zonas de influencia directa a las empresas extractivas de hidrocarburos en la región de Loreto han demostrado que durante mucho tiempo, aquellas no han sido tomadas en cuenta, lo cual consideramos que ello afectaría su derecho a la igualdad de trato.

Esta igualdad de trato no implica que, por ejemplo, los pueblos originarios en situación de aislamiento voluntario y en situación de contacto inicial, así como las comunidades nativas puedan ser tratadas de igual modo que quienes pertenecen a comunidades campesinas o quienes viven en zonas urbanas o periurbanas, sino que ello significa que el Estado pueda focalizar su atención en estos colectivos vulnerables, respetando su propia cosmovisión, pero bajo ciertos límites, a efectos que ellos también puedan ejercer sus derechos fundamentales de manera adecuada, de conformidad con un diálogo intercultural, en cuanto corresponda.

### **3.2. El acceso al agua y el ejercicio de otros derechos fundamentales**

Sobre el particular, cabe señalar que el análisis de la conflictividad social debe partir por los factores que la causan, a fin de poder prevenirlos y darles una pronta solución. La Constitución reconoce una economía social de mercado, la cual implica que tanto los particulares como el Estado asumen deberes específicos.

Así, los particulares tienen el deber de ejercitar las referidas libertades económicas con responsabilidad social; mientras que, el Estado tiene el deber de ejercer un rol vigilante, garantista y corrector, ante las deficiencias, fallas del mercado y la actuación de los particulares.

En la actualidad, existe consenso en señalar que la actividad empresarial, siendo esencialmente lucrativa, no se opone a asumir una responsabilidad social. Asimismo, como se sabe los derechos fundamentales no son absolutos, sino que pueden limitarse, restringirse o intervenir por ley, mas no por norma reglamentaria, siempre que esta supere las exigencias de proporcionalidad y razonabilidad<sup>379</sup>.

Las actividades que realizan las empresas tienen la obligación y responsabilidad social de desarrollar su actividad empresarial en armonía con los intereses de la comunidad y en caso no ocurra ello, los órganos jurisdiccionales cumplen un rol fundamental, dado que tienen que considerar de manera objetiva y responsable los daños provocados, a fin que cesen los actos lesivos.

Con relación a las cuencas hidrográficas, se puede indicar que en muchos casos las únicas fuentes de recursos hídricos a las que tienen acceso los pueblos amazónicos,

---

<sup>379</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en los Expedientes N° 2235-2004-AA/TC.

tanto las comunidades nativas y los pueblos originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial, y en tanto ocurra ello ambos colectivos podrían verse gravemente afectados por las acciones que puedan desarrollar las empresas que realizan actividades extractivas de hidrocarburos en la región de Loreto.

Sobre el particular, consideramos que el principio de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad) es el criterio utilizado para determinar, en caso de colisión de derechos, hasta qué punto uno de estos debe ceder para permitir, en un caso determinado, la realización del otro, sin que ello establezca una precedencia o jerarquía definitiva entre uno y otro<sup>380</sup>. En correspondencia con ello, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 0048-2004-AI/TC, fundamentos 18 y 34, señaló que existe una tensión entre la libertad de empresa y el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado.

Con relación al acceso al agua como manifestación del derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado, consideramos que las empresas extractivas deberían realizar sus actividades tomando las previsiones que correspondan, como por ejemplo, la supervisión de los tubos por medio de los cuales se transporta el petróleo, así como el respectivo mantenimiento, a efectos de no contaminar los ríos, cochas o quebradas.

De igual modo, corresponderá que, ante la posible colisión de derechos de los pueblos amazónicos y las empresas extractivas respecto al acceso al agua, sería conveniente que el juez constitucional se formule algunas interrogantes que se detallan a continuación a modo de ejemplo:

- ¿La contaminación del río resulta ser la única fuente hídrica a la cual tienen acceso los pueblos amazónicos?
- ¿La contaminación del río les impide realizar actividades ancestrales y tradicionales?
- ¿La contaminación del río pone en riesgo la propia existencia de los pueblos amazónicos?
- ¿La contaminación del río afecta a menores de edad?
- ¿La empresa extractiva contaminó una cabecera de cuenca?
- ¿La empresa extractiva tomó medidas de prevención hacia los pueblos amazónicos?
- ¿La empresa extractiva emitió señales de alerta sobre la contaminación de las aguas?
- ¿La empresa extractiva ha buscado alguna solución a fin que cese la contaminación?
- ¿La empresa extractiva realizó el mantenimiento de sus equipos?

<sup>380</sup> BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2005, p. 392-393.

- ¿La empresa cuenta con un plan de monitoreo de las aguas a las que tienen acceso o pueden afectar directamente a los pueblos amazónicos?
- ¿La empresa tomó medidas para revertir la contaminación de los ríos?
- ¿Los ríos contaminados producto de las actividades de la empresa extractiva guardan cercanía a pueblos originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial?
- ¿Los ríos contaminados producto de las actividades de la empresa extractiva afecta una reserva indígena?

Consideramos que estas interrogantes nos ayudarán a realizar el test de proporcionalidad, a fin de determinar si es que determinada empresa extractiva vulneró o no y en qué medida fue la magnitud de la afectación del derecho a un medio ambiente adecuado y equilibrado de los pueblos amazónicos.

A efectos que se concluya que la medida adoptada por la empresa es legítima y constitucional, deberá efectuarse un análisis de proporcionalidad. En primer lugar, realizar un análisis de idoneidad, el cual consiste en evaluar si la medida adoptada se encuentra en el marco constitucional y legal. En segundo lugar, analizar si existen otras medidas alternativas a la medida adoptada.

Así, podrá concluirse que la medida es proporcional si tras efectuarse la ponderación entre la medida adoptada por la empresa con otras medidas alternativas, la adoptada por ella resulta menos gravosa de los derechos fundamentales de los pueblos amazónicos en comparación con las otras medidas. De lo contrario, si la intensidad de la medida adoptada por la empresa afecta al pueblo amazónico de un modo más grave, la medida deberá ser prohibida y excluida<sup>381</sup>.

### 3.3 El acceso al agua potable y el ejercicio de otros derechos fundamentales

En caso exista una colisión de derechos fundamentales entre una comunidad nativa y una empresa privada que provee el servicio de agua potable<sup>382</sup>, podrían plantearse algunos posibles escenarios:

- La empresa privada, contratada por la autoridad local o regional, que tenga por objeto suministrar el recurso a una comunidad nativa, no podrá dejar de prestarlo bajo la justificación que la comunidad no efectúa pago alguno. Al respecto, consideramos que, en algunos casos, el Estado, debería subvencionarlo parcial o íntegramente, de modo que la empresa privada pueda efectuar un cobro mínimo a las comunidades nativas, de acuerdo a los ingresos que perciban, de ser el caso.

<sup>381</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el Expediente N° 02005-2009-AA/TC.

<sup>382</sup> De conformidad con el Decreto Legislativo N° 1240, Decreto Legislativo que modifica la Ley N° 26338, Ley General de Servicios de Saneamiento y la Ley N° 30045, Ley de Modernización de los Servicios de Saneamiento, publicada el 26 de setiembre de 2015 en el diario oficial El Peruano.

- La empresa privada, contratada por la autoridad local o regional, encargada de brindar mantenimiento a los acueductos o a las plantas de tratamiento temporal o a los pozos subterráneos, con las que se vería favorecida una comunidad nativa, tampoco podrá aducir aquella la no prestación del servicio, toda vez que, la autoridad local o regional deberá subvencionarlo parcial o íntegramente, de modo que la empresa privada pueda efectuar un cobro mínimo a las comunidades nativas, de acuerdo a los ingresos que perciban, de ser el caso.
- La empresa concesionaria dedicada a la exploración o explotación de recursos naturales, tales como el petróleo, deberá respetar la instalación de plantas potabilizadoras y/o las plantas de tratamiento temporal y/o pozos subterráneos que resultan ser de exclusivo uso para las comunidades nativas, a fin que puedan satisfacer sus necesidades básicas.
- En el supuesto que exista una instalación permanente del servicio de acueducto y alcantarillado, la empresa concesionaria dedicada a la exploración o explotación de recursos naturales, tales como el petróleo, deberá tener cuidado con las tuberías. De modo que, en caso, realice alguna rotura en alguna de ellas, deberá repararlas, a fin de reponer las cosas al estado anterior de la violación o amenaza de violación del derecho fundamental.

Bajo estos cuatro supuestos, el Tribunal Constitucional tendría que ordenar que cese la agresión o amenaza, a efectos que tales acciones no devengan en irreparables, toda vez que nos encontramos frente al derecho fundamental de acceso al agua potable como contenido implícito del derecho a la salud, el cual no solo tiene repercusiones para el Estado, sino también para los particulares, en mérito a la eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

### **3.4 El Estado respecto a la protección del acceso al agua**

En atención a las políticas que debe adoptar el Estado frente a la protección del acceso al agua a favor de los pueblos amazónicos, consideramos que el juez constitucional o el Tribunal Constitucional, ante una eventual demanda de amparo, podría exhortar al Poder Ejecutivo a tomar acciones respecto a la creación de consejos de cuenca en la región de Loreto, en aras del principio de precaución que subyace al derecho a un medio ambiente adecuado y equilibrado.

Asimismo, que este consejo de cuenca al estar conformado por miembros de comunidades nativas, de conformidad con la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos, puedan coadyuvar con la vigilancia, supervisión y monitoreo de las cuencas. Para tal efecto, será necesario capacitar a quienes conforman las comunidades nativas, a fin que puedan realizar tales actividades de la manera más idónea, asimismo, se encuentren en la capacidad de denunciar ante las autoridades competentes sobre la contaminación de una cuenca o de los ríos, conforme lo viene realizando el OEFA y esta acción vaya en un orden progresivo.

De igual modo, será necesario que, a efectos que la participación de las comunidades quede garantizada en cada una de las etapas anteriormente mencionadas lo puedan realizar en su lengua originaria, cuando corresponda, en cuyo caso el Estado deberá asignarles un traductor. En concordancia con ello, sería conveniente que las autoridades competentes puedan promover que mujeres que integren comunidades nativas puedan tener poder de decisión y participar en la supervisión y monitoreo respecto a las cuencas hidrográficas cercanas al lugar en el que viven, sobre la base de un diálogo intercultural.

Adicionalmente a lo señalado, el juez constitucional o el Tribunal Constitucional podría exhortar al Estado a que evalúe la posibilidad de crear más reservas indígenas, siempre que existan suficientes indicios de que en determinada zona de la región de Loreto viven pueblos originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial, a fin de preservar su identidad étnica y cultural, más aún si existen ríos que pueden constituir las únicas fuentes a las que probablemente tengan acceso como recurso hídrico y que ello resulta básico para su subsistencia.

En ese sentido, el juez constitucional o el Tribunal Constitucional podrían exhortar al Estado que evalúe la adopción de alguna medida administrativa o plan o proyecto o programa de desarrollo referente a la creación de reservas indígenas en la región de Loreto, así como la creación de cuencas hidrográficas.

Cabe acotar que hoy en día, se sabe que la integración disciplinaria coadyuva a un mejor entendimiento de los derechos de las comunidades nativas y los pueblos originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial, en la medida que, a través de diferentes disciplinas se pueden aportar soluciones a un problema desde su experiencia y perspectiva. Así para las cuestiones ambientales, a menudo se argumenta que los enfoques interdisciplinarios son esenciales porque ninguna disciplina puede, por sí sola, enfrentar su carácter complejo y multifacético, en ese sentido, sería conveniente que el juez constitucional o el Tribunal Constitucional pueda revisar también un informe antropológico sobre la realidad en la que vive la comunidad nativa demandante.

Finalmente, respecto a este punto, de igual modo, sería meritorio que el Tribunal Constitucional o el Parlamento pueda señalar que la utilización del agua para la agricultura de subsistencia o de comercio básico en el caso de los pueblos amazónicos forma parte del ejercicio de su derecho fundamental, toda vez que con ello se garantiza el derecho a su identidad étnica y cultural, así como el derecho a una vida digna.

### **3.5 El Estado respecto al acceso al agua potable de las comunidades nativas**

Sobre el particular, se debe partir de la premisa que detrás de toda política pública, se encuentra una decisión pública, la cual implica que la autoridad tome decisiones, a fin de resolver o crear condiciones que se encuentren encaminadas a solucionar problemas públicos.

El valor de una política pública no solo radica en que esté bien concebida o sea “la mejor”, sino que en el proceso de formulación de la política exista una amplia cooperación, diversidad de actores y que esa idea sea además aceptada mayoritariamente. A razón de ello, no solo el parlamento debe debatir las políticas públicas, sino también los consejos regionales y municipales deben también hacerlo a su nivel, por cuanto la deliberación pública sobre las políticas y sus resultados es el punto de partida para la participación ciudadana y, además, le da contenido a las instituciones democráticas<sup>383</sup>.

Bajo ese marco teórico, en la presente investigación, conscientes de que existen diferentes definiciones sobre política pública, nos decantaremos por aquella que considera que esta implica un proceso decisional en un contexto complejo, involucrando múltiples actores que requieren acuerdos con la ciudadanía, a fin de definir los fines y la estrategia de la intervención estatal.

Dicho esto, consideramos que, a efectos de referirnos al acceso al agua potable por parte de las comunidades nativas, en primer lugar, se requiere conocer algunos estándares que coadyuven a sumar esfuerzos para que el Estado pueda precisar los fines y las estrategias que están relacionadas con las limitaciones del acceso al agua potable, más aún si se tiene presente que, “en democracia, el papel del gobierno consiste en establecer políticas públicas que beneficien a las mayorías, sin descuidar a las minorías y sus derechos sociales”<sup>384</sup>.

Con relación a la elaboración de políticas públicas, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en los Expedientes N° 0014-2014-PVTC, N° 0016-2014-PVTC, 0019-2014-PVTC y 0007-2015-PVTC (acumulados), fundamento 18, relativo a la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N° 30220, Ley Universitaria, prevé lo siguiente: “(...) cabe dejar sentado que este órgano de control de la Constitución, en principio, no participa en el diseño de las políticas públicas, no decide qué opción es mejor que otra, ni prioriza las metas; pero, en todo caso, debe verificar que de la aplicación de las mismas no surjan vulneraciones de derechos o que estos se afecten por su omisión”.

Bajo nuestra consideración, se infiere que el referido colegiado tiene el deber de controlar la legitimidad constitucional de las políticas públicas e incluso la ausencia de estas, en el contexto de sus deberes de respeto y garantía de los derechos<sup>385</sup>. Con relación a la ausencia de políticas públicas, el acceso al agua potable por parte de las comunidades nativas es un claro ejemplo de ello.

En ese marco, el juez constitucional o el Tribunal Constitucional, eventualmente, podría evaluar la constitucionalidad o no de una medida, en un eventual proceso de amparo referente a la vulneración por acción u omisión del acceso al agua potable, por ejemplo, cuando se produzca alguno de los siguientes supuestos:

<sup>383</sup> PEASE, Henry. “Régimen democrático y políticas públicas”. En: PEASE GARCÍA, Henry y VILLAFRANCA, Luis. *Aula Magna. Reforma del Estado. El papel de las políticas públicas*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP. 2008, p. 26.

<sup>384</sup> PEASE GARCÍA, Henry y VILLAFRANCA, Luis. *Aula Magna. Reforma del Estado. El papel de las políticas públicas*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP. 2008, p. 16.

<sup>385</sup> Sentencia recaída en los Expedientes N° 0014-2014-PVTC, N° 0016-2014-PVTC, 0019-2014-PVTC y 0007-2015-PVTC.(acumulados), f. 22

- Cuando la prestación del servicio<sup>386</sup> se vuelve dramáticamente intermitente y esporádica, afectando los derechos fundamentales de las personas.
- Cuando una comunidad no disponga, ni pueda acceder a agua de calidad para el consumo humano, dado que no cuenta con instalación de acueducto o una planta temporal de tratamiento o un pozo subterráneo.
- Cuando el derecho a acceder y disponer de agua de manera continua se vea vulnerado debido a las deficiencias de las condiciones básicas de prestación del servicio.
- Cuando el derecho al acceso al agua potable por parte de una o varias personas se vea limitado debido a que las autoridades dejan de adoptar las medidas adecuadas y necesarias para evitar que esa situación continúe.
- Cuando debido a la omisión o el deficiente servicio de agua potable existan personas afectadas y estas sean menores o mayores de edad o mujeres.

Al respecto, consideramos que ante la presentación de una eventual demanda de amparo por parte de una comunidad nativa y en el que su pretensión sea que el Estado pueda proveerles agua potable, dado que no lo perciben, consideramos que el juez constitucional o el Tribunal Constitucional debe tener en cuenta las particularidades de este colectivo y su condición de población vulnerable.

Sobre la base de lo señalado, resulta necesario que el juez constitucional o el Tribunal Constitucional determinen la intensidad de la restricción del derecho, debido a la presunta omisión o insuficiencia estatal. Para tal efecto, deberá considerar cómo impacta la no realización del derecho de acceso al agua potable como prestación positiva en el plan de vida de la comunidad nativa. Además, debe tenerse en consideración que juega un papel importante el hecho que las personas afectadas pertenezcan a un grupo desaventajado que sistemáticamente ha sido discriminado y aún recaigan consecuencias gravosas sobre ellas<sup>387</sup>.

La omisión o acción insuficiente en el contexto de prácticas constitucionales genera un alto grado de exclusión social, en el que las comunidades nativas no pueden ver satisfechos en un mínimo sus derechos de prestación positiva de acceso al agua potable, así como su autonomía, considerada también como libertad fáctica<sup>388</sup>, salvo cuando perciben filtros domiciliarios que son provistos por el Ministerio de Salud y la Dirección Regional de Salud, los que tienen una corta duración.

Cuando se vislumbren contextos de exclusión social, como el de las comunidades nativas, es decir, donde existen omisiones o acciones estatales insuficientes que afectan el mínimo existencial iusfundamental, requiere que se tenga en consideración lo siguiente<sup>389</sup>:

<sup>386</sup> Como parte de las funciones compartidas entre las municipalidades provinciales y distritales, se encuentra la administración y reglamentación directa o por concesión del servicio de agua potable, de conformidad con el artículo 80 de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades.

<sup>387</sup> CLÉRICO, Laura. "El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto". En: CARBONELL, Miguel y GRÁNDEZ CASTRO, Pedro. (coordinadores). *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo*. Lima: Palestra editores, 2010, p. 151.

<sup>388</sup> *Ibidem.*, p. 152.

<sup>389</sup> *Ibidem.*, p. 153.

- Una presunción en contra de la proporcionalidad de la omisión o acción insuficiente.
- La carga de la argumentación debe recaer en aquellos que alegan que la proporcionalidad de la omisión o acción es insuficiente.
- Una exigencia agravada de justificación, la desproporcionalidad de la omisión o acción insuficiente solo puede ser revertida si quien tiene la carga de la argumentación logra alegar y justificar razones importantes y viables.
- Si persisten dudas al final de la argumentación, la omisión o la acción estatal insuficiente será considerada como no proporcional.

De modo que al finalizar el examen del mandato de prohibición por omisión o insuficiencia estatal quedará demostrado si la omisión o acción atacada por insuficiente o defectuosa está o no justificada. Si la omisión o insuficiencia estatal no estuviera justificada, el examen dará como resultado su no constitucionalidad.

En caso se declare que la omisión del acceso al agua potable por parte de las comunidades nativas resulta no constitucional, será conveniente que el juez constitucional o el Tribunal Constitucional, de ser el caso, señale algunas pautas respecto a la obligación de hacer que tendría que efectuar el Estado, a efectos de posibilitar el ejercicio del derecho de acceso al agua potable.

En ese sentido, los jueces constitucionales si bien no ordenan el contenido de la acción que debe realizar el Estado, consideramos que sí deberían indicar los requisitos que debe cumplir con la selección de los medios adecuados hasta llegar a una solución en la que no solo se determina la obligación de hacer, sino también lo referente a la implementación que podría ser más adecuada para la solución del caso<sup>390</sup>.

Dicho esto, en primer lugar, el juez constitucional o el Tribunal Constitucional analizarían que la pretensión versa sobre la violación del derecho fundamental de acceso al agua potable, como contenido implícito del derecho a la salud de la comunidad nativa, debido a la omisión incurrida por parte del Estado.

En ese marco, debe recordarse que la eficacia de un derecho depende de su exigibilidad, en su aspecto activo, se entiende como la situación donde un titular lo goza y dispone de este; mientras que, en su aspecto pasivo, implica la posibilidad de reclamar la reposición de las cosas al estado anterior a la afectación ilegítima o renuencia del Estado o de los particulares a satisfacerlo<sup>391</sup>.

En segundo lugar, tendría que analizarse la normativa referente a las comunidades nativas y la regulación del acceso al agua potable a favor de ellas, este estudio daría como resultado que solo se contempla que se deben respetar los usos y costumbres

<sup>390</sup> CLÉRICO, Laura. Op. Cit, p. 154.

<sup>391</sup> HENAO PÉREZ, Juan Carlos. "El juez constitucional: un actor de las políticas públicas". En: *Revista de Economía Institucional*, Vol. 15, N° 29, Segundo Semestre, 2013, p. 74.

ancestrales, respecto al agua que discurre cerca al lugar donde viven, según se desprende de la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos y la Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la OIT.

En ese sentido, podría concluirse que no existe normativa específica referente al acceso al agua potable por parte de las comunidades nativas, a pesar que el artículo 40 de la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos contempla que *“el Estado garantiza a todas las personas el derecho de acceso a los servicios de agua potable, en cantidad suficiente y en condiciones de seguridad y calidad para satisfacer necesidades personales y domésticas”*.

En esta etapa de evaluación podría tenerse en consideración que algunas comunidades nativas se han visto beneficiadas de plantas de tratamiento temporal de agua, a pesar que no existe un dispositivo que establezca los lineamientos y parámetros que garanticen de modo idóneo el acceso al agua potable por parte de las comunidades nativas, cuya provisión de agua potable se debió a la declaratoria de emergencia ambiental ocurrida en las cuencas de los ríos del Pastaza, Tigres, Marañón y Corrientes, en mérito al Decreto Supremo N° 006-2014-SA.

En ese sentido, el juez constitucional o el Tribunal Constitucional podría exhortar al Parlamento a emitir una normativa especial, toda vez que la normativa vigente sobre el acceso al agua potable está básicamente enfocada a zonas urbanas, quedando en una situación de indefensión las comunidades nativas, más aún si los derechos fundamentales influyen en todo el ordenamiento jurídico y, por ende, conlleva que sirvan de pauta para el Parlamento al momento de elaborar proyectos normativos<sup>392</sup>.

Además que la emisión de una normativa especializada como la que se propone podría garantizar de un mejor modo el derecho fundamental de acceso al agua potable, el cual, al formar parte del contenido implícito del derecho fundamental a la salud, será necesario que exista un desarrollo a nivel legal, a efectos que este quede garantizado de un modo más idóneo. En concordancia con ello, podría tenerse como referencia el Plan de Mediano Plazo: 2013-2016 del Programa Nacional de Saneamiento Rural, a pesar de haber sido aprobado mediante un dispositivo de carácter reglamentario.

Sin perjuicio de un pronunciamiento como el que se propone, el juez constitucional o el Tribunal Constitucional podría señalar como parte de sus fundamentos que el acceso al agua potable de calidad no solo asegura el cumplimiento de los instrumentos internacionales de derechos humanos, sino que este acceso también se convierte en un mecanismo de erradicación de la pobreza.

Por ello, sería importante que antes del respectivo análisis sobre cuáles serían los criterios que el juez constitucional o el Tribunal Constitucional podría recomendar al Parlamento, sería recomendable que tenga en consideración que la falta de agua conlleva

<sup>392</sup> HESSE, Konrad. “Significado de los derechos fundamentales”, en BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE, HEYDE, *Manual de derecho constitucional*, Madrid: Marcial Pons, 1996, p.93.

una serie de limitaciones, a efectos de contextualizar la problemática, resultaría recomendable que tenga presente lo siguiente<sup>393</sup>:

Problema	Problema dimensiones de la pobreza	Efectos fundamentales
Falta de Agua, Saneamiento e Higiene	Salud	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Enfermedades relacionadas con agua y saneamiento.</li> <li>• Falta de desarrollo normal por desnutrición debida a enfermedades intestinales.</li> <li>• Menor expectativa de vida.</li> </ul>
	Educación	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Impacto sobre la asistencia escolar (especialmente niñas) por enfermedad, falta de salubridad o por tener que acarrear agua.</li> </ul>
	Género	<ul style="list-style-type: none"> <li>• La carga recae de modo no proporcional sobre las mujeres.</li> <li>• Limita la participación de las mujeres en la economía monetaria.</li> </ul>
	Ingreso/consumo	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Elevada proporción del presupuesto gastado en agua (en el caso de zonas periurbanas)</li> <li>• Menor potencial de generación de ingresos por mala salud.</li> <li>• Se destina mucho tiempo para acarrear agua.</li> <li>• Las oportunidades para dedicarse a otras actividades se ven limitadas.</li> </ul>

De igual modo, sería conveniente que se recurra a data oficial o sondeos etnográficos sobre la realidad en la que vive la comunidad nativa demandante y que, incluso, pueda evaluar la posibilidad de realizar actuaciones probatorias, tales como visitas, a fin que pueda constatarse el modo en el que viven estos colectivos, toda vez que el artículo 9 del Código Procesal Constitucional lo permite, conforme lo hemos manifestado previamente.

En ese sentido, la inversión en servicios de agua potable a la población debe ser vista como uno de los elementos fundamentales en las políticas sociales. Esto debido a que el derecho de acceso al agua potable no es tanto un fin que se satisface a través del mero consumo, sino que es igualmente un medio para tener un mejor servicio de salud y educación, más aún si se tiene en cuenta que el acceso al agua potable puede disminuir considerablemente la desnutrición crónica infantil<sup>394</sup>, “sino también la asistencia a la escuela”<sup>395</sup>.

De ahí que el juez constitucional o el Tribunal Constitucional podría señalar algunos presupuestos, a modo de pautas orientativas, que debería tener en cuenta el Parlamento.

<sup>393</sup> Tabla tomada de: Christophe Bosch, Kirsten Hommann, Claudia Sadoff, Lee Travers Agua, saneamiento y la pobreza. En: Biblioteca Virtual de Desarrollo Sostenible y Salud Ambiental de la Organización Panamericana de la Salud, 2001, p 3. En: <http://www.bvsde.paho.org/bvsacg/fulltext/pobreza.pdf>. Visto el 29 de noviembre de 2015.

<sup>394</sup> Infobarómetro de la Primera Infancia. Documento de Investigación sobre la Desnutrición Infantil Crónica. Grupo Inversión en la Infancia, Lima, 2012. En: [http://inversionenlainfancia.net/infobarometro/boletines/infome\\_desnutricion.pdf](http://inversionenlainfancia.net/infobarometro/boletines/infome_desnutricion.pdf). Visto el 30 de noviembre de 2015.

<sup>395</sup> MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. *Manual. Estándares internacionales sobre el derecho al agua. Serie: Estándares en derechos humanos. Número 2*, enero 2014, p.11.

Para tal efecto, podría esbozar como parte de su argumentación no solo lo contemplado en las sentencias recaídas en los Expedientes N°s 06534-2006-AA/TC, 6546-2006-PA/TC, 01573-2012-PA/TC, 03333-2012-PA/TC, 00666-2013-AA/TC y en el pronunciamiento esgrimido por el Comité DESC de las Naciones Unidas, sino también en pronunciamientos de otros organismos internacionales, tales como la Organización Panamericana de la Salud<sup>396</sup>, entre otros, así como jurisprudencia comparada.

Sin perjuicio de lo señalado, es menester resaltar que consideramos que los parámetros contemplados en los pronunciamientos desarrollados por el Tribunal Constitucional deberían ser adecuados respecto a las comunidades nativas, toda vez que el Estado tendría que procurar salvaguardar su estilo de vida. Por tanto, ameritaría que el Estado adopte diferentes medidas a las que se refiere a una zona urbana, periurbana, una comunidad campesina, comunidad nativa y pueblos en situación de aislamiento o en situación de contacto inicial.

Además, conforme ha quedado plasmado en el primer capítulo, las comunidades nativas han sido sujeto de discriminación histórica, dado que la presencia del Estado ha sido mínima durante muchos gobiernos. De otro lado, si bien existen mayores esfuerzos por salvaguardar los derechos fundamentales de estos colectivos, consideramos que se tornará lírico si el Estado solo pregona que se promueve la diversidad cultural y, por ende, el respeto del derecho a la identidad cultural.

Este último derecho quedará garantizado cuando el Estado promueva, ejecute y supervise programas de implementación de plantas potabilizadoras o de plantas de tratamiento temporal o instale acueductos o alcantarillado permanente o pozos subterráneos, consideramos que con ello realmente se asegurará la supervivencia de las comunidades nativas, en cumplimiento de la obligación de progresividad que tienen los Estados, es decir, que el Estado pueda ver el modo en el que las comunidades nativas puedan acceder a agua de calidad, esto es, libre de impurezas.

Si bien somos conscientes que la instalación de acueductos y alcantarillado permanente demandaría no solo un mayor costo, sino también una mayor planificación consideramos que, a efectos de asegurar la salud de quienes integran las comunidades nativas, el Estado, a través del Gobierno Nacional, Gobierno Regional de Loreto y Gobiernos Locales, podría seguir entregando *kits* relativos a la filtración de agua domiciliaria, de manera constante como acción mínima, aunque lo óptimo sería que pueda continuar con la instalación de plantas de tratamiento temporal de agua o construcción de pozos subterráneos, según corresponda; no obstante ello, paralelamente, el Parlamento tendría que elaborar y aprobar una normativa específica.

En síntesis, “los derechos fundamentales prestacionales no pueden ser considerados como simples emanaciones de normas programáticas, si con ello pretende describirseles

<sup>396</sup> Organización Panamericana de la Salud. Agua y saneamiento: Evidencias para políticas públicas con enfoque en derechos humanos y resultados en salud pública. Washington, OPS/PAHO, 2011. En: [http://www.paho.org/tierra/images/pdf/agua\\_y\\_saneamiento\\_web.pdf](http://www.paho.org/tierra/images/pdf/agua_y_saneamiento_web.pdf). Visto el 25 de agosto de 2015.

como atributos diferidos carentes de toda exigibilidad en el plano jurisdiccional, pues justamente su mínima satisfacción representa una garantía indispensable para la real vigencia de otros derechos fundamentales y, en última instancia, para la defensa misma de la persona humana y el respeto de su dignidad”<sup>397</sup>.

Esa mínima satisfacción a la cual hacemos referencia resultaría ser la provisión de *kits* de agua, respecto de los cuales se deberán realizar los procedimientos respectivos para que tengan acceso de mejor calidad al que suelen tener las comunidades nativas hoy en día, toda vez que consumen directamente de los ríos, los cuales se encuentran contaminados.

Sin perjuicio de ello, el Poder Ejecutivo podría ir desarrollando un plan conjuntamente con el Gobierno Regional de Loreto y los Gobiernos Locales respectivos. Dicha contribución sería lo mínimo que deberían hacer las autoridades responsables para proteger la prestación de carácter programático en un Estado social y democrático de Derecho y en una democracia participativa, encaminado precisamente a asegurar el goce efectivo del derecho fundamental de acceso al agua potable.

Sobre el goce efectivo de los derechos fundamentales, estimamos conveniente señalar, a modo de ejemplo, el criterio esgrimido por la Corte Constitucional de Colombia, la cual señaló que “si bien el accionante no tiene derecho a gozar de manera inmediata e individualizada de las prestaciones por él pedidas, sí tiene derecho a que por lo menos exista un plan”<sup>398</sup>.

En esa línea, dicho tribunal consideró que se desconocen las obligaciones constitucionales de carácter prestacional y programático, derivadas de un derecho fundamental, cuando la entidad responsable de garantizar el goce de un derecho ni siquiera cuenta con un programa o con una política que le permita avanzar progresivamente en el cumplimiento de sus obligaciones que derivan del reconocimiento de derechos fundamentales.

Por ello, la mera concepción de una política pública no es suficiente, esta debe estar acompañada de un plan de acción real para poner en marcha la política pública, las finalidades de cada paso del plan deben estar específicamente centradas en la garantía del goce efectivo del derecho fundamental del cual se derivaron las obligaciones progresivas y, además, que las etapas de decisión, elaboración, implementación y evaluación de la política deben desarrollarse en un contexto en el que se garantice la participación democrática de quienes van a verse afectados por ella.

Asimismo, la Corte Constitucional de Colombia señaló que también se viola la Constitución cuando a pesar de la existencia de un plan no es sensible a los verdaderos

---

<sup>397</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el Expediente N° 00050-2004-AVTC y 00051-2004-AVTC, fundamento 56.

<sup>398</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-760 de 2008.

problemas y necesidades de los titulares del derecho en cuestión o porque su ejecución se ha diferido indefinidamente o durante un periodo de tiempo irrazonable<sup>399</sup>.

En atención a la elaboración de planes, el Tribunal Constitucional del Perú ha señalado que deben existir algunos presupuestos respecto a la elaboración de un plan, conforme se desprende de la sentencia recaída en el expediente N° 0033-2010-PV/TC, fundamento 29. En este pronunciamiento, se indica que “aun cuando las formas o medios empleados para avanzar en la cobertura de aseguramiento de los afiliados independientes de EsSalud constituye un asunto que corresponde elegir y definir a las autoridades políticas y administrativas competentes, ello no priva de competencia de los Tribunales para controlar el cumplimiento o la eficacia del deber de progresividad”.

El Tribunal Constitucional consideró que aun cuando no defina las políticas públicas, sí puede controlar el cumplimiento de las medidas adoptadas por las entidades competentes; sin embargo, considera que la verificación de todo plan consistirá en evaluar lo siguiente:

- En primer lugar, verificar la existencia de planes concretos, debidamente estructurados, que se encuentren dirigidos a lograr la ampliación progresiva del derecho fundamental.
- En segundo lugar, controlar la realización de acciones concretas dirigidas a llevar dicho plan o programa al plano de la realidad, puesto que su prolongación indefinida en la ejecución de dicha política afecta la eficacia del deber de progresividad.
- En tercer lugar, evaluar que dichos planes hayan sido diseñados respetando un enfoque de derechos fundamentales, es decir, que tome en cuenta los niveles de protección mínimo de los derechos y la protección de poblaciones vulnerables.
- En cuarto lugar, examinar la inclusión de indicadores de evaluación de los programas y la transparencia en la rendición de cuentas.
- En quinto lugar, verificar si en la elaboración y seguimiento de dicha política se han brindado espacios de participación para la intervención y control de los ciudadanos, especialmente de los grupos involucrados en dichas medidas.

En ese sentido, aun cuando las autoridades políticas gocen de un amplio margen de acción en la fijación de medios para la consecución de un nivel adecuado de disfrute del derecho de acceso a los servicios de salud, existen ciertos requerimientos mínimos que las autoridades deben cumplir y que es obligación de los jueces controlar.

De modo que será tarea del juez constitucional o del Tribunal Constitucional impulsar, corregir o encaminar el accionar de dichas autoridades respecto al ejercicio del derecho fundamental de acceso al agua potable, a fin de evitar graves estados de insatisfacción de necesidades básicas que atenten directamente contra el principio de dignidad humana y el carácter normativo de la Constitución.

<sup>399</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-595-2002 y T-760-2008.

Sin perjuicio de lo expuesto, consideramos que, específicamente, el Tribunal Constitucional, toda vez que es el máximo intérprete de la Constitución, podría reformular y señalar nuevos contenidos mínimos respecto al acceso al agua potable, como parte del contenido del derecho a la salud, según lo señalado líneas arriba. De modo que, cuando las personas afectadas formen parte de un colectivo vulnerable como resultan ser las comunidades nativas, este colegiado pueda recomendar algunos presupuestos adicionales, bajo una visión intercultural, lo cual implica que el Estado entienda y comprenda la cosmovisión y respete la identidad étnica y cultural de estos colectivos, lo que redundará en una mejor calidad de vida.

Asimismo, el Tribunal Constitucional podría exhortar a quien ejecute la instalación de plantas de tratamiento temporal de agua potable o permanente o la construcción de pozos subterráneos tener en consideración lo siguiente:

- Con relación a la accesibilidad física, el agua y las instalaciones de agua deben estar al alcance físico de la población, de modo que, debe poderse acceder a un suministro de agua suficiente, salubre y aceptable en cada hogar, institución educativa o lugar de trabajo o en sus cercanías inmediatas.

Al respecto, la Organización Mundial de la Salud (OMS) ha señalado que la cantidad de agua que obtiene una persona para satisfacerse está determinada, en gran medida, por la distancia que debe recorrer para obtenerla. De acuerdo a ello, la OMS ha clasificado la accesibilidad del recurso hídrico en cuatro subniveles: no acceso, acceso básico, acceso inmediato y acceso óptimo<sup>400</sup>, lo cual podría ser objeto de comentario por parte del juez constitucional, a efectos que pueda recomendar a las autoridades competentes que tengan en cuenta estas variables:

Nivel de servicio	Distancia/Tiempo	Probabilidad de agua recolectada	Necesidades satisfechas	Intervención y acciones prioritarias
No acceso	Más de (1) kilómetro o más de 30 minutos de viaje.	Bastante bajo. (Por debajo de 5 litros por persona al día)	El consumo básico se ve comprometido y no puede asegurar las prácticas correctas de higiene.	Muy alto
Acceso básico	Menos de un kilómetro o menos de 30 minutos de viaje	No más de 20 litros al día por persona.	Se asegura el consumo básico y la higiene a un nivel primario. Sin embargo, por ejemplo, podría ser insuficiente para lavar la ropa en la casa.	Alto
Acceso intermedio	Suministro de agua en el inmueble a través de al menos un grifo.	En promedio 50 litros al día por persona.	Se asegura el consumo básico y la higiene a un nivel medio.	Bajo
Acceso óptimo	Suministro de agua en el inmueble a través de múltiples grifos.	Entre 100 y 200 litros de agua al día por persona.	Se garantiza un consumo básico de agua y las prácticas correctas de higiene	Muy bajo

Howard G. Bartram. *Domestic water quantity level and health*. World Health Organization, Geneva, 2003. [http://www.who.int/water\\_sanitation\\_health/diseases/WSH03.02.pdf](http://www.who.int/water_sanitation_health/diseases/WSH03.02.pdf)

<sup>400</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. T-740-11

- En ese sentido, el Estado debe adoptar medidas para velar porque las zonas rurales desfavorecidas tengan acceso a servicios de suministro de agua en buen estado de conservación.
- En caso se empiece con la instalación de plantas de tratamiento temporal de agua potable o la construcción de pozos subterráneos, estas deberían tener un número suficiente de salidas de agua (grifos) para evitar tiempos de espera desproporcionales.
- Que la instalación de plantas de tratamiento temporal de agua potable o los pozos subterráneos se encuentren a una distancia razonable de los hogares.
- Velar porque no se vea amenazada la seguridad personal cuando las personas pretendan obtener agua de las instalaciones respectivas.
- La calidad del agua apta para consumo humano implica la existencia de condiciones físico-químicas y bacteriológicas que aseguren su potabilidad, lo que significa que el agua que se va a consumir tenga el adecuado tratamiento y desinfección necesarios para el consumo humano, así como el control de los parámetros microbiológicos del agua, tanto de la distribuida por medio del servicio de acueducto como la de las fuentes superficiales y subterráneas.
- Que el Estado capacite a quienes integran las comunidades nativas, a fin que ellos/ellas puedan supervisar, monitorear y vigilar la instalación de plantas de tratamiento temporal o permanente o los pozos subterráneos.
- Que el Estado fomente la participación de mujeres y que tengan poder de decisión. En ese sentido, sería conveniente que ello se fomente a través de un diálogo intercultural, acorde con lo contemplado en la Constitución, en la CEDAW, el literal e) del artículo 6 de la Ley N° 28983, Ley de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres<sup>401</sup> y otros dispositivos relativos a materia ambiental.
- Con relación a la instalación de plantas temporales, las cuales tienen una duración de 20 años, y las plantas permanentes de agua potable, será necesario que el Parlamento pueda aprobar una ley sobre ordenamiento territorial y con ello reconocérseles la titularidad de las tierras donde viven y vivieron sus ancestros.

401

**Ley N° 28983, Ley de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, publicada el 16 de marzo de 2007 en el diario oficial El Peruano.**

**“Artículo 6.- De los lineamientos del Poder Ejecutivo, gobiernos regionales y gobiernos locales**

*El Poder Ejecutivo, gobiernos regionales y gobiernos locales, en todos los sectores, adoptan políticas, planes y programas, integrando los principios de la presente Ley de manera transversal. Para tal efecto, son lineamientos:*

*(...)*

*e) Promover la participación económica, social y política de las mujeres rurales, indígenas, amazónicas y afroperuanas así como su integración en los espacios de decisión de las organizaciones comunitarias, asociativas, de producción y otras, garantizando su acceso a una remuneración justa, indemnizaciones, beneficios laborales y de seguridad social, de acuerdo a ley, en igualdad de condiciones con los hombres.*

*(...)*”.

Con una medida en este sentido consideramos que podrían disminuir los conflictos sociales en la región de Loreto.

- En ese sentido, el juez constitucional o el Tribunal Constitucional, de ser el caso, podría establecer en su sentencia la importancia de la instalación de plantas de tratamiento permanente o temporal o la construcción de pozos subterráneos para las comunidades nativas y que ello implicaría que el Parlamento pueda elaborar una ley mediante la cual se regule el ordenamiento territorial en el departamento de Loreto, a efectos que, una vez delimitado ello puedan iniciarse los respectivos trabajos de instalación de acueductos y alcantarillado.
- Sin perjuicio de lo señalado, consideramos que la participación de las comunidades nativas, debe realizarse en el marco del respeto de la Constitución, si bien se respetan los usos y costumbres de las comunidades nativas, ello no puede ser interpretado de manera absoluta por cuanto, en un contexto de diálogo intercultural las autoridades competentes deberían capacitar no solo a hombres, sino también a mujeres, a efectos que puedan participar activamente en la gestión del recurso hídrico.
- En tal sentido, será importante que una vez se encuentren capacitadas más mujeres, puedan animarse a formar parte del grupo que tiene poder de decisión, de supervisión y vigilancia respecto a la gestión del agua potable, toda vez que consideramos que debe ser revalorado el rol que cumplen las mujeres en un colectivo vulnerable, a fin que pueda progresivamente eliminarse la discriminación que suele ocurrir respecto a ellas.
- En suma, ameritará que el Estado pueda consultar a las comunidades nativas sobre la repartición de filtración domiciliaria, de la instalación de plantas de tratamiento temporal de agua potable, de la construcción de pozos subterráneos o de la instalación de acueductos y alcantarillado permanente, toda vez que aun cuando todo ello les beneficie, será necesario que se efectúe el referido proceso de consulta previa por cuanto ello puede devenir en una afectación directa en ellas.

## CONCLUSIONES

1. Los pueblos originarios de la selva como consecuencia de la conquista y ulterior dominación colonial, así como luego de la independencia y del surgimiento de los nuevos Estados, también sufrieron la imposición de concepciones “asimilacionistas”, por cuanto eran considerados como culturas inferiores o incivilizadas.
2. Los dos mayores procesos históricos de los que se puede hacer referencia en la Amazonía peruana son las reducciones misionales de los siglos XVII y XVIII y el auge de la explotación del caucho durante el siglo XIX, el que ocasionó la desaparición de numerosos pueblos a consecuencia, principalmente, de enfermedades traídas por los foráneos, de masacres, reubicación forzada de pueblos originarios en zonas alejadas de sus territorios ancestrales, sucesos y excesos que llevaron a la muerte de miles de pobladores amazónicos durante el auge de la extracción cauchera.
3. Una de las consecuencias de la exclusión y discriminación que los pueblos amazónicos han tenido por siglos es que muchos de ellos aún tienen como única fuente hídrica para satisfacer sus necesidades básicas a los ríos que discurren con mayor proximidad a sus viviendas. En la actualidad, se sabe que para que estos colectivos accedan a una adecuada fuente hídrica es necesario conservar no solo los ríos, sino que también es necesaria la protección de las respectivas cuencas.
4. A pesar de ese conocimiento, en la actualidad, solo existen seis consejos de cuenca creados para ocho Gobiernos Regionales y ninguna involucra al Gobierno Regional de Loreto, a pesar que, en el año 2013, el Presidente de la República declaró en estado de emergencia ambiental las cuencas de los ríos Pastaza, Tigres, Corrientes y Marañón.
5. Atendiendo al referido contexto, el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, en mérito a la referida declaratoria de emergencia ambiental en los lugares citados, previo acuerdo con algunas comunidades nativas, instaló algunas plantas de tratamiento temporal de agua que favorecieron a sesenta y cinco comunidades nativas ubicadas en la región de Loreto.
6. A pesar de este esfuerzo, aún queda pendiente que el Estado realice este tipo de acciones a otras comunidades nativas, toda vez que, conforme al último listado oficial del Ministerio de Cultura, emitido a fines del año 2015, existen mil veintinueve comunidades, las cuales se encuentran en la región de Loreto, ubicadas en las siguientes provincias: Maynas, Requena, Datem de Marañón, Alto Amazonas, Ucayali, Alto Amazonas, Loreto, Mariscal Ramón Castilla, Putumayo.

7. Con relación a la calidad del uso del agua en Loreto y su incidencia en los pueblos amazónicos, consideramos que gran parte de los problemas en la cuenca amazónica tienen como origen la pésima calidad de los recursos hídricos, debido gran parte al desarrollo inadecuado de las actividades extractivas de hidrocarburos y vertimientos en los ríos, sin el debido tratamiento, lo que ha conllevado que el agua se encuentre contaminada y, en consecuencia, se haya incrementado el número de personas enfermas.
8. Entre las implicancias sociales sobre el acceso limitado al agua de los pueblos amazónicos existe data en la que se contempla que existe una limitación a las mujeres de las comunidades nativas, por cuanto son quienes suelen destinar gran parte de su tiempo para coleccionar agua de los ríos y, además, que esta limitación incide en la salud y en el inadecuado acceso a la educación de niñas y niños.
9. La falta de acceso al agua de calidad también genera conflictos sociales, sobre todo, cuando el Estado otorga, sin efectuar consulta previa, concesiones a empresas que se dedican a actividades extractivas y no evalúa las implicancias que posiblemente podrían suscitarse y que podrían afectar a las comunidades nativas y a los pueblos originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial, por cuanto muchas de ellas en la actualidad tienen como única fuente hídrica ríos adyacentes a las cuencas hidrográficas.
10. El acceso al agua conforme a algunos instrumentos internacionales es considerado un derecho humano, a pesar que ello no se encuentra reconocido expresamente en ningún tratado vinculante, por medio del cual los Estados Partes de las Naciones Unidas hayan suscrito que se comprometen a protegerlo.
11. Ello no ha sido óbice para que las Naciones Unidas haya emitido pronunciamiento respecto al acceso al agua como un derecho humano, mediante la Observación General N° 15, emitida por el Comité DESC, el cual, básicamente, contiene presupuestos respecto al acceso al agua en zonas urbanas.
12. A nivel interamericano, los pronunciamientos respecto al acceso al agua emitidos por la Corte IDH han versado sobre denuncias formuladas por pueblos originarios contra los Estados, cuyas denuncias fueron declaradas fundadas, debido a la vulneración del derecho a la vida y la integridad personal. Asimismo, a través de diversos pronunciamientos, se reconoció que los Estados deben permitir el acceso al agua conforme a los usos y costumbres, toda vez que ello garantiza su autodeterminación y su propia existencia.
13. Con relación a la experiencia comparada, se vislumbró que, a pesar que no existen instrumentos internacionales de derechos humanos vinculantes para los Estados Partes de las Naciones Unidas, algunos Estados han optado por

reconocerlo como un derecho fundamental, ejemplo de ello son las Constituciones de Bolivia, Ecuador y Uruguay.

14. Sin embargo, otra manera por medio de la cual se ha considerado el acceso al agua como un derecho fundamental ha sido a nivel jurisprudencial, desarrollado por los máximos tribunales de algunos Estados, tales como Argentina, Bolivia y Colombia. Con relación a Colombia, destacan varias sentencias respecto de las cuales no solo se aprecia un análisis que se limita a la Observación General N° 15 del Comité DESC de las Naciones Unidas, sino que, además, desarrolla algunos presupuestos de acuerdo a la realidad y cosmovisión de pueblos originarios.
15. Con relación al Perú, se aprecia que existen diversos dispositivos referentes a temas medioambientales, dispositivos puntuales relacionados con las comunidades nativas y los pueblos originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial, en las que en ambos se contempla que el Estado y los particulares deben respetar los usos y costumbres respecto al acceso a los ríos, siempre que sirva para satisfacer sus necesidades básicas.
16. Sin embargo, en el literal c) del artículo 5 de la Ley N° 28736, Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial se prevé que se protegerán las zonas donde habiten pueblos originarios, salvo que pueda ubicarse un recurso natural susceptible de aprovechamiento cuya explotación resulte de necesidad pública para el Estado, en cuyo caso se procederá de acuerdo a ley.
17. Sobre el particular, consideramos que esto último debería ser reevaluado por el Parlamento, toda vez que este poder del Estado podría elaborar un proyecto de ley que incluya parámetros, a fin de evitar actos arbitrarios por parte del Poder Ejecutivo. De ese modo, podrían constituirse nuevas reservas indígenas que beneficiaría a pueblos originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial, conforme al marco constitucional, más aún si es la propia Constitución la que reconoce el derecho a la identidad étnica y cultural.
18. Por otro lado, los dispositivos por medio de los cuales se regula o se hace referencia al agua potable se refieren, por lo general, a zonas urbanas, en consecuencia, no se vislumbra que exista una regulación específica respecto a las comunidades nativas, a fin que tengan garantizado un acceso a agua potable de calidad.
19. En esa misma línea, tampoco se aprecia, en general, que los Planes Nacionales contemplen parámetros respecto al acceso de agua potable, salvo el denominado Programa Nacional de Saneamiento Rural, Plan de Mediano Plazo: 2013-2016, el cual propone revalorar la participación y cambiar el rol que cumplen las mujeres que viven en zonas rurales, respecto al agua.

20. Para el Tribunal Constitucional del Perú el agua como fuente natural es un recurso natural que debe ser preservado no solo para las actuales generaciones, sino también para las futuras. De igual modo, revalora el hecho que el Estado y los particulares deban respetar los usos y costumbres que tienen las comunidades nativas respecto a los ríos a los cuales tienen acceso.
21. De otro lado, con relación al acceso al agua potable, este fue reconocido como un derecho fundamental de naturaleza prestacional por el Tribunal Constitucional del Perú, a pesar que la mayoría de pronunciamientos versan sobre la suspensión del servicio público de agua; sin embargo, lo que concita la atención es que en las dos primeras sentencias sobre este reconocimiento, este colegiado partió del derecho fundamental a la salud, para luego concluir que es un derecho fundamental no enumerado, en virtud del artículo 3 de la Constitución y, en consecuencia, que este es autónomo.
22. Con relación a la Amazonía peruana, específicamente, en el departamento de Loreto, consideramos que amerita efectuar un análisis sobre el acceso al agua de los pueblos originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial, así como de las comunidades nativas, en el marco de un Estado Constitucional de Derecho como es el Perú, toda vez que la regulación prevista en dispositivos de rango legal vigentes conlleva una insuficiente protección constitucional para que los pueblos amazónicos del Perú accedan, bajo condiciones óptimas, a los recursos hídricos que tienen a su alcance e, incluso, los pronunciamientos del Tribunal Constitucional no coadyuvan a garantizar este acceso.
23. La Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos cumplen un rol fundamental, toda vez que coadyuvan con la interpretación respecto al ejercicio de los derechos fundamentales de las comunidades nativas, así como de los pueblos originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial.
24. Asimismo, es importante revalorar el rol que cumple el Tribunal Constitucional y la Corte IDH como agentes de consolidación de la democracia y el afianzamiento del respeto de los derechos fundamentales respecto a quienes se encuentran social y económicamente en desventaja.
25. Respecto al acceso al agua potable, los pronunciamientos del Tribunal Constitucional si bien consolidan una serie de presupuestos, consideramos que estos han sido tomados, casi en su totalidad, de la Observación General N° 15 del Comité DESC de las Naciones Unidas, que data del año 2000, los cuales a nuestra consideración no resultan suficientes para salvaguardar a las comunidades nativas.

26. Por tanto, amerita que se establezcan nuevas pautas que puedan ser tomadas en consideración por el Parlamento, al momento de elaborar una normativa especializada en la materia y el propio Tribunal Constitucional, en su calidad de máximo intérprete de la Constitución.
27. En atención a las pautas a tener en cuenta, consideramos que los pronunciamientos señalados por la Corte IDH, respecto al acceso al agua, son muy importantes a pesar de no existir un amplio desarrollo teórico. De sus sentencias se desprende que, en el caso de los pueblos originarios, existe una relación estrecha entre ellos y el agua, no solo porque salvaguarda su propia cosmovisión, sino, sobre todo, su propia existencia.
28. De otro lado, consideramos que el acceso al agua no puede estar desligado de la aplicación del enfoque intercultural, es decir, que no basta que se reconozca que el Perú es un país multicultural, conforme se vislumbra en algunas sentencias del Tribunal Constitucional, sino que debe afianzarse el hecho que el Estado debe propiciar y realizar diálogos permanentes con las comunidades nativas, a efectos de que sus necesidades básicas queden satisfechas.
29. Así, debe tenerse en consideración que garantizar el acceso al agua tanto como fuente natural y/o como agua potable implica que también los pueblos originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial y las comunidades nativas puedan verse beneficiadas en función a las obligaciones prestacionales que tiene el Estado respecto a ellos e, incluso, los particulares.
30. Con relación a la naturaleza jurídica del acceso al agua de los pueblos amazónicos, si bien el Tribunal Constitucional ha reconocido el derecho fundamental al agua potable, en virtud del artículo 3 de la Constitución, consideramos que el referido acceso puede ser reconducido como parte del contenido implícito de dos derechos fundamentales.
31. En atención al uso de los recursos hídricos como fuente natural, implicará que se garantice el ejercicio al derecho fundamental a un medio ambiente equilibrado y adecuado; mientras que, respecto al acceso al agua potable corresponderá que sea interpretado como el contenido implícito del derecho fundamental a la salud.
32. En el caso de las comunidades nativas al ser un colectivo vulnerable, por una parte amerita que se preserven sus usos y costumbres ancestrales, así como para los pueblos originarios en situación de aislamiento voluntario y en situación de contacto inicial y, en ese sentido, tanto el Estado como los particulares deberían garantizar que ambos colectivos puedan acceder a un río que no se encuentre contaminado.

33. Sin embargo, también será necesario que, con relación a las comunidades nativas, dada su exposición y alto riesgo por la contaminación de los ríos, el Estado deba tomar medidas urgentes que garanticen el acceso al agua de calidad. Atendiendo a ello, es necesario que el Estado destine mayores esfuerzos y despliegue más acciones conducentes a brindar agua potable, a fin de preservar la propia existencia de tales colectivos.
34. Con relación al acceso al agua potable, consideramos que ello no podría quedar garantizado para los pueblos originarios en situación de aislamiento voluntario y en situación de contacto inicial, toda vez que el solo contacto o conversación con ciudadanos podría ocasionarles enfermedades o, incluso, la muerte, dado que su sistema inmunológico no se encuentra adaptado, de ahí que el Estado deba tener una mayor protección en favor de estos colectivos.
35. Sobre estos últimos, es necesario que se amplíe el contenido del acceso al agua, bajo el marco del derecho a gozar de un medio ambiente adecuado y equilibrado. Al respecto, se consideró que en la medida que los ríos y/o las cuencas hidrográficas resultan ser las únicas fuentes de acceso al agua de las comunidades nativas y, sobre todo, de los pueblos originarios en situación de aislamiento y de contacto inicial, el Estado debe evaluar medidas que garantizan su supervivencia.
36. Si bien existen mínimos acercamientos entre las autoridades y los pueblos originarios en situación de contacto inicial, toda vez que una acción contraria a ella podría ser sumamente perjudicial, consideramos que el Tribunal Constitucional, sobre la base de un caso concreto, pueda interpretar la normativa referente a la protección de estos pueblos, así como de los pueblos originarios en situación de aislamiento, en la medida que no queda claro los supuestos específicos para que el Estado o los particulares puedan aprovechar un recurso hídrico, el cual podría ser utilizado con la sola justificación de la *necesidad pública*.
37. De modo que, será necesario que el Estado pueda sumar mayores esfuerzos respecto a la posibilidad de crear algunas reservas indígenas, bajo un estudio pormenorizado e interdisciplinario, a fin que estos colectivos que son vulnerables no queden en un mayor estado de indefensión. Por tanto, no bastará que el Estado adopte una posición abstencionista, sino, por el contrario, una posición activa encaminada a respetar los usos y costumbres no occidentalizados. En ese marco, también podría revalorar los consejos de cuencas hidrográficas y realizar mayores sinergias con comunidades nativas, a fin de salvaguardar a poblaciones aún más vulnerables.
38. Con relación al derecho de acceso al agua potable de las comunidades nativas, consideramos que respecto al contenido mínimo de este derecho no solo debe quedar garantizada la calidad, la suficiencia y la accesibilidad física y económica,

sino también que se promueva y quede garantizada la participación, conforme a su lengua originaria, en cuyo caso, será necesario la asignación de un traductor, conforme a la consulta previa por cuanto una obra de infraestructura o la instalación de una planta de tratamiento temporal o la construcción de pozos subterráneos implica una incidencia directa en la vida tradicional de estos colectivos.

39. La participación no solo estará garantizada antes de la instalación o inicio de obras, sino que también deberá respetarse durante la ejecución y la supervisión. En correspondencia con ello, debe garantizarse una adecuada información en igualdad de oportunidades a favor de hombres, mujeres, niños y niñas, a fin que no vean afectada en demasía sus estudios y otras actividades que también pretendan realizar.
40. Con relación a la participación de los pueblos amazónicos, consideramos que, básicamente, esta debería quedar garantizada respecto a las comunidades nativas, tanto respecto a la participación en los consejos de cuencas hidrográficas, cuya participación ha quedado reconocida en la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos, pero no se han establecido los mecanismos específicos por medio de los cuales puede señalar su posición, en la medida que puede ser un representante de una comunidad que se encuentre seriamente afectada con la contaminación de una cabecera de cuenca.
41. Respecto al acceso al agua potable por parte de las comunidades nativas, sería conveniente que el Estado, a través de la formulación de consulta previa pueda promover la participación de la parte afectada o potencialmente afectada con adecuada información.
42. En ese sentido, el Estado, a través de sus tres niveles de gobierno podría realizar esfuerzos estratégicos, a fin que estos colectivos puedan estar capacitados para supervisar, monitorear y vigilar la provisión de filtración domiciliar de agua o para la instalación de plantas de tratamiento temporal o respecto a la instalación de acueductos y alcantarillado permanente o la construcción de pozos subterráneos.
43. Con relación a la instalación de plantas permanentes y temporales de agua potable, las cuales tienen una duración de 20 años, será necesario que el Parlamento pueda aprobar una ley sobre ordenamiento territorial y con ello reconocérseles la titularidad de las tierras donde viven y vivieron sus ancestros. Con una medida en este sentido consideramos que podrían disminuir los conflictos sociales en la región de Loreto.
44. Sin perjuicio de lo señalado, consideramos que la referida participación, debe realizarse en el marco del respeto de la Constitución, si bien se respetan los usos y costumbres de las comunidades nativas, ello no puede ser interpretado de

manera absoluta por cuanto, en un contexto de diálogo intercultural, las autoridades competentes deberían capacitar no solo a hombres, sino también a mujeres, a efectos que puedan participar activamente en la gestión del recurso hídrico.

45. Será importante que una vez se encuentren capacitadas más mujeres, puedan animarse a formar parte del grupo que tiene poder de decisión, de supervisión y vigilancia respecto a la gestión del agua potable, en la medida que consideramos que debe ser revalorado el rol que cumplen las mujeres en un colectivo vulnerable, a fin que pueda progresivamente eliminarse la discriminación que suele ocurrir respecto a ellas.
46. El reconocimiento tiene como contrapartida una serie de exigencias que corresponde no solo al Estado, sino también a los particulares por cuanto todos y todas se encuentran en el deber de respetar y cumplir la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos, así como las interpretaciones que de ella se deriven, como las que desarrolla el Tribunal Constitucional y la Corte IDH.
47. Adicionalmente, se ha podido apreciar que el Perú en comparación con otros países de la región, aún no ha desarrollado esta problemática a nivel legislativo, ni jurisprudencial, a pesar que históricamente se sabe que existen en la Amazonía pueblos milenarios que han subsistido por siglos, pero que, debido, sobre todo, a las actividades extractivas que empezaron en la década de los setenta, las comunidades nativas, así como los pueblos originarios se han visto sumamente afectados por la contaminación de los ríos a los cuales acceden.
48. Así, por ejemplo, sería meritorio que, a futuro, el Parlamento antes de emitir un pronunciamiento sobre esta temática realice un estudio comparado sobre la regulación a favor de los pueblos amazónicos, sobre todo de Argentina, Bolivia, Colombia y Ecuador, las cuales resultan acordes con el Convenio N° 169 de la OIT y, a nuestro parecer, resultan más garantistas frente a colectivos vulnerables.
49. En la medida que el acceso al agua a favor de los pueblos amazónicos ha sido considerado como contenido implícito del derecho fundamental a la salud o como parte del ejercicio del derecho fundamental a un medio ambiente adecuado y equilibrado, de ella se derivan una serie de obligaciones tanto respecto al Estado como a los particulares.
50. De ahí que ante el incumplimiento de un derecho fundamental de esta naturaleza, resulta viable que se interponga un proceso constitucional de amparo o un proceso de inconstitucionalidad o un proceso de acción popular, según corresponda, por cuanto consideramos que sería un mecanismo de tutela a través del cual el juez o el Tribunal Constitucional podría señalar presupuestos para que el Poder Ejecutivo

y/o el Parlamento y/o los Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales puedan garantizar de un modo más óptimo el acceso al agua y con ello quede garantizado el derecho a la identidad cultural y la vida digna de los pueblos amazónicos de Loreto.

51. Por tanto, al versar nuestro objeto de estudio en un derecho económico, social y cultural, consideramos que en caso el Parlamento no se involucre con la problemática del acceso al agua a favor de los pueblos amazónicos, el juez constitucional y el Tribunal Constitucional podrían impartir los criterios que se han plasmado en la presente investigación y con ello emitir algunos lineamientos para que pueda ejecutarse una adecuada política pública.
52. Si bien, somos conscientes, que existen posiciones contrarias a que los jueces no pueden impartir políticas públicas, sí consideramos que a través de una sentencia enmarcada en un proceso constitucional, a través de la *ratio decidendi* y *obiter dicta*, puede coadyuvar con el sistema democrático, dada la inacción por parte del Estado para cumplir con sus obligaciones e, incluso por parte de los particulares.
53. De modo que, no bastará que en un proceso constitucional de amparo, por ejemplo, se aduzca que no existe presupuesto suficiente para adoptar medidas que garanticen el ejercicio de un derecho fundamental, sino que, respecto al Estado, este deberá señalar planificaciones que resulten viables, con lo cual quedaría demostrado que existe voluntad política para revertir la situación que demandan los pueblos amazónicos.
54. Para tal efecto, sería necesario que, posteriormente, exista un seguimiento sobre el cumplimiento de las sentencias que emita el Tribunal Constitucional, el cual no ha sido materia de estudio, por cuanto desbordaría nuestro tema de investigación.

## BIBLIOGRAFÍA

## LIBROS Y TESIS

- ABAD YUPANQUI, Samuel.  
2008 *El proceso constitucional de amparo*. Lima: Gaceta Jurídica.
- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian.  
2009 *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.
- AGUILÓ REGLA, Josep.  
2012 *Teoría general de las fuentes del Derecho (y el orden jurídico)*. Barcelona: Ariel.
- ALEXY, Robert.  
1993 *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.  
1997 *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ALVARADO, Virgilio.  
2002 "Políticas públicas e interculturalidad". En: FULLER, Norma (Editora). *Interculturalidad y política. Desafíos y posibilidades*. Lima: Universidad del Pacífico, PUCP e IEP.
- ALZA BARCO, Carlos.  
2008 "Conflictividad en el Perú: una lectura desde las políticas públicas". En: PEASE GARCÍA, Henry y VILLAFRANCA, Luis. *Aula Magna. Reforma del Estado. El papel de las políticas públicas*. Fondo Editorial de la PUCP.
- ARDITO VEGA, Wilfredo.  
2009 *Derechos colectivos de los pueblos indígenas: El caso peruano*. Cuzco: Centro de Estudios Regionales Andinos Bartolomé de las Casas.
- ARISTÓTELES.  
2006 *Ética a Nicómaco*. Traducción de Vicente Gutiérrez. Madrid: Mestas.
- ATIENZA, Manuel.  
2006 *El Derecho como argumentación*, Barcelona: Ariel.
- BALAGUER CALLEJÓN, Francisco.  
1992 *Fuentes del Derecho*. Tomo II, Madrid: Tecnos.
- BARRANCO AVILÉS, María del Carmen.  
2011 *Constitucionalismo y función judicial*. Lima: Grijley.
- BASADRE AYULO, Jorge.  
2000 *La historia de las codificaciones en el Perú*. Lima: Cultural Cuzco.

- BAUDIN, Louis.  
1972 *El imperio socialista de los incas*. 7ª edición. Madrid: Rodas.
- BAZÁN, Víctor.  
2005 “Los derechos económicos, sociales y culturales en acción: sus perspectivas protectorias en los ámbitos interno e interamericano” En: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. 2005.
- BEITZ, Charles R.  
2012 *La idea de derechos humanos*. Madrid: Marcial Pons.
- BERNAL PULIDO, Carlos.  
2005 *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos.  
2007 *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
- BOBBIO, Norberto.  
2001 *El futuro de la democracia*, México: Fondo de Cultura Económica.  
1991 *El tiempo de los derechos*. Traducción de Rafael de Asis Roig. Madrid: Sistema.
- BOCKENFORDE, Ernst Wolfgang.  
1993 *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft.
- BOELENS, Rutgerd y ZWARTEVEEN, Margaret.  
2007 “Las dimensiones de género de los derechos de agua en los sistemas de riego andino”. En: *Derechos de agua y acción colectiva*. Primera reimpresión, Lima: Instituto de Estudios Peruanos.
- BOELENS, Rutgerd, CREMERS, Leontien; y, ZWARTEVEEN, Margreet (Editores).  
2010 *Justicia hídrica. Acumulación, conflicto y acción social*. Lima: IEP.
- BURGA, Manuel.  
1976 *De la encomienda a la hacienda capitalista. El valle del Jequetepeque del siglo XVI al XX*. Lima: IEP.
- BUOB CONCHA, Luis Carlos.  
2012 *Criterios y mecanismos para la protección jurídica del derecho humano al agua de los pueblos indígenas en su dimensión colectiva a través de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Tesis para optar el título profesional de abogado.  
[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4\\_uibd.nsf/3074234ED060C3BF05257BE1005E3992/\\$FILE/LBuob.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/3074234ED060C3BF05257BE1005E3992/$FILE/LBuob.pdf)

CARBONELL, Miguel.

2004 "Problemas constitucionales del multiculturalismo". En: *Derecho constitucional y cultura. Estudios en homenaje a Peter Haberle*. Madrid: Tecnos.

CÁRDENAS ROMERO, Federico

2010 *Tomando la constitución cultural en serio: análisis crítico de la constitución y de las sentencias del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la diversidad cultural*. Tesis para obtener el título de abogado por la PUCP.

CASCAJO CASTRO, José Luis.

1988 *La tutela constitucional de los derechos sociales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis.

2013 "Marco dogmático del proceso constitucional de acción popular". En: HUERTA GUERRERO, Luis. *Sentencias del Poder Judicial frente a normas ilegales e inconstitucionales. Resoluciones de acción popular de observancia obligatoria para la Administración pública y los abogados*. Lima: Gaceta Jurídica.

CENTRAL ASHANINKA DEL VALLE DEL RÍO ENE-CARE.

2011 *Kametsa Asaika. El vivir bien de los Asháninkas del río Ene*. Lima: CARE.

CHIRIF, Alberto y CORNEJO CHAPARRO, Manuel.

2009 *Imaginario e imágenes de la época del caucho: los sucesos del Putumayo*. Lima: CAAAP.

CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo.

1997 "La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares". *Comisión Andina de Juristas. Derechos fundamentales e interpretación. Lecturas sobre temas constitucionales*. N° 13, Lima: Ciedla y Konrad Adenauer Stiftung.

CLÉRICO, Laura.

2010 "El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto". En: CARBONELL, Miguel y GRÁNDEZ CASTRO, Pedro. (coordinadores). *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo*. Lima: Palestra editores.

COBIÁN DE PLAZA, María Beatriz

2007 *Estado, políticas sociales y ciudadanía social: el caso del agua para el consumo humano en el Perú*. Tesis para optar el grado de magíster en Sociología por la PUCP.

CONSTITUCIONALISMO CRÍTICO.

2012 *Diccionario de Derecho Constitucional Contemporáneo*. Lima: Gaceta Jurídica.

COSSÍO DÍAZ, José Ramón.

1989 *Estado social y derechos de prestación*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- COSTA Y CAVERO, Ramón.  
1916 *El Código de aguas. Breves notas sobre su aplicación*. Lima: Imp. Del Boletín de Ciencias, Artes e Industrias.
- COTO ZEVALLOS, José Luis.  
2010 *Equidad en el acceso al agua en la ciudad de Lima: una mirada a partir del derecho humano al agua*. Tesis para obtener el título de abogado por la PUCP.
- COTLER, Julio.  
2013 *Clases, Estado y Nación en el Perú*. Tercera reimpresión. Lima: Instituto de Estudios Peruanos.
- DARCY, Norberto C.  
“El derecho humano al agua y su recepción como derecho fundamental en Argentina”. *Documento de Trabajo N° 06-2010, Programa Regional de Apoyo a las Defensorías del Pueblo en Iberoamérica, Universidad de Alcalá*.
- DE CASTRO CID, Benito  
1989 “La fundamentación de los derechos humanos (reflexiones incidentales)”. En: PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid.
- DE OTTO, Ignacio.  
1998 *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel.
- DE SOUSA SANTOS, Boaventura.  
2012 “Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad”. SOUSA SANTOS, Boaventura y EXENI RODRÍGUEZ, José Luis (Editores). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*. La Paz: Abya-Yala.
- DE VEGA GARCÍA, Pedro.  
1987 *Estudios político constitucionales*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO.  
2007 *Informe extraordinario. Los conflictos socioambientales por actividades extractivas en el Perú*.
- 2012 Informe Defensorial N° 156. “*Violencia en los conflictos sociales*”.
- 2014 *Reporte mensual de conflictos sociales N° 123*.
- 2014 *Acciones del Estado frente a la Declaratoria de Emergencia Ambiental en la Cuenca del río Pastaza. Supervisión a la implementación del Plan de Acción Inmediato y de corto plazo*
- 2015 *Informe Defensorial N° 169. La defensa del derecho de los pueblos indígenas amazónicos a una salud intercultural*.

2015 *Informe Defensorial N° 170. El derecho humano al agua y saneamiento. El control del gasto público en la ejecución de infraestructura de acceso.*

2015 *Conflictos sociales y recursos hídricos. Serie Informes de Adjuntía-Informe N° 001-2015-DP/APCSG*

DEGREGORI, C.I.

1993 "Identidad étnica: movimientos sociales y participación política en el Perú, en: A. Adrianzén (editor), *Democracia, etnicidad y violencia política en los países andino*, Instituto de Estudios Peruanos-Instituto Francés de Estudios Andinos, Lima.

DEL CASTILLO PINO, Laureano.

2008 "El régimen legal del agua". En: GUEVARA GIL, Armando (editor). *Derechos y conflictos de agua en el Perú*. Lima: Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

DÍAZ REVORIO, Francisco Javier.

1997 *Valores superiores e interpretación constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

2004 *La "Constitución abierta" y su interpretación*. Lima: Palestra editores.

ESCOBAR ROCA, Guillermo.

1995 *La orientación constitucional del medio ambiente*. Madrid: Dykinson.

ESPINOZA SORIANO, Waldemar.

2006 *Amazonía del Perú. Historia de la Gobernación y Comandancia General de Maynas (Hoy Regiones de Loreto, San Martín, Ucayali y Provincia de Condorcanqui). Del siglo XV a la primera mitad del siglo XX*. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú, Banco Central de Reserva del Perú y PromPerú, p. XII.

ETO CRUZ, Gerardo y RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger.

2009 "La agenda multicultural: problemas inconclusos en el siglo XXI. Estudio Preliminar". En: PEÑA JUMPA, Antonio. *Multiculturalidad y Constitución: el caso de la justicia comunal aguaruna en el Alto Marañón*. Lima: Centro de Estudios Constitucionales.

FERNÁNDEZ-GALIANO, Antonio.

1989 "Carta al profesor Javier Muguerza". En: PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio (ed.). *El fundamento de los derechos humanos*. Madrid.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio y ARGUELLO LEMUS, Jacqueline.

2012 "Aspectos constitucionales del multiculturalismo en América Latina: el caso de los pueblos indígenas". En: *Pensamiento constitucional*, Año XVI, N° 16.

FERRAJOLI, Luigi.

2010 *Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción*. Traducción de Miguel Carbonell. México D.F.: Instituto Nacional de Ciencias Penales.

2003 "Pasado y futuro del Estado de derecho". En: CARBONELL, Miguel (ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid: Trotta.

2001 “Derechos fundamentales”. En: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.

FISS, Owen.

2007 *El derecho como razón pública. Traducción de Esteban Restrepo*. Madrid: Marcial Pons.

FULLER, Norma.

2015 “Género, justicia e interculturalidad. Una relación problemática”. En: *Justicia, derecho y sociedad. Debates interdisciplinarios para el análisis de la justicia en el Perú*. LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (Coordinadora). Lima: Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú, 2015.

2002 *Interculturalidad y política. Desafíos y posibilidades*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

GADAMER, Hans-Georg

2000 *Elogio de la teoría. Discursos y artículos*, Barcelona: Editorial Península.

GARCÍA PELAYO, Manuel.

1980 *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza Editorial.

GARCÍA SAYÁN, Diego.

2011 Derecho de los pueblos indígenas y justicia interamericana. Tesis para optar el grado de magíster en Política Jurisdiccional en la PUCP.

GARCÍA TORRES, Jesús y JIMÉNEZ BLANCO, Antonio.

1986 *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas.

GARCÍA, M.E.

2008 *Desafíos de la interculturalidad. Educación, desarrollo e identidades indígenas en el Perú*, traducción de R. M. Vargas, Lima: Instituto de Estudios Peruanos.

GARGARELLA, Roberto y COURTIS, Christian.

2009 “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes”. En: *Serie Políticas Sociales*. Nº 153. Santiago de Chile, CEPAL, p. 32.

GARZÓN, Ernesto.

2006 “¿Cuál es la relevancia moral del concepto de dignidad humana?”. En: *Tolerancia, dignidad y democracia*. Fondo Editorial Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, pp. 273-274;

GONZÁLEZ MORENO, Beatriz.

2002 *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*. Madrid: Universidad de Vigo/Civitas.

GRÁNDEZ CASTRO, Pedro.

2013 “La interpretación constitucional como argumentación concretizadora de normas: un esquema preliminar”. En: *La argumentación jurídica en el Estado Constitucional*: Lima: Palestra Editores.

- 2010 *Tribunal Constitucional y argumentación jurídica*. Lima: Palestra.
- GUASTINI, Ricardo.  
2007 “Sobre el concepto de Constitución”. En: M. CARBONELL (ed.). *Teoría del Neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta.
- 2003 *Estudios de teoría constitucional*, México: UNAM y FONTAMARA.
- GUEVARA GIL, Armando.  
2009 *Diversidad y complejidad legal. Aproximaciones a la antropología e historia del derecho*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- GUILLERMO LUMBRERAS, Luis.  
1988 *De los orígenes de la civilización en el Perú*. Lima: Peisa.
- HABERLE, Peter.  
2008 *Pluralismo y constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. por Emilio Mikunda-Franco. Madrid: Tecnos.
- 2000 *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Traducción de Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos.
- HAKANSSON NIETO, Carlos  
2012 *Curso de Derecho Constitucional*. Segunda edición, Palestra: Lima.
- HESSE, Konrad.  
1985 *Derecho constitucional y derecho privado*. Madrid: Civitas.
- 1996 “Significado de los derechos fundamentales”, en BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE, HEYDE, *Manual de derecho constitucional*, Madrid: Marcial Pons.
- HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R.  
2012 *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*. Traducción de Stella Mastrangelo. Buenos Aires: Siglo XXI editores.
- HUERTA GUERRERO, Luis Alberto.  
2013 *Sentencias del Poder Judicial frente a normas ilegales e inconstitucionales. Resoluciones de acción popular de observancia obligatoria para la Administración pública y los abogados*. En: CASTILLO CÓRDOVA, Luis y HUERTA GUERRERO, Luis. “Marco dogmático del proceso constitucional de acción popular”. Lima: Gaceta Jurídica.
- 2012 *Protección judicial del derecho fundamental al medio ambiente a través del proceso constitucional de amparo*. Tesis para optar por el grado de doctor en derecho.
- HUERTAS CASTILLO, Beatriz.  
2012 “Despojo territorial, conflicto social y exterminio”. En: *Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial*. Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas: Dinamarca, 2012.

2008 “Autodeterminación y salud”. En: *El derecho a la salud de los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial*, IWGIA, Lima, 2008.

IBARRA, F.

2007 “Multiculturalismo y Estado de bienestar en Latinoamérica”, nota preliminar al libro de Banting, K. y Kymlicka, W. En: *Derechos de las minorías y Estado de bienestar*. México D. F.: UNAM.

INDACOCHEA PREVOST, Úrsula.

2015 “Reflexiones acerca del sentido y las estrategias de fundamentación de los derechos humanos”. En: *Derechos humanos y constitucionalismo crítico. Colección Derecho Procesal de los Derechos Humanos, 5*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Editorial Ubijus

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA (INEI)

2010 Estado de la Niñez Indígena en el Perú. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF). Lima, agosto.

INSTITUTO RIVA-AGÜERO

2008 *Historia del Petróleo en el Perú*. Lima: Fondo editorial PUCP.

ISCH, L.

2011 “La contaminación del agua como proceso de acumulación”. En: BOELENS, Rutgerd, CREMERS, Leontien; y, ZWARTEVEEN, Margreet (Editores). *Justicia hídrica. Acumulación, conflicto y acción social*. Lima: IEP.

JIMÉNEZ CAMPO, J.

1995 “Interpretación conforme” e “Interpretación constitucional”, En: *Enciclopedia jurídica básica*, Madrid: Civitas.

JULIO ESTRADA, Alexei.

2001 *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

KLUG, Ulrich.

2008 Problemas de filosofía y pragmática del Derecho. Fontamara, México D.F.

KYMLICKA, Will.

1996 *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Barcelona: Paidós.

LANDA ARROYO, César.

2010 “Presentación”. En: TRIBE, Laurence y DORF, Michael. *Interpretando la Constitución*. Lima: Palestra.

2006 “Interpretación constitucional y Derecho Penal”. En: *Jurisprudencia y doctrina penal constitucional*. Segundo seminario. Lima: Centro de Estudios Constitucionales.

LAPORTA,

2007 *El imperio de la ley. Una visión actual*. Madrid: Trotta.

LEIBHOLZ, Gerard.

1971 *Problemas fundamentales de la democracia moderna*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1971.

LEÓN FLORIÁN, Felipe Johan y ROJAS BERNAL, José Miguel.

2011 “Posibilidades y peculiaridades de la protección procesal de los derechos sociales”. En: *Horizontes contemporáneos del Derecho Procesal Constitucional. Liber amicorum Néstor Pedro Sagués*. Tomo II. Lima: Adrus.

LÓPEZ GUERRA, Luis y otros (autores).

2000 *Derecho Constitucional*. Volumen I, cuarta edición, Valencia: Tirant lo Blanch.

MARTIN RUBIO, María del Carmen.

1991 *Historia de Maynas, un paraíso perdido en el Amazonas. En conmemoración del V Centenario del Descubrimiento de América*. Madrid: Atlas.

MARTÍN, Liber.

2014 “El derecho al agua. Evolución, reconocimiento y ejercicio en el contexto latinoamericano”. En: GUEVARA GIL, Armando y VERONA BADAJÓZ, Aarón (Editores). *El derecho frente a la crisis del agua en el Perú. Primeras Jornadas de Derecho de Aguas*, Lima: Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho.

MINISTERIO DEL AMBIENTE.

2013 *Informe Nacional del Estado del Ambiente*. 2012-2013.

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS.

2014 *Manual. Estándares internacionales sobre el derecho al agua*. Serie: Estándares en Derechos Humanos. Número 2, enero.

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS y MINISTERIO DE LA MUJER Y POBLACIONES VULNERABLES.

2015 *El enfoque de género en la elaboración de proyectos normativos. Guía práctica para la asesoría jurídica en la Administración Pública*, Lima.

MINISTERIO DE SALUD. DIRECCIÓN GENERAL DE EPIDEMIOLOGÍA. DIRECCIÓN REGIONAL DE SALUD DEL CUSCO.

2014 *Análisis de situación de salud (ASIS) del Pueblo Nanti del Alto Camisea, Reserva Territorial Kugapakori, Nahua, Nanti*. Camisea, Cusco.

MUGUERZA, Javier

1989 “La alternativa del disenso”. En: PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio (editor). *El fundamento de los derechos humanos*. Madrid.

NAGEL, Thomas

1996 *Igualdad y parcialidad: bases éticas de la teoría política*. Traducido por J.F. Álvarez, Barcelona: Paidós.

NARANJO DE LA CRUZ, Rafael

2000 *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- NIKKEN, Pedro  
1994 *El concepto de derechos humanos*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José.
- NUSSBAUM, Martha  
2012 *Crear capacidades. Propuesta para el desarrollo humano*. Paidós, Barcelona.
- OTTO Y PARDO, Ignacio de.  
1988 *Derecho constitucional: sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel.
- PANFICHI, Aldo y CORONEL, Omar.  
2011 “Los conflictos hídricos en el Perú 2006-2010: una lectura panorámica”. En: BOELENS, Rutgerd, CREMERS, Leontien; y, ZWARTEVEEN, Margreet (Editores). *Justicia hídrica. Acumulación, conflicto y acción social*. Lima: IEP.
- PASAPERA, Manuel Santos.  
1902 *La ley de aguas con sus antecedentes*. Lima: Impr. Y Libr. De San Pedro.
- PEASE GARCÍA, Henry.  
2008 “Régimen democrático y políticas públicas”. En: PEASE GARCÍA, Henry y VILLAFRANCA, Luis. *Aula Magna. Reforma del Estado. El papel de las políticas públicas*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
- PEASE GARCÍA, Henry y VILLAFRANCA, Luis.  
2008 *Aula Magna. Reforma del Estado. El papel de las políticas de las políticas públicas*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP. En: PEASE GARCÍA, Henry y VILLAFRANCA, Luis. *Aula Magna. Reforma del Estado. El papel de las políticas públicas*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
- PECES-BARBA, Gregorio.  
2003 *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*. Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid.
- 1995 *Curso de derechos fundamentales*. Madrid: Universidad Carlos III.
- PEÑALVER, A.  
2007 *Aproximación al marco jurídico del derecho humano al agua: Una perspectiva desde el derecho interno*. En: *El derecho humano al agua potable y al saneamiento. Cuaderno de derechos humanos emergentes*. N° 4, Instituto de Derechos Humanos de Cataluña, Barcelona.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique.  
2001 *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos.
- PINO, Giorgio. *Derechos fundamentales, conflictos y ponderación*. Lima: Palestra, 2013.
- PISARELLO, Gerardo.  
2007 *Los derechos sociales y sus garantías*. Madrid: Trotta.

- PIZZORUSSO, Alessandro.  
1984 *Lecciones del Derecho constitucional*. Tomo I. Madrid: CEC.
- PLAZA, Orlando.  
2014 *Teoría sociológica: enfoque diversos, fundamentos comunes*. Lima: PUCP.
- POST, Robert y SIEGEL, Reva.  
2013 *Constitucionalismo democrático. Por una reconciliación entre constitución y pueblo*. Traducido por Leonardo García Jaramillo. Buenos Aires: Siglo XXI editores.
- PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO.  
2006 *Informe sobre Desarrollo Humano*.
- RAMÍREZ HUAROTO, Beatriz.  
2013 *El estado de cosas inconstitucional” y sus posibilidades como herramienta para el litigio estratégico de derecho público. Una mirada a la jurisprudencia colombiana y peruana*. Tesis para el optar el grado de magistra en derecho constitucional por la PUCP.
- RAMOS NÚÑEZ, Carlos.  
2005 *Historia del Derecho Civil Peruano. Siglos XIX y XX*. Tomo V Los signos del cambio. Volumen 1 Los repertorios y el periodismo. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- REMY, María Isabel.  
2013 *Historia de las comunidades indígenas y campesinas del Perú*. Lima: IEP.
- REY CANTOR, Ernesto.  
2009 “Jurisdicción constitucional y control de convencionalidad de las leyes”. En: *Memorias del X, Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Tomo 2, Lima: PUCP-IDEMSA.
- RODOTÁ, Stefano.  
2014 *El derecho a tener derechos*. Madrid: Trotta.
- RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, Joaquín,  
1995 *La razón de los derechos*, Madrid: Tecnos.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César y RODRÍGUEZ FRANCO, Diana.  
2009 “Un giro en los estudios sobre derechos sociales: el impacto de los fallos judiciales y el caso del desplazamiento forzados en Colombia”. En: COURTIS, Christian y ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. *La protección judicial de los derechos sociales*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger.  
2009 “La cláusula de derechos no enumerados en el marco del debate entre iusnaturalismo y positivismo jurídico”. En: SÁENZ DÁVALOS, Luis (Coordinador). *Derechos constitucionales no escritos reconocidos por el Tribunal Constitucional*. Lima: Gaceta jurídica.
- ROSTWOROWSKI, María.  
2014 *Historia del Tahuantinsuyo. Obras completas VIII*. Lima: IEP.

- RUBIO CORREA, Marcial.  
1999 *Estudio de la Constitución Política de 1993*, Tomo 3, Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
- RUIZ MANERO, Juan.  
2007 “Una tipología de las normas constitucionales”. En: AGUILÓ, Josep; ATIENZA, Manuel; y, RUIZ MANERO, Juan. *Fragmentos para una teoría de la Constitución*, Madrid: lustel.
- RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo.  
2000 *El derecho constitucional al medio ambiente. Dimensión jurisdiccional*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- SAGUÉS, Néstor Pedro.  
2011 “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”. En: *Opus Magna. Constitucional guatemalteco*. Tomo IV.  
2010 “Los tribunales constitucionales como agentes de cambios sociales”. En: *Diálogo Político*, Año XXVII, N°4, Buenos Aires: Konrad-Adenauer-Stiftung.  
2009 “Notas sobre el poder constituyente irregular”. En: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Fundación Konrad Adenauer, Montevideo.
- SALMÓN, Elizabeth.  
2014 “El derecho al agua en el derecho internacional de los derechos humanos”. En: GUEVARA GIL, Armando y VERONA, Aarón (editores). *El derecho frente a la crisis del agua en el Perú. Primeras Jornadas de Derechos de Aguas*. Lima: Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica-PUCP, 2014.
- SALMÓN GARATE, Elizabeth y VILLANUEVA BOGANI, Pedro.  
2008 “Los aportes del Derecho Internacional a la construcción del derecho humano al agua”, p.164. En: GUEVARA GIL, Armando (editor). *Derechos y conflictos de agua en el Perú*. Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, WALIR, CONCERTACIÓN: Lima. 2008.
- SALMÓN, Elizabeth y BLANCO, Cristina.  
2012 “El derecho a la propiedad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un ejemplo de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos”. En: PRIORI, Giovanni (editor). *Estudios sobre la propiedad*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- SALOMÉ RESURRECCIÓN, Liliana.  
2010 *La dimensión objetiva de los procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales*. Tesis para optar por el título de licenciada en derecho. Lima: PUCP.  
2015 *La “discriminación múltiple” como concepto jurídico para el análisis de situaciones de discriminación*. Tesis para optar el grado académico de magíster en Derecho Constitucional en la PUCP.

SEN, Amatyá.

2009 *La idea de la justicia*. Madrid: Taurus.

SOSA SACIO, Juan Manuel.

2009 “Derechos constitucionales no enumerados y derecho al libre desarrollo de la personalidad”. En: SÁENZ DÁVALOS, Luis (Coordinador). *Derechos constitucionales no escritos reconocidos por el Tribunal Constitucional*. Lima: Gaceta jurídica.

STEINER, Christian y URIBE, Patricia (Editores).

2014 *Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentario*. Bolivia: Plural editores.

T. EAGLETON.

2001 *La idea de cultura: una mirada política sobre los conflictos culturales*. Barcelona: Paidós.

UPRIMNY YEPES, Rodrigo y SÁNCHEZ DUQUE, Luz María.

2014 “Artículo 24. Igualdad ante la ley”. En: STEINER, Christian y URIBE, Patricia (Editores). *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentarios*. Bolivia: Konrad Adenauer Stiftung.

VALCÁRCEL, Luis.

1948 *Historia de la cultura antigua del Perú*. Tomo I. Volumen II. Imprenta del Ministerio de Educación Pública.

WILLIAMS, Raimond.

1976 *Keywords*, Londres: Fontana.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel.

2011 “El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización”. En: *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. César Rodríguez Garavito (coordinador). Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

ZAGREBELSKY, Gustavo.

2011 *Historia y Constitución*. Segunda edición, Madrid: Trotta.

2008 *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, Octava edición.

## REVISTAS

ACEVEDO GONZÁLEZ, Karina y YÁÑEZ CONTRERAS, Martha.

2013 “El acceso al agua para consumo humano en Colombia”. En: *Revista de Economía Institucional*. Vol. 15, N° 29, Segundo Semestre, Lima: Universidad Externado de Colombia.

AGUILÓ REGLA, Josep.

2008 “Tener una Constitución”, “Darse una constitución” y “Vivir en Constitución”. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 28 (abril 2008), México: Instituto Tecnológico Autónomo de México.

ALVITES ALVITES, Elena.

2005 “La protección jurisdiccional de los derechos sociales fundamentales. Estrategias nuevas para un viejo problema”, En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, Lima: Gaceta Jurídica, N° 84, setiembre.

BERTOLINO, Rinaldo.

1999 “La cultura moderna de los derechos y la dignidad del hombre”. En: *Derechos y libertades. Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas*. Año 4, N.º 7.

BOYER CARRERA, Janeyri.

2012 “El control de convencionalidad y la administración pública: ¿hacia una reconcepción del sistema de fuentes?”. En: MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. *Boletín de la Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico*, Año N° 1, N° 6, julio-agosto.

DAMONTE, Gerardo y CASTILLO, Gerardo.

2010 “Presentación: una mirada antropológica a las industrias extractivas en los Andes”. En: *Anthropologica*. Año XXVIII, N° 28, 2010, Suplemento 1.

DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge.

2008 “El régimen de los servicios públicos en la Constitución peruana”. En: *Themis 55*, Pontificia Universidad Católica del Perú.

DE VEGA GARCÍA, Pedro.

1992 “La eficacia horizontal del recurso de amparo: problema de la *Drittwirkung der Grundrechte*”. En: *Derecho PUCP*. N° 46, Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

DELGADO PIQUERAS, Francisco.

1993 “Régimen jurídico del derecho constitucional al medio ambiente”. En: *Revista española de Derecho Constitucional*. N° 38, Año 13, mayo-agosto.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo y PALOMINO MANCHEGO, José F.

2013 “El control de convencionalidad”. En: *Pensamiento Constitucional*, N° 18.

GARCÍA CHÁVARRY, Abraham.

2008 “Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Algunos apuntes teóricos”. En: *Gaceta Constitucional*. Tomo 10, Lima: Gaceta Jurídica, octubre.

GIUSTI HUNDSKOPF, Miguel

1994 “Contextualizando el contextualismo. Reflexiones generales sobre el debate entre comunitaristas y liberales. En: *Estudios de filosofía*, Universidad de Antioquía, N° 10.

HABERMAS, JURGEN.

1997 “La lucha por el reconocimiento en el Estado democrático de derecho”. En: Revista de Filosofía, N° 15.

HENAO PÉREZ, Juan Carlos.

2013 “El juez constitucional: un actor de las políticas públicas”. En: *Revista de Economía Institucional*, Vol. 15, N° 29, Segundo Semestre.

HUERTA GUERRERO, Luis Alberto.

2011 “El derecho a la protección judicial de los derechos fundamentales”. En: *Pensamiento Constitucional*, Año XV, N° 15.

KARAM QUIÑONEZ, Carlos.

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLII, número 129, setiembre-diciembre de 2010, p. 1443. Comentarios relacionados a LORENZETTI, Ricardo Luis, *Teoría del derecho ambiental*, México: Porrúa, 2008.

LANDA ARROYO, César.

2013 “La Constitucionalización del derecho peruano”. En: *Derecho PUCP*, N° 71.

1991 “La sentencia del Tribunal de Garantías Constitucionales sobre la constitucionalidad”. En: *Derecho PUCP*, N° 45, diciembre.

MARTÍNEZ, Adriana y DEFELIPPE, Oscar.

2013 “Derecho humano al agua y control de convencionalidad”. En: *Derecho PUCP*, N° 70.

MONTOYA CHÁVEZ, Victorhugo

2009 “La economía social de mercado”. En: *Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia*. Tomo 13, RAE, Lima, julio.

MORESO, José Juan

2004 “El positivismo jurídico y la aplicación del Derecho”. En: *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 27.

OFICINA NACIONAL DE DIÁLOGO Y SOSTENIBILIDAD DE LA PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS. Willaqniki. Informe de diferencias, controversias y conflictos sociales N° 12. Situación en la Amazonía peruana: realidad y perspectivas, intervención de la ONDS. Noviembre 2013, p.8.

PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS-OFICINA NACIONAL DE DIÁLOGO Y SOSTENIBILIDAD. Willaqniki. Informe de diferencias, controversias y conflictos sociales, N° 32, julio 2015.

Oficina Nacional de Diálogo y Sostenibilidad de la Presidencia del Consejo de Ministros, recaído en el Informe Willaqniki N° 21, de agosto 2014

ORÉ, María Teresa.

2009 “Políticas neoliberales de agua en el Perú. Antecedentes y entretelones de la Ley de Recursos Hídricos”. En: *Debates en sociología*. N° 34.

- PEÑA JUMPA, Antonio.  
2010 “La antropología y la sociología del Derecho como formación interdisciplinaria”. En: *Derecho PUCP*, N° 65, Lima: PUCP.
- 2002 “Un análisis socio-antropológico del derecho para el Perú”, En: *Foro Jurídico*, Año 1, N° 1 (Diciembre 2002).
- REY MARTÍNEZ, Fernando.  
1995 “La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid, año 28, número 84.
- SPADARO, Antonino.  
2006 “Las motivaciones de las sentencias de la Corte como técnica de creación de normas constitucionales”. En: *Palestra del Tribunal Constitucional*, N° 5, Lima, 2006.
- SUÁRES, Federico.  
2010 “El referendo constitucional para que el acceso al agua sea un derecho fundamental”. En: *Revista Derecho del Estado*, N° 24, julio. Universidad Externado de Colombia, Colombia.
- TUBINO ARIAS-SCHREIBER, Fidel.  
2002 “Entre el multiculturalismo y la interculturalidad: más allá de la discriminación positiva”. *Derecho y Sociedad*, Año XIII, N° 19.
- VIDAL SALAZAR, Michael.  
2007 “*Los derechos laborales como derechos fundamentales frente a la globalización y la flexibilización laboral*”. Pensamiento Constitucional Año XII, N° 12, Lima.
- VILLORO, Luis.  
2003 “Aproximación teórica a los derechos colectivos de los pueblos indígenas”. En: *Derecho y Sociedad*. Año XIV, Número 21, Lima.

## ENLACES WEB

- BANCO MUNDIAL.  
1998 Manual de Prevención y Mitigación de la Contaminación- Requerimientos para la Descarga de Efluentes Presentes en las Guías para la Industria. Washington. En: <http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/0f8fe18048855d738f04df6a6515bb18/PPAH.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=0f8fe-18048855d738f04df6a6515bb18>
- CHRISTOPHE BOSCH, KIRSTEN HOMMANN, CLAUDIA SADOFF, LEE TRAVERS  
2001 Agua, saneamiento y la pobreza. En: Biblioteca Virtual de Desarrollo Sostenible y Salud Ambiental de la Organización Panamericana de la Salud. En: <http://www.bvsde.paho.org/bvsacg/fulltext/pobreza.pdf>. Visto el 29 de noviembre de 2015.

CLÉRICO, Laura y BELOFF, Mary.

*Derecho a condiciones de existencia digna y situación de vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana.* En: [https://www.law.yale.edu/system/files/documents/pdf/SELA14\\_BeloffClerico\\_CV\\_Sp.pdf](https://www.law.yale.edu/system/files/documents/pdf/SELA14_BeloffClerico_CV_Sp.pdf).

Visto el 25 de noviembre de 2015.

DE ALBUQUERQUE, Catarina.

2014 *Manual práctico para la realización de los derechos humanos al agua y al saneamiento de la Relatoría Especial de la ONU. Acceso a la Justicia por violaciones a los derechos humanos al agua y al saneamiento.* Portugal: Human Rights to Water & Sanitation. En: [http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Water/Handbook/Book6\\_Justice\\_sp.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Water/Handbook/Book6_Justice_sp.pdf).

DE ALBURQUERQUE, Catarina y ROAF, Virginia.

2012 *Derechos hacia el final. Buenas prácticas en la realización de los derechos al agua y al saneamiento.* ONGAWA y Human Rights to Water & Sanitation. Lisboa. [http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Water/BookonGoodPractices\\_sp.pdf.p.58](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Water/BookonGoodPractices_sp.pdf.p.58)  
Visto el 29 de noviembre de 2015.

DENISE HELLY.

2002 *Primacía de los derechos o cohesión social: los límites del multiculturalismo canadiense*, N° 15, Acciones e Investigaciones Sociales. Para mayor detalle, véase el siguiente enlace: <https://papiro.unizar.es/ojs/index.php/ais/article/view/220>. Visto el 25 de noviembre de 2015.

EL COMERCIO

*“Uso del agua: los retos del Perú, un país rico en este recurso”.* <http://elcomercio.pe/peru/pais/uso-agua-retos-peru-pais-rico-este-recurso-noticia-1814746>. Visto el 29 de mayo de 2015.

GARCÍA, Cathy.

2005 *Desarrollo de la Ley de Aguas.* Para mayor detalle, véase el siguiente enlace: <http://www.voltairenet.org/article126399.html>.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo. “A propósito de la vis expansiva de los derechos fundamentales. ¿Existe un derecho al papel higiénico?”. En: <http://laley.pe/not/1646/-existe-un-derecho-al-papel-higienico-/>. Visto el 20 de agosto de 2014.

GIUSTI HUNDSKOPF, Miguel.

“El comunitarismo: ¿”enemigo principal” del liberalismo? En: [http://www.oei.es/valores2/catedra\\_andina/modulo1/comunitarismo.htm](http://www.oei.es/valores2/catedra_andina/modulo1/comunitarismo.htm)

MENDOZA ESCALANTE, Mijail.

“Los tratados internacionales de Derechos Humanos y su aplicación”, pág. 3, en: <http://www.consultoriaconstitucional.com/articulospdf/v/tratados.internacionales.ddhh.pdf>, visto el 7 de julio de 2014.

## MINISTERIO DE SALUD. OFICINA GENERAL DE EPIDEMIOLOGÍA.

2004. *Pueblos en situación de extrema vulnerabilidad: El caso de los Nanti de la reserva territorial Kugapakori Nahua río Camisea, Cusco*. PERU/MINSA/OGE-04/009 & Serie Análisis de Situación de Salud y Tendencias.  
[http://www.dge.gob.pe/publicaciones/pub\\_asis/asis12.pdf](http://www.dge.gob.pe/publicaciones/pub_asis/asis12.pdf)

## OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS.

- 2011 Derecho al Agua. Folleto Informativo No. 35. Ginebra: OACNUDH, ONU-HABITAT y OMS. En: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet35sp.pdf>

## ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD

- 2006 Guías para la calidad del agua potable. Ginebra, OMS, 3ra edición, en: [http://www.who.int/water\\_sanitation\\_health/dwq/gdwq3rev/es/](http://www.who.int/water_sanitation_health/dwq/gdwq3rev/es/)
- 2003 La cantidad de agua domiciliaria, el nivel del servicio y la salud. Ginebra: OMS, en: [http://www.who.int/water\\_sanitation\\_health/diseases/wsh0302/es/](http://www.who.int/water_sanitation_health/diseases/wsh0302/es/)

## ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD

- 2011 Agua y Saneamiento. Evidencias para Políticas Públicas con enfoque en Derechos Humanos y resultados en Salud Pública. Washington. En: [http://www.paho.org/tierra/images/pdf/agua\\_y\\_saneamiento\\_web.pdf](http://www.paho.org/tierra/images/pdf/agua_y_saneamiento_web.pdf)

## PEÑA JUMPA, Antonio.

- 2010 “Desastres ecológicos en la Amazonía y los Andes, ¿qué hacer desde el derecho? En: *PUNTO EDU*. Lima: PUCP. 21 de julio de 2010. Para mayor detalle véase el siguiente enlace: <http://puntoedu.pucp.edu.pe/entrevistas/desastres-ecologicos-en-la-amazonia-y-los-andes-que-hacer-desde-elderecho/>

## PRADA ALCOREZA, Raúl.

- 2008 “Análisis de la nueva Constitución Política del Estado”. En: *Crítica y emancipación: Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales*. Año 1 N° 1, Buenos Aires: CLACSO.  
<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/secret/CyE/cye2S1b.pdf>

## RESTREPO GUTIÉRREZ, Elizabeth.

- 2014 *Análisis jurisprudencial del acceso al agua potable para el consumo humano*. Tesis presentada como requisito parcial para optar al título de magíster en medio ambiente y desarrollo. Universidad Nacional de Colombia.  
Para mayor detalle, véase el siguiente enlace: <http://www.bdigital.unal.edu.co/47232/1/43841255.2015.pdf>. Visto el 28 de noviembre de 2015

## TUBINO ARIAS-SCHREIBER, Fidel.

- Acciones afirmativas: De multiculturales a interculturales*. En: <http://red.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/biblioteca/090714.pdf>.

## UPRIMNY, Rodrigo,

- Presentación ante el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas.  
<http://papersmart.unmeetings.org/media2/4657671/rodrigo-uprimny.pdf>.

## ENLACES ADICIONALES:

- [http://www.unicef.org/lac/Estado\\_de\\_la\\_Ninez\\_Indigena\\_190810\(1\).pdf](http://www.unicef.org/lac/Estado_de_la_Ninez_Indigena_190810(1).pdf).
- <http://www.iproga.org.pe/conversatorio/conversatorio1.html>
- <http://centroderecursos.cultura.pe/sites/default/files/rb/pdf/Que%20cambios%20para%20las%20mujeres%20en%20el%20Peru.pdf>
- [http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/file/DGAAM/mapas/mapas\\_cuencas.htm](http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/file/DGAAM/mapas/mapas_cuencas.htm).
- <http://www.snmpe.org.pe/prensa-y-multimedia-snmpe/sintesis-de-noticias/mineria/snmpe-el-53-del-agua-disponible-en-costa-peruana-se-desperdicia-por-falta-de-infraestructura.html>
- <http://elcomercio.pe/peru/pais/uso-agua-retos-peru-pais-rico-este-recurso-noticia-1814746>
- <http://www.ana.gob.pe/media/1243802/informe%20pais%20%202012.pdf>. Consulta del 4 de diciembre de 2015.
- <http://www.rumbosdelperu.com/intensifican-esfuerzos-para-preservar-recursos-hidricos-de-la-cuenca-amazonica-V1189.html>. Consulta del 29 de noviembre de 2015.
- <http://www.uab.cat/web/sala-de-prensa/detalle-noticia/el-petroleo-ha-contaminado-el-amazonas-del-peru-durante-los-ultimos-30-anos-1345667994339.html?noticiaid=1345672510909>. Consulta del 15 de julio de 2015.
- <http://www.minam.gob.pe/politicas/wp-content/uploads/sites/17/2013/10/INFORME-NACIONAL-del-Estado-2013.compressed.pdf>. Consulta del 30 de noviembre de 2015.
- <http://www.andina.com.pe/agencia/noticia-ana-inicio-gran-monitoreo-del-agua-los-rios-de-selva-peruana-509656.aspx>. Consulta 26 de julio de 2015.
- <http://www.source-international.org/es/public-notice-of-the-indigenous-rights-defense-program-about-pastaza-contamination/>. Consulta del 27 de noviembre de 2015.
- <http://observatoriopetrolero.org/los-riesgos-de-la-salud-en-el-pastaza-frente-a-la-contaminacion/>. Consulta del el 10 de setiembre de 2015.
- <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/3346mercado.pdf>. Consulta del 20 de noviembre de 2015.
- <http://www.un.org/es/millenniumgoals/>. Consulta del 26 de noviembre de 2015.

- [http://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/informe-tecnico-n03\\_condiciones-vida\\_abrmayjun15.pdf](http://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/informe-tecnico-n03_condiciones-vida_abrmayjun15.pdf). Consulta del 29 de noviembre de 2015.
- <http://www.viviendaloreto.gob.pe/informe-de-cumplimiento-del-convenio-de-asignacion-por-desempeno-en-el-marco-delfondo-de-estimulo-al-desempeno-y-logro-de-resultados-sociales/>. Visto el 29 de noviembre de 2015.
- <http://peru.com/actualidad/nacionales/loreto-declaran-emergencia-ambiental-cuenca-rio-pastaza-noticia-129218>. Visto el 25 de marzo del 2013.
- <http://www.larepublica.pe/14-09-2013/pueblos-indigenas-de-la-selva-en-riesgo-por-contaminacion-en-el-rio-pastaza>. Visto el 14 de septiembre de 2013.
- [http://www.rpp.com.pe/2013-08-13-loreto-apus-denuncian-contaminacion-en-la-cuenca-rio-corrientesnoticia\\_621887.html](http://www.rpp.com.pe/2013-08-13-loreto-apus-denuncian-contaminacion-en-la-cuenca-rio-corrientesnoticia_621887.html). Visto el 13 de agosto de 2013.
- <http://www.noticiasser.pe/24/01/2014/nacional/informes-ambientales-muestran-altos-niveles-de-contaminacion-en-el-rio-maranon-y>. Visto el 24 de enero de 2014.
- [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/comisiones/2011/com2011pueandamaaframbeco.nsf/pubs1foto/7C6EA2CE879846F505257A440053CE21/\\$FILE/INFORME\\_FINAL.PDF](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/comisiones/2011/com2011pueandamaaframbeco.nsf/pubs1foto/7C6EA2CE879846F505257A440053CE21/$FILE/INFORME_FINAL.PDF). Visto el 24 de enero de 2014.
- [http://therightsofnature.org/wp-content/uploads/Informe-de-Adjuntia-N-001-2014-DP-AMASPPI.MA1\\_.pdf](http://therightsofnature.org/wp-content/uploads/Informe-de-Adjuntia-N-001-2014-DP-AMASPPI.MA1_.pdf). Visto el 27 de noviembre de 2015.
- <http://pnsr.vivienda.gob.pe/portal/noticias/proyecto-de-suministro-de-agua-potable-a-20-mil-nativos-recibe-reconocimiento-en-concurso-de-buenas-practicas-interculturales-en-la-gestion-publica/>. Visto el 17 de diciembre de 2015.
- [http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc\\_int/doc14052015-184747.pdf](http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_int/doc14052015-184747.pdf). Visto el 25 de noviembre de 2015.
- [http://www.who.int/water\\_sanitation\\_health/diseases/diseasefact/es/](http://www.who.int/water_sanitation_health/diseases/diseasefact/es/). Visto el 28 de noviembre de 2015.
- <http://unesdoc.unesco.org/images/0023/002322/232272s.pdf>. Visto el 20 de noviembre de 2015.
- [http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr\\_2006\\_es\\_completo.pdf](http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2006_es_completo.pdf). Visto el 28 de noviembre de 2015.
- [http://www.unwater.org/fileadmin/user\\_upload/unwater\\_new/docs/water\\_quality.pdf](http://www.unwater.org/fileadmin/user_upload/unwater_new/docs/water_quality.pdf), Visto el 20 de noviembre de 2015.
- [http://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/human\\_right\\_to\\_water.shtml](http://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/human_right_to_water.shtml). Visto el 28 de noviembre de 2015.
- <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2015/10149.pdf?view=1>. Visto el 29 de noviembre de 2015.

- <http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/water-and-sanitation/>. Visto el 28 de noviembre de 2015.
- <http://elcomercio.pe/peru/loreto/oefa-ordena-petro-peru-remediar-derrame-cuninico-noticia-1844899>. Visto el 28 de noviembre de 2015.
- <https://www.veoverde.com/2012/08/corte-brasilena-detiene-construccion-de-represa-en-belo-monte/>. Visto el 25 de noviembre de 2015.
- <http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/proteccion/cautelares.asp>. Visto el 25 de noviembre de 2015.
- <https://cejil.org/comunicados/historica-visita-de-la-corte-interamericana-de-los-derechos-humanos-al-pueblo-de-sarayak>. Visto el 3 de diciembre de 2015.
- <http://rpp.pe/lima/actualidad/minsa-mas-de-28000-personas-con-vih-reciben-tratamiento-gratuito-noticia-721961>. Visto el 5 de diciembre de 2015.
- <https://cejil.org/comunicados/historica-visita-de-la-corte-interamericana-de-los-derechos-humanos-al-pueblo-de-sarayak>. Visto el 3 de diciembre de 2015.
- <http://rpp.pe/lima/actualidad/minsa-mas-de-28000-personas-con-vih-reciben-tratamiento-gratuito-noticia-721961>. Visto el 5 de diciembre de 2015. <https://cejil.org/comunicados/historica-visita-de-la-corte-interamericana-de-los-derechos-humanos-al-pueblo-de-sarayak>. Visto el 3 de diciembre de 2015.
- <http://rpp.pe/lima/actualidad/minsa-mas-de-28000-personas-con-vih-reciben-tratamiento-gratuito-noticia-721961>. Visto el 5 de diciembre de 2015.
- <http://alertacontraelracismo.pe/ministerio-de-cultura-presento-la-guia-de-servicios-publicos-con-pertinencia-cultural/>
- [http://elpais.com/elpais/2016/02/23/planeta\\_futuro/1456251889\\_477465.html](http://elpais.com/elpais/2016/02/23/planeta_futuro/1456251889_477465.html). Visto el 20 de abril de 2016.
- *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLII, número 129, setiembre-diciembre de 2010, Comentarios relacionados a LORENZETTI, Ricardo Luis, *Teoría del derecho ambiental*, México: Porrúa, 2008. <http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v43n129/v43n129a14.pdf>. Visto el 28 de noviembre de 2015.
- Infobarómetro de la Primera Infancia. Documento de Investigación sobre la Desnutrición Infantil Crónica. Grupo Inversión en la Infancia, Lima, 2012. En: [http://inversionenlainfancia.net/infobarometro/boletines/informe\\_desnutricion.pdf](http://inversionenlainfancia.net/infobarometro/boletines/informe_desnutricion.pdf). Visto el 30 de noviembre de 2015.
- Organización Panamericana de la Salud. Agua y saneamiento: Evidencias para políticas públicas con enfoque en derechos humanos y resultados en salud pública. Washington, OPS/PAHO, 2011. En: <http://www.>

paho.org/tierra/images/pdf/agua\_y\_saneamiento\_web.pdf. Visto el 25 de agosto de 2015.

- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo. OEA/Ser. L/V/IL. Doc. 47/15, 31 de diciembre de 2015, párrafo 18. Para mayo detalle, véase el siguiente enlace: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/IndustriasExtractivas2016.pdf>. Visto el 30 de abril de 2016.

## JURISPRUDENCIA

### TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

- Sentencia del 3 de junio de 2005, recaída en los Expedientes N° 00050-2004-AI/TC y N° 00051-2004-AI/TC.
- Sentencia del 19 de febrero de 2009, recaída en el Expediente N° 03343-2007-PA/TC.
- Sentencia del 16 de junio de 2009, recaída en el Expediente N° 01837-2009-AA/TC.
- Sentencia del 15 de noviembre de 2007, recaída en el Expediente N° 06534-2006-AA/TC.
- Sentencia del 17 de marzo de 2011, recaída en el Expediente N° 00025-2009-AI/TC.
- Sentencia del 17 de abril de 2012, recaída en el Expediente N° 00001-2012-AI/TC.
- Sentencia del 4 de julio de 2005, recaída en el Expediente N° 2064-2004-AA/TC.
- Sentencia del 15 de noviembre de 2007, recaída en el Expediente N° 06534-2006-AA/TC.
- Sentencia del 7 de noviembre de 2007, recaída en el Expediente N° 6546-2006-PA/TC.
- Sentencia del 17 de julio de 2013, recaída en el Expediente N° 01573-2012-PA/TC.
- Sentencia del 30 de enero de 2014, recaída en el Expediente N° 03333-2012-PA/TC
- Sentencia del 4 de diciembre de 2013, recaída en el Expediente N° 00666-2013-AA/TC.
- Sentencia del 30 de enero de 2014, recaída en el Expediente N° 3668-2009-AA/TC.
- Sentencia del 19 de abril de 2007, recaída en el Expediente N° 04853-2004-PA/TC.
- Sentencia del 26 de agosto de 2008, recaída en el Expediente N° 00005-2007-PI/TC.
- Sentencia del 3 de junio de 2005, recaída en el Expediente N° 00050-2004-AI/TC y N° 00051-2004-AI/TC.
- Sentencia del 21 de julio de 2006, recaída en el Expediente N° 2730-2006-AA/TC.
- Sentencia del 25 de abril de 2006, recaída en los Expediente N° 0025-2005-PI/TC y N° 0026-2005- PI/TC.
- Sentencia del 24 de abril de 2006, recaída en Expediente N° 0047-2004-PI/TC.
- Sentencia del 18 de febrero de 2005, recaída en el Expediente N° 0002-2005-AI/TC.
- Sentencia del 1 de abril de 2005, recaída en el Expediente N° 00048-2004-AI/TC.
- Sentencia del 14 de noviembre de 2005, recaída en el Expediente N° 03741-2004-AA/TC.

- Sentencia del 18 de marzo de 2014, recaída en el Expediente N° 04293-2012-PA/TC.
- Sentencia del 21 de julio de 2006, recaída en el Expediente N° 2730-2006-AA/TC.
- Sentencia del 19 de junio de 2007, recaída en el Expediente N° 00007-2007-PI/TC.
- Sentencia del 9 de abril de 2010, recaída en el Expediente N° 04611-2007-PA/TC.
- Sentencia del 11 de setiembre de 2012, recaída en el Expediente N° 1126-2011-HC/TC.
- Sentencia del 25 de marzo de 2004, recaída en el Expediente N° 00604-2004-AA/TC.
- Sentencia del 11 de noviembre de 2003, recaída en el Expediente N° 0008-2003-AI/TC.
- Sentencia del 4 de julio de 2003, recaída en el Expediente N° 0001-0003-2003-AI/TC.
- Sentencia del 20 de abril de 2007, recaída en el Expediente N° 01206-2005-AA/TC.
- Sentencia del 5 de marzo de 1999, recaída en el Expediente N° 316-1998-AA/TC.
- Sentencia del 17 de febrero de 2009, recaída en el Expediente N° 00009-2008-AI/TC.
- Sentencia del 18 de marzo de 2004, recaída en el Expediente N° 2488-2002-HC/TC.
- Sentencia del 20 de abril de 2004, recaída en el Expediente N° 02945-2003-AA/TC.
- Sentencia del 30 de mayo de 2005, recaída en el Expediente N° 03208-2004-AA/TC.
- Sentencia del 29 de agosto de 2006, recaída en el Expediente N° 07231-2005-AA/TC.
- Sentencia del 11 de julio de 2002, recaída en el Expediente N° 1124-2001-AA/TC.
- Sentencia del 6 de noviembre de 2008, recaída en el Expediente N° 05652-2007-AA/TC.
- Sentencia del 29 de noviembre de 2007, recaída en el Expediente N° 09340-2006-AA/TC.
- Sentencia del 5 de octubre de 2004, recaída en el Expediente N° 2016-2004-AA/TC.
- Sentencia del 7 de diciembre de 2005, recaída en el Expediente N° 4677-2004-AA/TC.
- Sentencia del 6 de abril de 2004, recaída en el Expediente N° 2579-2003-HD/TC.
- Sentencia del 20 de marzo de 2007, recaída en el Expediente N° 00031-2005-AI/TC.
- Sentencia del 18 de febrero de 2005, recaída en el Expediente N° 00002-2005-AI/TC.
- Sentencia del 27 de septiembre de 2005, recaída en los Expedientes N° 00020-2005-AI/TC y N° 00021-2005-AI/TC.
- Sentencia del 13 de febrero de 2009, recaída en el Expediente N° 00033-2007-AI/TC.
- Sentencia del 24 de noviembre de 2009, recaída en el Expediente N° 03592-2007-PA/TC.
- Sentencia del 8 de julio de 2005, recaída en el Expediente N° 01417-2005-AA/TC.
- Sentencia del 18 de febrero de 2005, recaída en los Expedientes N° 2235-2004-AA/TC.
- Sentencia del 16 de octubre de 2009, recaída en el Expediente N° 02005-2009-AA/TC.
- Sentencia del 10 de noviembre de 2015, recaída en Expedientes N° 0014-2014-PI/TC, N° 0016-2014-PI/TC, 0019-2014-PI/TC y 0007-2015-PI/TC (acumulados)

## CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

- Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).
- Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).
- Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas).
- Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia de 26 de junio de 1987 (Excepciones preliminares).
- “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Sentencia del 19 de noviembre de 1999 (Fondo).
- Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005. (Fondo, reparaciones y costas).
- Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006. (Fondo, reparaciones y costas).
- Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).
- Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Sentencia de 24 de agosto de 2010. (Fondo, reparaciones y costas).
- Pueblo indígena Kichwa de Sarayacu vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012. (Fondo y reparaciones).
- Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. (Fondo, Reparaciones y Costas).
- Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización.

## ARGENTINA

- Precedente “Mendoza, Beatriz S. y otros vs. Estado Nacional y otros daños y perjuicios”, referido a la contaminación de aguas de la cuenca Matanza-Riachuelo.
- Sentencia CSJ 42/2013 (49-K) Kersich, Juan Gabriel y otros c/ Aguas Bonaerenses S.A. y otros s/ amparo.

## BOLIVIA

- Sentencia Constitucional 0559/2010-R
- Sentencia Constitucional 0795/2010-R
- Sentencia Constitucional 0478/2010-R

- Sentencia Constitucional 0156/2010-R

## COLOMBIA

- Sentencia 578/1992
- Sentencia T-523-94
- Sentencia T-410/2003
- Sentencia T-270/07
- Sentencia T-546/2009
- Sentencia T-143/2010
- Sentencia T-418/2010
- Sentencia T-616/2010
- Sentencia T-1080-12
- Sentencia T-028-14
- Sentencia T-163-14
- Sentencia C-530-93, del 11 de noviembre de 1993
- Sentencia T-760 de 2008.
- sentencia recaída en el Expediente T-082/2013.
- Sentencia recaída en el Expediente T-1080-12
- Sentencia T-595-2002 y T-760-2008.
- Sentencia T-740-11

## DISPOSITIVOS

- Decreto Ley N° 22175, Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y Ceja de Selva.
- Ley N° 26338, Ley General de Servicios de Saneamiento
- Ley N° 26842, Ley General de Salud
- Ley N° 26821, Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales
- Ley N° 28611, Ley General del Ambiente
- Ley N° 28736, Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial
- Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos
- Ley N° 29763, Ley Forestal y Fauna Silvestre
- Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la OIT
- Ley N° 30045, Ley de modernización de los servicios de saneamiento
- Ley N° 30327, Ley de Promoción de las Inversiones para el Crecimiento Económico y el Desarrollo Sostenible
- Ley N° 28983, Ley de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres
- Decreto Supremo N° 007-2006-VIVIENDA mediante el cual se aprueba el Plan Nacional de Saneamiento (2006-2015)
- Decreto Supremo N° 004-2012-MIMP mediante el cual se aprueba el Plan Nacional de Igualdad de Género (2012-2017)
- Resolución Ministerial N° 031-2013-VIVIENDA, mediante la cual se aprueba el Plan de Mediano Plazo: 2013-2016 del Programa Nacional de Saneamiento Rural
- Decreto Supremo N° 005-2014-JUS mediante el cual se aprueba el Plan Nacional de Derechos Humanos (2014-2016)