

DECONSTRUYENDO EL DERECHO AL AGUA POTABLE EN EL PERÚ: NUEVOS RETOS A NUESTROS DOSCIENTOS AÑOS COMO REPÚBLICA

DECONSTRUCTING THE RIGHT TO SAFE DRINKING WATER IN PERU: NEW CHALLENGES AT OUR TWO HUNDRED YEARS AS A REPUBLIC

Andres Matayoshi Collazos*
Universidad Tecnológica del Perú

Janneth Mejia Briones**
Universidad Tecnológica del Perú

José Chuquitapa Guzman***
Universidad Tecnológica del Perú

In 2017, the right of safe drinking water was incorporated in our Constitution. This research seeks to identify the problem of the realization of the right to safe drinking water in the peruvian reality and the normative impact from its incorporation in the Constitution, with an emphasis on the current situation in the context of the pandemic caused by COVID-19.

An analysis will be made of the role of rights in the model of Constitutional State Governed by Rule of Law, as well as of international standards and comparative experience at both the normative and jurisprudential levels. Finally, public policies and the normative and jurisprudential development of the right to safe drinking water in Peru will be developed, culminating in the proposal to establish a constitutionally protected minimum of the right to safe drinking water as a formula for its realization.

KEYWORDS: *Right to safe drinking water; constitutionally protected minimum; Constitutional State Governed by Rule of Law; public policies; COVID-19.*

En el año 2017 se incorpora el derecho al agua potable en nuestra Constitución. En esta investigación se busca identificar el problema de la efectivización del derecho al agua potable en la realidad peruana y el impacto normativo a partir de su incorporación en la Constitución, con énfasis del estado actual de las cosas en el contexto de la pandemia ocasionada por el COVID-19.

Se llevará a cabo un análisis del rol que cumplen los derechos en el Estado Constitucional de Derecho, así como de los estándares internacionales y de la experiencia comparada tanto a nivel normativo como jurisprudencial. Por último, se realizará un análisis de las políticas públicas, el desarrollo normativo y la jurisprudencia sobre el derecho al agua potable en el Perú, de modo que culminaremos con la propuesta de establecer un mínimo constitucionalmente protegido del derecho al agua potable como fórmula para su efectivización.

PALABRAS CLAVE: *Derecho al agua potable, mínimo constitucionalmente protegido; Estado Constitucional de Derecho; políticas públicas; COVID-19.*

* Estudiante de Derecho en la Universidad Tecnológica del Perú. Miembro del Semillero de Investigación Multidisciplinario de Derecho. Contacto: matsu1995matayoshi@gmail.com

** Estudiante de Derecho en la Universidad Tecnológica del Perú. Miembro del Semillero de Investigación Multidisciplinario de Derecho. Contacto: jaesmb@gmail.com

*** Estudiante de Derecho en la Universidad Tecnológica del Perú. Miembro del Semillero de Investigación Multidisciplinario de Derecho. Contacto: jchuquitapag@gmail.com

Los autores agradecen al Dr. Yuri Tornero Cruzatt por ser su guía y ejemplo en el camino de la investigación académica.

Este artículo obtuvo el primer puesto del Concurso de artículos Generación del Bicentenario: Derecho, crisis y reflexión realizado por THÉMIS-Revista de Derecho y el Programa de Desarrollo Social Khuska.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THÉMIS-Revista de Derecho el 22 de agosto de 2021, y aceptado por el mismo el 20 de febrero de 2022.

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

La celebración de los doscientos años de nuestra independencia se conmemora en un contexto de crisis sanitaria causada por la pandemia del COVID-19 y agudizada por una crisis política y social. Esto, por un lado, ha originado que se desnuden distintas falencias que tienen nuestras instituciones estatales para poder cumplir de manera eficaz sus roles asignados, y por otro, la gran desigualdad que aún persiste en nuestra sociedad. Desigualdades que venimos arrastrando desde nuestros inicios como república, las cuales tienen en su mayoría una relación directa con el acceso y la calidad de los servicios públicos que reciben los ciudadanos.

En la actual situación los gobiernos de turno promueven distintas medidas buscando disminuir los contagios, entre ellas, el continuo lavado de manos y desinfección de alimentos y ropa que tuviera contacto con alguna área externa al hogar. Es evidente que para que los ciudadanos puedan implementar estas medidas se hace indispensable contar con agua potable tanto en sus hogares como en su vecindario. Por ello, el Instituto Nacional de Estadística e Informática (en adelante, INEI) considera que dentro de los grupos más afectados por la pandemia se encuentra la población sin acceso al agua potable por red pública (2020a).

Dada la vigente relevancia de este problema, el presente texto desarrollará el tema del derecho al agua potable. De la importancia detallada se requiere establecer un mínimo que permita satisfacer las necesidades básicas de todas las personas, generando con tal medida la inclusión de los ciudadanos con menor cobertura a tal derecho. Tal como se explicará en las secciones posteriores, existe una fundamentación que lo sustenta, la cual se basa a su vez en el reconocimiento progresivo del derecho al agua potable. Muestra de ello es que en el año 2006 el agua potable fue reconocido por el Tribunal Constitucional como un derecho y posteriormente, en el 2017, incorporado como un derecho social en nuestra Constitución Política.

II. EL ROL DE LOS DERECHOS EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

El tránsito del Estado legal de derecho al Estado Constitucional de Derecho significó un cambio en el paradigma constitucional, dejando de lado la preponderancia del principio de legalidad al incluir principios y valores axiológicos encaminados a la protección del ser humano. En consecuencia, actualmente podemos definir a la Constitución “como una realidad que se pone al servicio de la

Persona, y lo hace como norma suprema en la que se positiva el valor de la Persona y sus derechos humanos” (Castillo Córdova, 2020, p. 36).

La defensa de los derechos no se limita a la ausencia de lesión mediante actos que puedan realizar el Estado o particulares, implica el deber de ejecutar acciones positivas por parte del Estado para tutelar los derechos inherentes de los ciudadanos. Estas acciones en su mayoría se realizarán mediante la implementación de distintas políticas públicas, ya que dejar de hacerlo atentaría contra la misma naturaleza del Estado Constitucional de Derecho.

Los derechos fundamentales son esenciales para el desarrollo del ser humano como individuo, pero, además, requieren su desarrollo en sociedad y de la sociedad misma. En ese sentido, como expresa el maestro italiano Luigi Ferrajoli:

En definitiva, los derechos fundamentales, a comenzar por los derechos sociales son, como la experiencia enseña, un factor y un motor esencial del crecimiento, no solo civil si no económico. Ciertamente, el mayor desarrollo económico, el mayor bienestar, las mayores riquezas de nuestros países, con respecto al resto del mundo, así como en relación con su pasado, se debieron principalmente al mejoramiento de sus condiciones generales de vida (2018, p. 33).

Es incuestionable que los derechos fundamentales cumplen un rol esencial en el Estado Constitucional de Derecho, teniendo el Estado mismo, mediante sus instituciones, la responsabilidad de tutelar su respeto irrestricto, así como su promoción. Esto debería tener mayor hincapié en un contexto excepcional de pandemia, en donde derechos fundamentales primarios como el de la vida y la salud se ven gravemente afectados, más aún en los sectores de la población que no cuentan con acceso al agua potable dificultando que tengan una higiene idónea para prevenir el contagio.

Finalmente, además de derechos fundamentales, tenemos otras categorías jurídicas de derechos, como los derechos constitucionales, en su conjunto y los derechos humanos, recogidos en los instrumentos internacionales. Estos forman parte del bloque de constitucionalidad. Ahora bien, la pertenencia del derecho al agua a aquellas categorías también se encuentra en discusión como será analizado más adelante. No obstante, además de tal discusión, en el presente texto se pone énfasis en la necesidad de protección del mínimo constitucionalmente protegido como garantía básica incluso desarrollada por la jurisprudencia para otros casos.

III. ESTÁNDARES INTERNACIONALES Y PARÁMETROS EN EL DERECHO COMPARADO RESPECTO AL AGUA POTABLE

Si bien el reconocimiento del agua potable como un derecho inherente a toda persona ocurrió en el siglo XXI, ello no quiere decir que anteriormente se haya dejado relegada la importancia esencial de este elemento para la subsistencia del ser humano.

Desde épocas tempranas, teniendo como punto de partida la llegada de los españoles al continente americano, el rey Fernando el Católico emitió reglamentos sobre requisitos mínimos que debían tener las nuevas tierras para fundar las ciudades. Uno de esos requisitos consistía en la cercanía a las fuentes de agua para el consumo humano (Díaz Palacios *et al.*, 2016, p. 289). Con el transcurso del tiempo, el agua potable se mantuvo como un aspecto relevante para el desarrollo de la sociedad y por ello llegó a ser considerado un 'servicio esencial'¹. Ahora bien, a pesar de esa 'esencialidad' no todos tenían el mismo acceso, disponibilidad y/o calidad del mismo. Por este motivo, durante el pasado siglo diversos tratados internacionales comenzaron a regular el tema. Es el caso de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que en 1981 estableció que los Estados debían asegurar el derecho al abastecimiento de agua potable (art. 14). Esto marcó un hito al reconocer por primera vez al agua potable como un 'derecho'.

Asimismo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, CESCR) de la Organización de Naciones Unidas (en adelante, ONU) en el vigésimo noveno período de sesiones llevado a cabo del 11 al 29 de noviembre de 2002 en Ginebra, a través de su Observación General número 15, reconoce por primera vez al agua potable como un derecho fundamental, desarrollando la doble dimensión del mismo. En primer lugar, este no debe ser afectado por cortes arbitrarios y, en segundo lugar, existe una obligación por parte de los Estados de brindar a toda la población por igual acceso al agua potable. La relevancia de este instrumento no sólo recae en su reconocimiento como derecho fundamental, sino también establece criterios para considerar si se está satisfaciendo de manera idónea, sobre todo tomando en cuenta la precariedad de los sistemas para acceder al agua potable de distintas naciones, más aún de las que se encuentran 'en vías de desarrollo'. Por esta razón, el CESCR (2002) estableció los siguientes criterios:

- a) Disponibilidad: Comprende el abastecimiento de manera continua del agua potable, pero no sólo para el uso personal sino también para el doméstico, considerando que para cumplir este criterio se debe brindar una cantidad mínima de agua potable diaria según el estándar que establezca la Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS).
- b) Calidad: Consumir agua contaminada puede ser más nocivo que no consumir el mínimo diario. Por consiguiente, para cumplir este criterio, el agua debe estar libre de todo contaminante natural o químico para ser considerada potable.
- c) Accesibilidad: Según lo establecido por el Comité, el criterio de accesibilidad se concreta bajo el cumplimiento de la dimensión física, económica, de no discriminación y de acceso a la información.

De manera posterior, la Resolución 64/292 de la Asamblea General de la ONU (2010) refuerza lo expuesto por el CESCR, reafirmando que el agua potable es un derecho fundamental esencial para el cumplimiento de todos los demás derechos fundamentales. Otro aspecto destacado es que exhorta a todos los miembros de la comunidad internacional a colaborar para reducir el porcentaje de ciudadanos sin acceso al agua potable o saneamiento (2010). Pese a que las resoluciones de la Asamblea General no son vinculantes para los Estados miembros, es un fundamento válido para invocar y promover el reconocimiento del derecho al agua potable tanto a nivel normativo como jurisprudencial.

El informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) del año 2015, desarrolla y aborda las problemáticas referentes al derecho al agua potable, reconociéndolo como un derecho fundamental, basándose en las resoluciones emitidas por la ONU con anterioridad. Lo remarcable de este informe es que también recoge jurisprudencia de otras cortes internacionales como las del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Africano de Derechos Humanos, así como resoluciones de organismos técnicos como la OMS. Asimismo, refuerza y actualiza los últimos pronunciamientos de distintas entidades internacionales y explica la situación de Latinoamérica respecto del derecho al agua potable. Por ello, para lograr comprender la trascendencia de este derecho y vincularlo con su actual situación en nuestro país, es necesario realizar un análisis

¹ Véase a Mendoza Flores (2016).

comparativo de la normativa y jurisprudencia de países latinoamericanos.

En primer lugar, se analizará el caso colombiano. El artículo 366 de la Constitución de 1991 establece que el agua potable es un servicio esencial y prestacional que el Estado debe asegurar y dar prioridad presupuestal. Esto permitió su prestación a través de actores privados bajo supervisión estatal, tal como refiere Cardona López:

La transformación sectorial se concretó en la Constitución Política Nacional de 1991 que abrió el camino a otras formas de prestación que consultaban el mercado en los servicios públicos. En 1994 se promulgó la Ley 142 o Régimen de los Servicios Públicos Domiciliarios la cual propicia la participación privada en la prestación y formaliza la regulación y la inspección, vigilancia y control estatales (2010, p. 5).

Posteriormente, como parte del desarrollo normativo del derecho al agua, en el año 2008 se promovió el llamado ‘Referendo del agua’ que buscaba, primero, el reconocimiento del acceso al agua potable como un derecho fundamental y, segundo, que el Estado asegurara un mínimo gratuito para todos los ciudadanos.

No obstante lo mencionado en los párrafos previos, es importante recordar que Colombia no ha positivizado a nivel constitucional este derecho. Sin perjuicio de ello, durante los últimos veinte años, la Corte Constitucional ha desarrollado una sólida jurisprudencia al respecto, determinando lo siguiente:

1. El agua es derecho fundamental cuando se destina para el consumo humano en cuanto contribuye a la salud y salubridad pública; por ejemplo, en las sentencias de la Corte Constitucional colombiana T-578 de 1992 y T-413 de 1995; 2. El agua es indispensable para el desarrollo de otros derechos fundamentales como la salud y la vida en condiciones dignas, como se observa en las sentencias T-578 de 1992 y T-881 de 2002, y 3. No se puede suspender el servicio público de acueducto cuando se afectan personas en estado de debilidad manifiesta, de acuerdo con la sentencia C-150 de 2003 (Respeto Gutiérrez & Zárate Yepes, 2015, p. 127).

Por ello, si bien en Colombia aún no se positiviza el derecho al agua potable, la diversa jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional ha originado que el Estado cambie sus políticas públicas, orientándolas a la protección del derecho de sus ciudadanos de contar con disponibilidad, calidad y accesibilidad al agua según parámetros establecidos en las observaciones generales y resoluciones emitidas

por la ONU. En virtud de ello, se puede afirmar que el derecho al agua potable se encuentra regulado en Colombia.

En segundo lugar, se analizará el caso de Bolivia. La Constitución de 1967 denominó al agua potable como “bien estatal” (art. 136). Ello permitió que se diera un proceso de privatización del servicio de agua potable generando conflictos sociales como la llamada ‘Guerra del Agua’.

En el discurso reivindicatorio que fundamentó el cambio de Constitución a la novísima Constitución del año 2009 del Estado Plurinacional de Bolivia, encontramos la mención a la ‘Guerra del agua’ y también la consigna de que el Estado debe respetar y asegurar el acceso al agua potable para todos sus ciudadanos. En el artículo 16, inciso 1 se estipula que “toda persona tiene derecho al agua y a la alimentación” (1967) y en concordancia con este se encuentra el artículo 20, que establece la obligación del Estado de asegurar el acceso universal y equitativo al agua potable, siguiendo criterios como la universalidad, responsabilidad, accesibilidad, continuidad, calidad, eficiencia, eficacia, tarifas equitativas y cobertura necesaria, con participación y control social (1967). Asimismo, en el tercer inciso se le brinda la denominación de derecho humano al acceso al agua y alcantarillado, decretando la prohibición de que sea concesionado o privatizado (1967). Finalmente, se encuentra el capítulo quinto, dedicado a los recursos hídricos, siendo el artículo 374 el que se refiere al agua como un derecho “fundamentalísimo para la vida” (1967), y sus consiguientes artículos 375, 376 y 377, los que asignan deberes al Estado para asegurar el acceso al agua potable.

Si bien es resaltante el gran desarrollo normativo referente al derecho al agua potable en el Estado Plurinacional de Bolivia, no significa que se asegure su eficacia. Sobre ello Perales Miranda indica que “las situaciones de crisis del agua han sido recurrentes en la ciudad de La Paz. Los motivos han sido disímiles, unas veces por averías en la infraestructura, otras veces debido a la existencia de conflictos sociales” (2018, p. 98).

Por este motivo, si bien se ha establecido el derecho al agua potable, realmente no ha representado una mejora en su eficacia ni en el aseguramiento del acceso universal e idóneo a toda su población como bien lo estipula su actual Constitución.

El análisis de la situación de ambos países permite tener una visión comparada del derecho al agua, puesto que estos presentan condiciones geográficas, culturales y sociales semejantes al Perú, pero con un desarrollo normativo disímil del derecho

en cuestión, quedando evidenciado que la positivización constitucional de un derecho no garantiza su eficacia.

IV. EL DESARROLLO DEL DERECHO AL AGUA EN EL PERÚ

Antes de que el agua potable sea reconocida como un derecho en el 2017 a raíz de la reforma constitucional, este solo era visto como parte de los sistemas que integraban los servicios de saneamiento, regulándose bajo esos parámetros.

En diversas ocasiones, el Tribunal Constitucional ha reconocido la vital importancia del agua potable a través de su jurisprudencia. Dos sentencias de este organismo constitucional han tenido gran relevancia para el trato jurídico de este derecho.

En el año 2005, con la sentencia recaída en el Expediente 2064-2004-AA/TC, el Tribunal Constitucional realizó una interpretación del artículo 7 de la Constitución, donde determina que este apartado no sólo reconoce el derecho a la salud personal, sino que este debe comprenderse e interpretarse con un conjunto de condiciones mínimas de salubridad y factores para que el ciudadano pueda llevar una vida digna (2005). Uno de esos factores es el agua potable, pues determina que las personas mantengan una buena salud, lo cual, a su vez, determina su supervivencia. En ese sentido, según los magistrados, el agua potable es un elemento esencial para el desarrollo personal, social y económico del ser humano (2005).

De ahí que resulte importante que el Estado centre real atención en la población que carece de servicios de agua potable y saneamiento, pues de lo contrario, desencadenaría en enfermedades propias de la precariedad e insalubridad en la que viven muchos peruanos. Claro está que gran parte de la población no cuenta con una red pública dentro de la vivienda, debido a que su medio para abastecerse de agua potable son los camiones cisterna, pozos, ríos, manantiales u otros. Asimismo, cuando no hay acceso al agua potable, los niños tienden a mostrar desnutrición, debido a que muchas veces el consumo de agua no potable o agua que lleva mucho tiempo en depósitos causa enfermedades como diarrea, fiebre y deshidratación, produciendo así la pérdida de una extensa cantidad de nutrientes. Según el INEI, en el año 2020, el 12.2% de la población menor de 5 años a nivel nacional sufrió de desnutrición crónica, siendo la zona rural la más afectada, pues la cifra se eleva

a 24.7% (2013)². Y según la OMS, la desnutrición afecta directamente al desarrollo físico y cognitivo de las personas (2017). Siendo así, no queda duda alguna de que las personas que no gozan de agua potable se encontrarán en una situación de desigualdad y falta de oportunidades, quedando el derecho solo en el terreno de lo simbólico y declarativo si es que el Estado no cumple con su fin mismo.

Posteriormente, en el año 2007, el Tribunal Constitucional, mediante la sentencia recaída en el Expediente 6546-2006-PA/TC, establece que el agua potable es un derecho constitucional no numerado (2007). Es en ese momento cuando le otorga un nivel jerárquico distinto a lo que se planteó en el año 2005, pues en ese entonces sólo se trató como un factor parte de otro derecho constitucional.

Con dicha sentencia se logra determinar que, sobre la base de la dignidad del ser humano y del Estado social y democrático de derecho, se puede reconocer el acceso al agua potable como un derecho fundamental. Ahora bien, se le otorga una dimensión prestacional, es decir que la naturaleza de este derecho tiene que ver con los servicios que las instituciones públicas o privadas están en la obligación de brindar a la población y que ello deberá ser promovido por el Estado. En esa línea, también indica que, al ser un recurso natural, se convierte en un elemento básico para la supervivencia de las personas al satisfacer sus necesidades elementales, pero, sobre todo, contribuye a la consolidación de otros derechos como la vida y la salud, generando el correcto desarrollo social y económico del país a través de las políticas públicas que plantee el Estado. Creemos que el punto más relevante se sustenta en que el Estado es quien debe dar al ciudadano la accesibilidad, calidad y suficiencia del agua potable al asegurar el disfrute de la misma.

Por otro lado, se establece que la accesibilidad se concreta cuando los ciudadanos cuentan con las instalaciones de servicios de agua potable cercanas a los lugares donde viven o realizan sus actividades, de modo que los costos de este servicio deberán adecuarse y estar al alcance de todos, lo cual implica que no exista ningún tipo de discriminación. La doctrina ha sido clara en cuanto a esto último. De ahí que Salmón Gárate y Villanueva Bogani afirmen lo siguiente:

El elemento no discriminación supone a su vez que el agua y los servicios e instalaciones de agua deben ser accesibles a todos por igual,

² Información recabada de la nota de prensa: "[e]l 12,1% de la población menor de cinco años de edad del país sufrió desnutrición crónica en el año 2020" (2021).

incluso a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos (2008, p. 179).

Es así como resulta importante que la accesibilidad se complemente también con políticas de información respecto de la utilización y la necesidad de proteger este recurso natural. En cuanto a la calidad, esta significa una obligación del Estado para con los ciudadanos de garantizar condiciones de salubridad del agua potable, así como la calidad de atención y suministros del servicio. Por otro lado, la suficiencia se concreta cuando el servicio se haya dispensado en condiciones cuantitativas que les permita a las personas poder satisfacer sus necesidades elementales.

A nuestro criterio, el agua potable tiene un rol protagónico y esencial en la vida de las personas y la sociedad en su conjunto. Por esta razón, el Estado tiene que hacer valer este derecho para todos por igual en virtud del rol social que cumple y de su finalidad, que se traduce en la defensa de la persona y el respeto de su dignidad.

Ahora bien, el agua potable, antes de su inserción en nuestra norma fundamental, también fue precedida por una serie de medidas legislativas y gubernamentales. En específico, mediante la implementación de políticas públicas por parte del ejecutivo como ente encargado de dirigir la política general del gobierno.

Por ello, resulta importante realizar un análisis del desarrollo de las políticas públicas implementadas durante periodos cronológicos divididos en las siguientes tres etapas:

- El primer periodo comprende desde la aprobación de la actual norma constitucional hasta el reconocimiento jurisprudencial del derecho al acceso al agua, es decir, de 1993 a 2007.
- El segundo periodo comprende desde el reconocimiento jurisprudencial de derecho al acceso al agua a través de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 06534-2006-PA/TC hasta la reforma constitucional que reconoce el derecho de acceso al agua como derecho social a través de la Ley 30558 del 22 junio 2017, es decir, de 2006 a 2017.
- El tercer periodo abarca los últimos cuatro años transcurridos desde la reforma constitucional hasta la actualidad, es decir, de 2017 a 2021.

Respecto a las políticas públicas referidas a la implementación del agua potable durante el primer periodo, estas fueron establecidas en consonancia con el régimen económico y rol subsidiario del Estado establecidos en la Constitución, en 1993. Poco antes, mediante el Decreto Ley 25965, publicado el 18 de diciembre del 1992, se fundó la Superintendencia Nacional del Servicios de Saneamiento (SUNASS) con el objetivo de implementar la prestación del servicio de agua potable y saneamiento a través de una gestión de naturaleza privada a cargo de las Empresas Prestadoras de Servicios (en adelante, EPS).

En los inicios de los años noventa, en Perú existían dos ministerios encargados de las políticas de agua y saneamiento: el Ministerio de Fomento y Obras Pública (MFOP) para las zonas urbanas y el Ministerio de Salud (MINSA) para zonas rurales. La prestación del servicio público estaba organizada en torno a un aparato estatal enfocado en el acceso universal sin considerar como prioridad la sostenibilidad económica; esto cambió con la nueva Constitución de 1993. Además, se priorizó la participación del sector privado a través de la implementación de empresas prestadoras capaces de autofinanciarse con tarifas reales.

Posteriormente, el 24 de julio de 1994, se promulgó la Ley 26338, la cual creó 45 EPS, 44 de ellas bajo la forma societaria de sociedad anónima con accionariado de los gobiernos local y provincial, dejando solo al ya existente Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima (en adelante, SEDAPAL) como empresa pública a cargo del gobierno central. Esta desordenada proliferación de EPS devino en problemas como la inviabilidad económica, subsidios mal destinados y el sistema tarifario ineficaz para lograr el autofinanciamiento.

Durante esta etapa se pretendió privatizar SEDAPAL como una de las EPS más importantes por el ámbito geográfico de cobertura en Lima y Callao. Esta iniciativa tuvo que ser dejada de lado debido a una serie de problemas preexistentes, como la ausencia de una regulación clara respecto a la forma de establecer las tarifas, la falta de consideración de soluciones más allá de lo inmediato, y la falta de acceso al agua por gran parte de la población que estaba asentada en las periferias de Lima sin posibilidad de asumir tarifas 'reales' para la prestación de servicios, deviniendo en la inviabilidad de implementar la participación privada.

El 11 de julio de 2002 tuvo lugar la creación del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (VIVIENDA) a través de la Ley 27792 aprobada por el Congreso de la República y publicada el 25 de julio del mismo año. El referido ministerio permi-

tió la implementación de la Dirección Nacional de Saneamiento como ente encargado de concretar las políticas públicas en torno al servicio de agua potable y saneamiento. En ese sentido, a través del Decreto Supremo 004-2002-VIVIENDA, el ejecutivo crea el Proyecto Especial Programa Nacional de Agua Potable y Alcantarillado (PRONAP) al cual denomina Programa de Apoyo a la Reforma del Sector Saneamiento (en adelante, PARSSA) y para tal objetivo se concretó un endeudamiento con el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento de cincuenta millones de dólares, logrando financiar parcialmente el Programa Nacional de Agua y Saneamiento Rural (PRONASAR). Todos estos programas irían en consonancia con el Plan Nacional de Saneamiento 2006-2015 aprobado mediante Decreto Supremo 007-2006-VIVIENDA promulgado el 17 de marzo del 2006.

Durante el segundo periodo tuvo lugar la aprobación del programa Agua Para Todos a través del Decreto Supremo 006-2007-VIVIENDA, emitido el 23 de febrero de 2007. Este fue un proyecto sumamente importante, pues se encargó de abastecer de agua potable y saneamiento a los sectores carentes de tales servicios, como parte de PARSSA. Sus funciones principales se enfocaron en la elaboración de los perfiles del Sistema Nacional de Inversión Pública (SNIP) para la inversión de proyectos y la ejecución de una serie de obras de agua potable en ámbitos urbanos y rurales, este último mediante la unidad operativa de saneamiento rural, un órgano del programa. Posteriormente, el 7 de julio del 2007, se publicó la Ley 29061, que crea el Fondo de Inversión Social en Saneamiento (INVERSAN) cuyo objetivo estaba enfocado en el asesoramiento y articulación del financiamiento de los proyectos de todos los entes vinculados al sector saneamiento, y se extiende a los diferentes niveles de gobierno y EPS involucradas, en el marco del Plan Nacional de Saneamiento vigente.

Posteriormente, se aprobó el plan estratégico “Plan Bicentenario: El Perú al 2021” (en adelante, Plan Bicentenario), mediante el Decreto Supremo 054-2011-PCM, promulgado el 22 de junio de 2011. Este tuvo como uno de sus ejes las oportunidades y el acceso a los servicios, entendidos estos como la totalidad de servicios públicos incluyendo el acceso al agua potable y saneamiento. Asimismo, este instrumento estratégico nacional, a cargo de su ente rector el Centro Nacional de Planeamiento Estratégico (CEPLAN), tiene una serie de metas a futuro en gran parte orientadas a incluir a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante, OCDE). Los objetivos estratégicos del Plan Bicentenario han ido incorporándose a través de instrumentos normativos y reglamentarios como el Decreto Supremo 015-2013-VIVIEN-

DA, que aprobó el reglamento de la Ley 30045, Ley de Modernización de los Servicios de Saneamiento, misma que creó el novísimo Organismo Técnico de la Administración de los Servicios de Saneamiento (OTASS), como un organismo público técnico adscrito al MVSC. El mismo sería dotado con autonomía funcional, administrativa, económica y financiera. Y tendría una participación muy importante en el proceso de ‘reflotamiento’ de amplia cantidad de EPS que no habían logrado optimizar el servicio y presentaban deficiencias administrativas contrarias al autofinanciamiento.

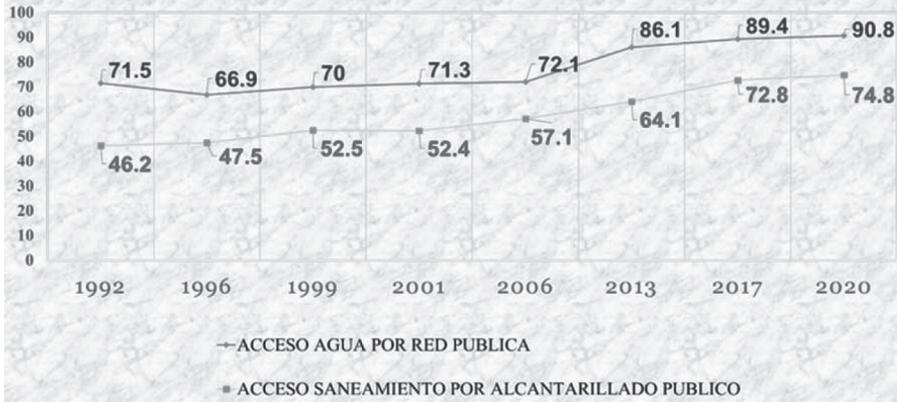
Posteriormente, mediante el Decreto Supremo 007-2017-VIVIENDA del 29 de marzo del 2017, se aprueba la Política Nacional de Saneamiento. Esta fue una herramienta de política pública sectorial orientada al cumplimiento de una serie de Objetivos de Desarrollo Sostenible (en adelante, ODS) aprobados por la Asamblea General de la ONU que adoptó la Agenda 2030. También se orientó al cumplimiento de las políticas de Estado establecidas por el Acuerdo Nacional. Cabe precisar que el reconocimiento del derecho de acceso al agua potable realizado por el Tribunal Constitucional –mediante sentencia recaída en el Expediente 06534-2006-PA/TC– ha sido parte del fundamento recogido en el Decreto Supremo que aprobó la política en cuestión. Cabe resaltar este aspecto ya que constituye el ámbito de influencia o alcance del reconocimiento realizado por el máximo intérprete de la norma fundamental.

Durante el tercer periodo, tuvo lugar la reforma constitucional que reconoce el derecho al acceso al agua potable en el artículo 7-A de la Carta Magna. Esta representa un paso fundamental para que el Estado garantice este derecho a todos los ciudadanos y, sin duda, para asumir la naturaleza del agua como recurso natural de dominio público, cuyo consumo humano debe ser priorizado respecto de otros usos. Se aprobaron instrumentos normativos en consonancia a la política nacional vigente, como el Plan Nacional de Saneamiento 2017-2021, aprobado mediante el Decreto Supremo 018-2017-VIVIENDA el 23 de junio del 2017. Esto ocurrió un día después de la publicación de la ley de reforma constitucional, lo cual explica que no se hiciera referencia a este derecho en los considerandos del referido decreto. El plan reemplaza y sucede al anterior del periodo 2006-2015, y recoge como uno de sus objetivos más importantes la cobertura universal del acceso al agua potable y saneamiento en los cinco años de vigencia a través de acciones gubernamentales orientadas también por los ODS. Esta última es una iniciativa de la ONU que hace especial énfasis en la sostenibilidad y el cambio climático, y en las recomendaciones de la OCDE que inciden en el gobierno corporativo.

El derecho al agua potable incluye la concretización de tres factores: la accesibilidad, la calidad y la suficiencia. En ese sentido, la accesibilidad al agua potable a través de la red pública implica la posibilidad de obtener el agua dentro de la vivienda, o fuera de la vivienda, pero dentro del edificio o pilón de uso público; y que, de la mis-

ma forma, el acceso a alcantarillado por red pública este conformado por red pública dentro de la vivienda, o fuera de la vivienda, pero dentro de la edificación. La siguiente información muestra el desarrollo de este derecho a nivel nacional, en donde no se hace distinción entre zonas urbanas o rurales.

Figura 1: Evolución del acceso al agua potable y saneamiento por red pública en el periodo 1992-2020



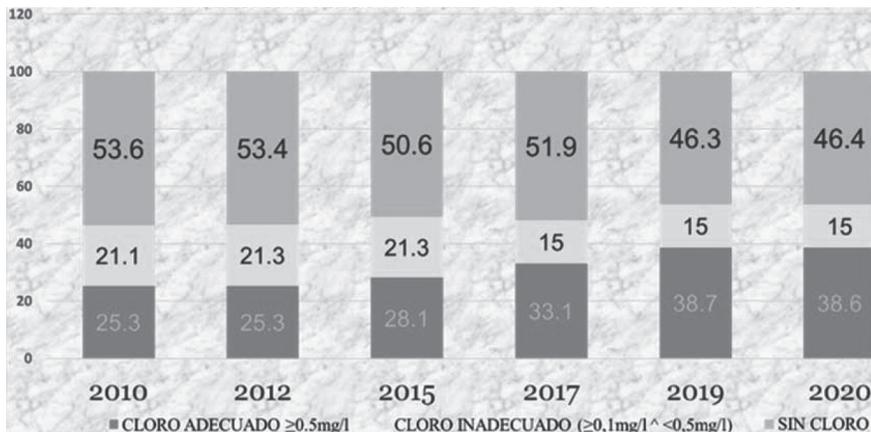
Fuente: Elaboración propia a partir del Informe Técnico "Perú: Formas de Acceso al Agua y Saneamiento Básico" (INEI, 2020b)

Se observa el incremento del acceso al agua potable de manera constante desde el año 1992. No se observa algún cambio disruptivo o resalante de un periodo respecto del anterior, desarrollándose el acceso al agua a mayor escala que el servicio de alcantarillado cuyo desarrollo

es más modesto y partió de niveles más bajos (46.2 % en el año 1992).

Asimismo, la calidad del derecho al agua potable se entiende en niveles de cloro añadido durante el proceso de potabilización, al respecto se tiene:

Figura 2: Evolución del acceso a agua potable por red pública con niveles de cloro



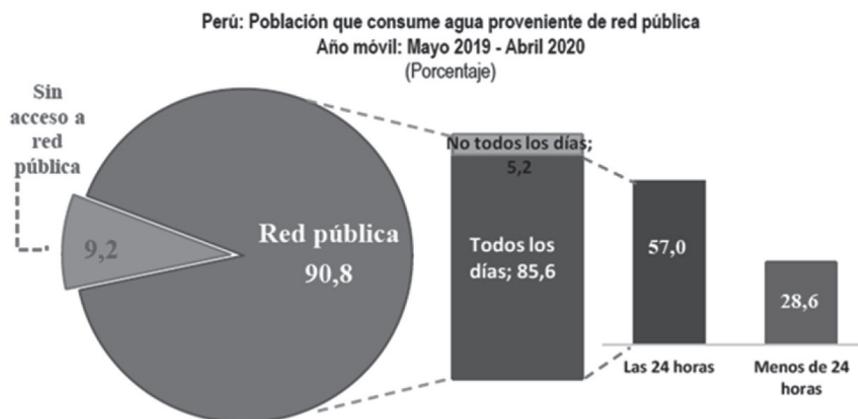
Fuente: Elaboración propia a partir del Informe Técnico "Perú: Formas de Acceso al Agua y Saneamiento Básico" (INEI, 2020b)

El nivel de cloro como elemento añadido durante la etapa de potabilización del agua, constituye el determinante de la calidad que, junto a la accesibilidad y la cantidad suficiente, integran el pleno ejercicio del derecho al acceso a agua potable. Notamos que el desarrollo de este aspecto del derecho al agua es muy reducido en comparación

con la accesibilidad por red pública. Gran parte del recurso ni siquiera se somete al proceso químico de potabilización.

Sobre la suficiencia, la información estadística al año 2020 indica lo siguiente:

Figura 3: Perú: Población que consume agua proveniente de red pública



Fuente: INEI (2020b)

Este gráfico muestra que el porcentaje de acceso a agua potable por red pública de manera diaria es solo de un 85,6%. Y de aquellos, únicamente el 57% de la población tiene acceso durante las 24 horas. El grado de suficiencia debe analizarse desde estos datos por cuanto implica el uso cotidiano de agua potable.

Por otra parte, es pertinente realizar también un análisis de la legislación referente al agua potable. Así pues, el 24 de julio de 1969 se promulga el Decreto Ley 17752, la Ley General de Aguas. Esta derogada ley no le daba un trato especial al agua potable. En primer lugar, no encontraremos el agua potable bajo ese término, sino como aguas producidas, las cuales serán aquellas que fueron obtenidas por artificios para uno o más usos (1969). Y en segundo lugar, sólo el artículo 8 dispone que las aguas destinadas a satisfacer necesidades primarias no requerirán de la aprobación de ninguna autoridad competente (1969). Es claro que el desarrollo legislativo del agua potable es ambiguo, limitado y escaso, pues sólo hará mención de ello en una terminología distinta y no establecerá un contenido propio de la misma. De ahí que es evidente la limitación de esta ley en cuanto al derecho al agua potable.

Observando la necesidad de una mejor regulación y reglamentación, el 31 de marzo de 2009 se deroga la Ley General de Aguas y se da paso a una nueva ley de corte más moderno, acorde a las nuevas terminologías. Hablamos de la Ley 29338, Ley de Recursos Hídricos, la cual garantiza el uso y gestión integrada del agua. Con esta ley, el agua potable se considera un bien de uso público, cuya administración dará prioridad a principios como el bien común y el interés de la nación, tal como se

establece en los artículos 2 y 54 (2009). Esta nueva ley contempla una reforma institucional profunda que une a la Autoridad Nacional del Agua (ANA) con diferentes instituciones del Estado, y establece que estas se involucren en la gestión de los recursos hídricos del país (2009).

Es notable la diferente narrativa y orden que se otorga al agua potable. Es así como también nos indica que el uso primario del agua sin alteración y contaminación comprende su utilización directa y efectiva, de forma que esté orientada a la finalidad de satisfacer las necesidades humanas primarias, es decir, la alimentación, el consumo directo del agua y el aseo personal. Partiendo desde el concepto establecido, resulta claro que se trata de visibilizar la importancia del elemento agua en la vida de todas las personas y la sociedad. Podemos decir que otro punto novedoso se encuentra en el artículo 40 de la referida ley, que establece que el Estado garantiza el otorgamiento de cantidades suficientes de agua potable a la población (2009). Si bien no delimita una cantidad en específico, es un primer paso a lo que a ello respecta. No obstante, pese a que la ley significó una aproximación a un efectivo derecho al agua potable, desde el año 2011 la Encuesta Demográfica y de Salud Familiar (ENDES) ha informado sobre las cifras de desnutrición crónica que padecen niños menores de cinco años en el país, además de enfermedades diarreicas agudas, señalando que eran propias de la ausencia de agua potable, entre otras razones³.

Como hemos analizado, con la Ley de Recursos Hídricos el acceso al agua potable se reconoce como derecho. Y en el ámbito internacional, ya se le habría reconocido como un derecho humano fundamental. Sin embargo, en ese momento, el agua

³ Más información en: www.proyectos.inei.gob.pe

potable aún no tendría jerarquía constitucional. De ahí que parlamentarios del Congreso de ese entonces, mediante el Proyecto de Ley 00424/2016-CR, buscaran que se incorpore al texto constitucional el derecho al agua potable y saneamiento, dentro de los alcances del artículo 2. Finalmente, en el 2017, la incorporación se daría en el artículo 7, donde se establecería que es un derecho de la persona humana y que el Estado será el garante de su prestación progresiva (1993). El artículo citado se encuentra dentro del Capítulo II que corresponde a los derechos sociales y económicos. Resulta trascendente la exposición de motivos porque se va a dilucidar la fundamentación del agua potable como derecho fundamental apoyado del razonamiento de la legislación internacional, aunque ello no deriva en un aspecto novedoso dado que en el Reglamento de la Calidad del Agua para Consumo Humano ya se le trataba como tal. De otro lado, según el razonamiento de los legisladores, el derecho al agua potable es conexo a otros derechos como la salud y la educación, ellos van a depender directamente del acceso al agua potable de calidad. Nuestros legisladores creyeron que lo más pertinente sería elevar este derecho a rango constitucional por lo siguiente:

Consideramos que un reconocimiento expreso de este derecho fundamental, y plasmado en nuestra carta magna garantizaría su jerarquía y exigibilidad como derecho fundamental. Esto implicaría, además, que el Estado deba priorizar su implementación de forma progresiva en base a una norma Constitucional de carácter vinculante otorgando así una mayor protección a la dignidad humana (2016, p. 3).

Como consecuencia de este proyecto de ley, se incorporó el artículo 7-A, que indica que toda persona debe acceder de forma progresiva y universal al agua potable porque el Estado priorizará el consumo humano sobre otros usos (1993). Esta reforma constitucional siguió los lineamientos de los ODS y el Acuerdo Nacional, los cuales ya habían establecido que el agua potable es un elemento primordial para la vida y el desarrollo de otros derechos fundamentales.

En efecto, resulta trascendental que la desigualdad en el acceso al agua potable se elimine progresivamente y que la calidad sea la idónea para el consumo. Estos son aspectos que harán efectivo el derecho. En tanto su escasez está estrechamente ligada a la pobreza, se produce una trasgresión de la dignidad de la persona. Por ello, se debe buscar un marco normativo y jurisprudencial más amplio, que desarrolle el derecho al agua potable para su debido saneamiento y estándares básicos como parte de la política integral del Estado peruano.

V. UNA PROPUESTA DE EFECTIVIZACIÓN DEL DERECHO AL AGUA POTABLE

El agua potable no solo es esencial para la alimentación y el buen funcionamiento del cuerpo humano, sino también para mantener una higiene óptima. Por ello, es elemental para afrontar la pandemia del COVID-19. En esa línea, el 6 de febrero del 2021, el gobierno central emitió el Decreto Supremo 017-2021-PCM, donde decretó en 'Nivel de Alerta Muy Alto' a todo el departamento de Loreto y a dos de sus provincias en 'Nivel de Alerta Extremo' respecto de los contagios por el virus. Resulta alarmante que, según datos del INEI, el 44% de la población de Loreto —el departamento más grande del país— no cuenta con acceso a la red pública de agua potable (2019). Si bien no se puede considerar la falta de agua potable como el único factor determinante de los elevados índices de contagio en Loreto, no tener acceso al agua potable para seguir los protocolos de higiene influye notoriamente. Esta situación ha puesto en la palestra la importancia de contar con un mínimo constitucionalmente protegido. Entender la naturaleza del agua potable como un derecho y su contenido constitucional será importante a fin de señalar la necesidad del mínimo constitucionalmente protegido.

En tal sentido, como previamente lo hemos desarrollado, los organismos nacionales e internacionales han establecido condiciones necesarias para el ejercicio pleno de este derecho, tales condiciones son la accesibilidad, calidad y suficiencia. También se ha evidenciado, al observar la evolución del acceso al agua potable por red pública, el énfasis que el Estado otorgó respecto a una sola de estas condiciones, la accesibilidad, lo cual representa un desarrollo cuantitativo mas no cualitativo.

No cabe duda que faltan abarcar los demás criterios para lograr la satisfacción del derecho al agua potable. Cubrir únicamente uno de ellos no hará que se haga efectivo y crea la apariencia de que realmente se está logrando satisfacer esta necesidad a través de su naturaleza programática. Sobre ello, el Tribunal Constitucional estableció lo siguiente:

Si bien es cierto que la realización o cumplimiento de los derechos sociales fundamentales implica que el Estado implemente políticas públicas que representan el gasto de recursos públicos, ello no es un argumento suficiente como para hacer depender la realización de los derechos fundamentales de cuestiones presupuestales. En efecto, tal dependencia desnaturaría el mandato de deber ser de los derechos sociales fundamentales, reduciéndolos

nuevamente a meros ideales programáticos sin fuerza vinculante para el Estado (Expediente 01470-2016-PHC/TC, 2019, fundamento 25).

De ahí que a partir de su incorporación al apartado de derechos sociales de nuestra Constitución se consagra dentro de la categoría de los derechos fundamentales. Sin embargo, ¿será suficiente para satisfacer realmente este derecho?, ¿cómo es que se logra la efectivización de los derechos sociales a pesar de su naturaleza programática? Una de las fórmulas que ha tenido mayor aceptación tanto en la doctrina como en las altas cortes es la del mínimo constitucionalmente protegido, el cual descansa “sobre la idea de garantizar las condiciones mínimas de subsistencia concretas para que las personas puedan ejercer sus capacidades y desenvolverse en la sociedad” (Jiménez Ramírez, 2013, p. 117).

No obstante, establecer el mínimo constitucionalmente protegido del derecho al agua potable no será posible si es que no se ha delimitado su contenido constitucional. La naturaleza de este contenido deberá ser limitado, ilimitable y delimitable. El carácter limitado hace referencia a que el derecho al agua potable tendrá sus propios límites, lo cual va a ayudar a definir y diferenciar este derecho de otros. En cuanto a lo ilimitable, alude a que nadie podrá establecer un límite en el contenido constitucional de este derecho. Y, por último, será delimitable porque los tres poderes del Estado son los encargados de su perfeccionamiento mediante las normas.

En tal sentido, cabe precisar que, en primer lugar, no sólo basta con tomar el contenido estipulado en la Constitución, sino que se requiere apoyarse en el ordenamiento o las normas legales que están relacionadas directamente con el derecho al agua potable en virtud del principio de unidad constitucional, el cual exige que la interpretación de la norma constitucional se realice en conjunto con otros dispositivos legales en la materia, ya que, de lo contrario, se llegaría a una interpretación discordante de la misma. En segundo lugar, es necesario recoger lo estipulado por las normas internacionales referentes al agua potable, así como la jurisprudencia de los tribunales internacionales. Ello también es conexo a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, que indica que las normas “relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú” (1993). En tercer lugar, es elemental definir qué es y qué implica el derecho al agua potable. De modo que, existiendo una definición,

es posible determinar la finalidad y facultades que contempla el contenido constitucional del derecho al agua potable y, a la vez, cuáles no se van a incluir dentro del mismo. En cuarto y último lugar, será primordial valorar los casos concretos, es decir, los hechos de la realidad bajo los cuales se exige el derecho al agua potable, pues se requiere una valoración distinta en cada caso. Este punto es sustancial porque se podrá concretar de manera íntegra el contenido constitucional del derecho al agua potable. Sobre este punto Castillo Córdova afirma que:

El contenido constitucional del derecho no puede ser formulado de manera abstracta y de una vez para siempre como quien encuentra una fórmula física o química. El Derecho no puede estar sujeta a los principios de la ciencia exacta sencillamente porque su materia es la conducta humana la misma que no es posible encasillar en leyes físicas inmutables [...] no será sino en función del concreto caso en el que se defina si una concreta pretensión forma o no parte del contenido constitucional del derecho (2005, p. 10).

De ahí que nuestros legisladores tienen una gran responsabilidad, pues serán quienes deban pulir o crear normas referentes al derecho al agua potable que no sean contrarias al propio texto constitucional. Asimismo, es labor de los operadores de justicia y de los intérpretes de la Constitución interpretar, amoldar y delimitar bajo los casos concretos que valoren, el contenido constitucional del derecho al agua potable. De esta manera, en conjunto con el mínimo constitucionalmente protegido, se podrá efectivizar el derecho. Como referencia tenemos el caso Manuel Anicama, en donde el Tribunal Constitucional estableció el mínimo constitucionalmente protegido del derecho a la pensión. En efecto, esta jurisprudencia ha desarrollado el tema del contenido esencial protegido de un derecho constitucional. Según esta tesis los derechos tienen contornos y hechos que comprenden alcances y límites, y ante la colisión de los mismos incluso se puede llegar a una ponderación, siempre y cuando se salvaguarde su contenido esencial. En la mencionada sentencia, el Tribunal Constitucional afirma que:

El derecho fundamental a la pensión tiene una estrecha relación con el derecho a una vida acorde con el principio-derecho de dignidad, es decir, con la trascendencia vital propia de una dimensión sustancial de la vida, antes que una dimensión meramente existencial o formal, forman parte de su contenido esencial aquellas pretensiones mediante las cuales se busque preservar el derecho concreto a un ‘mínimo vital’ (Expediente 1417-2005-AA/TC, 2005, fundamento 37).

Ese criterio ha sido reiterado en diversa jurisprudencia, incluso en el contexto de pandemia donde los derechos se han visto limitados a causa de la necesidad de protección del derecho a la salud. Por consiguiente, se ha demostrado que la tesis del mínimo protegido de los derechos encuentra raigambre en nuestra jurisprudencia.

Con respecto a la experiencia comparada, podemos analizar lo dispuesto por la Corte Constitucional de Colombia. La misma estableció por primera vez en el 2011 que la entidad prestadora del servicio debe asegurar a la población un mínimo protegido de 50 litros de agua potable por persona (Sentencia T-740/11, 2011). Este parámetro se determinó de acuerdo con las directrices establecidas por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) en su primer Informe de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos en el Mundo, del año 2003, titulado Agua para todos, agua para la vida. Así, se posibilita la delimitación de estándares en la prestación del servicio de acceso al agua potable, estableciendo un mínimo constitucionalmente protegido.

Otro ejemplo de ello es el Juicio de Amparo 843/2018-III del Juzgado Tercero del Distrito de Amparo y Juicios Federales en el Estado de Chiapas, en México, que determinan lo siguiente:

Las autoridades responsables, proporcionen a los quejosos el servicio de agua potable de manera continua, en cantidad adecuada y suficiente para el uso personal y doméstico, esto es, el acceso al agua necesaria para mantener la vida, la salud y, para satisfacer las necesidades básicas del ser humano. Sin que lo anterior signifique conceder una cantidad ilimitada de agua, con un estándar mínimo aceptable (2018, fundamento 6).

Asimismo, en Colombia, mediante el proceso de tutela —el cual tiene similitud conceptual y práctica con el recurso de amparo— se ha podido desarrollar amplia jurisprudencia sobre el derecho al agua potable. Así pues, con la Acción de Tutela T-398/18, la Corte Constitucional colombiana resolvió:

Que los sujetos de especial protección constitucional tienen derecho a un mínimo de agua que no es susceptible de restricción alguna. Por esta razón no es dable a una empresa prestadora del servicio público domiciliario suspender por mora en el pago de las facturas el suministro de agua potable, si con ello se impide a estos sujetos de especial protección el acceso al líquido vital, máxime si con dicha medida se afectan otros derechos fundamentales (2018, fundamento 5.9).

Todo ello evidencia que los países vecinos tienen un mayor avance en lo que respecta al desarrollo de mecanismos para tutelar el derecho al agua potable. Así, si bien con la reforma del 2017 fue incorporado a nuestro texto constitucional, la falta de desarrollo no ha permitido su debida efectivización.

Ahora bien, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (en adelante, OHCHR) en conjunto con la OMS suscriben que es necesario que el mínimo para cubrir las necesidades de consumo e higiene de las personas debe ser entre 50 y 100 litros de agua potable al día (2011, p. 9), lo cual, como bien hemos demostrado, no se cumple en nuestra realidad. Además, en el contexto de la pandemia por COVID-19, el OHCHR emitió un informe instando a los Estados a formular estrategias y planes de acción para subsanar las deficiencias que tienen en la efectivización de los derechos económicos, sociales y culturales, debiendo prestar mayor atención a la protección del derecho al agua potable, entre otras cosas (2021, p. 5). Por lo tanto, queda evidenciado que efectivizar el derecho al agua potable es una tarea urgente, más aún en el contexto de pandemia que atravesamos y futuras emergencias sanitarias que el país afronte. El derecho al agua potable, como un derecho social, no se agota en su naturaleza programática, sino que para lograr su efectivización es esencial desarrollar el mínimo constitucionalmente protegido sobre la base del contenido constitucional de este derecho.

Nuestro país, inserto en un sistema democrático, debe lograr el pleno goce de los derechos de las personas, lo cual comprende el desarrollo de un proyecto de vida basado en la dignidad e igualdad de todos. La problemática del agua potable que atraviesa la población debería llamar a repensar la esencialidad de este derecho. El acceso al agua debe dejar de ser considerado como solamente un servicio el cual se puede suspender por no contar con los medios económicos necesarios para solventarlo. En la misma línea, también se debe erradicar la idea de que el ciudadano debe sentirse satisfecho con el simple recibimiento de agua 'potable' mediante camiones cisterna, cuando en realidad estos deben tener un mantenimiento continuo para cumplir estándares mínimos de salubridad.

VI. EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y EL AGUA POTABLE

Dentro de las novedades que nos trae la reciente reforma del Código Procesal Constitucional se encuentra la incorporación del agua potable como un derecho que puede ser tutelado mediante un pro-

ceso de amparo (art. 44). Ello también podría implicar un cambio en el estado actual de las cosas.

En efecto, luego de haber revisado la jurisprudencia nacional, podemos encontrar que los casos sometidos a la jurisdicción del Tribunal Constitucional en los cuales se tuteló el derecho al agua potable, se realizaron mediante el recurso de agravio constitucional, que por su propia naturaleza tiene como requisito previo que el agraviado llegara hasta segunda instancia en el fuero judicial, lo cual no permite resarcir la lesión con la urgencia debida. En otras palabras, se requiere acudir a varias sedes judiciales antes de tener una decisión relevante que reconozca el derecho en mención, en virtud de lo cual podemos afirmar que no se garantizaba un marco legal para la tutela idónea del derecho al agua potable.

Por ello, consideramos que la incorporación del derecho al agua potable como un derecho tutelado por el amparo, gracias a la reciente reforma del Código Procesal Constitucional, abre grandes posibilidades para tener una protección idónea y eficaz, así como una oportunidad para poder desarrollar a nivel jurisprudencial el mínimo constitucionalmente protegido.

VII. RESULTADOS

- a) Los instrumentos internacionales sobre el derecho al agua potable permitieron su desarrollo tanto a nivel normativo como jurisprudencial en diferentes naciones a partir de que el estándar internacional exige que el derecho al agua potable sea reconocido como un derecho fundamental y no como un servicio.
- b) El derecho al agua potable implica la obligación del Estado de garantizar el acceso, la calidad y la suficiencia del recurso. Las políticas públicas en el Perú han permitido un crecimiento horizontal en el aspecto de accesibilidad, mas no ocurrió lo mismo con la calidad y suficiencia, siendo sus porcentajes inferiores respecto del primero.
- c) Si bien el acceso al agua potable ha aumentado de manera significativa, aún hay un gran porcentaje de ciudadanos que no cuenta con un acceso continuo. Por tanto, establecer un mínimo constitucionalmente protegido se aproxima como una forma de lograr la efectivización de este derecho. No obstante, de la revisión de la jurisprudencia resulta que con el mínimo se ha podido implementar la protección del derecho solo en un primer plano de acceso, mas no de calidad y/o suficiencia.

- d) La incorporación en el Nuevo Código Procesal Constitucional del agua potable como un derecho que puede ser tutelado mediante el amparo abre la posibilidad de que los tribunales ordinarios, así como el Tribunal Constitucional, puedan desarrollarlo y con ello contribuir a su efectivización.

VIII. CONCLUSIÓN

La reforma constitucional que incorporó el derecho de acceso al agua potable como derecho social no ha generado un cambio disruptivo respecto de los factores que, de acuerdo al Tribunal Constitucional, integran tal derecho (accesibilidad, calidad y suficiencia). Antes bien, tales aspectos se han ido desarrollando progresivamente en años previos a la reforma a través de las políticas públicas implementadas por el Poder Ejecutivo, es decir, dependió de la capacidad de gestión pública más que de jerarquía normativa. Sin embargo, tal desarrollo previo también careció de idoneidad por cuanto se priorizó la accesibilidad respecto de los otros aspectos integrantes del derecho en cuestión. En la misma línea, el impacto normativo de la reforma estaría concretado en un cambio de paradigma y enfoque de las decisiones que asumirá el Estado en cuestiones que atañen al agua potable. 📄

REFERENCIAS

- Cardona López, A. (2010). *Consideraciones sobre el sector de agua potable y saneamiento básico en Colombia*. Departamento Nacional de Planeación. <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Estudios%20Economicos/Consideraciones%20sobre%20el%20Sector%20de%20agua%20potable%20y%20saneamiento%20b%C3%A1sico.pdf>
- Castillo Córdova, L. (2005). Algunas pautas para la determinación del contenido constitucional de los derechos fundamentales. *Actualidad Jurídica: información especializada para abogados y jueces*, (139), 1-13.
- Castillo Córdoba, L. (2020). Lineamientos del derecho constitucional de los derechos humanos. En G. Zagrebelsky, V. Marcenò, & F. Pallante, *Lineamenti di Diritto costituzionale* (C. E. Moreno More, trad., pp. 25-106). Zela Grupo Editorial.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH] (2015). *Informe anual de la CIDH*. <http://www.oas.org/es/CIDH/informes/IA.asp?Year=2015>.
- Ferrajoli, L. (2018). *Constitucionalismo más allá del estado*. Editorial Trotta.

Instituto Nacional de Estadística e Informática [INEI] (2013). *Compendio Estadístico del Perú 2013*. https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitaless/Est/Lib1097/libro.pdf

(2020a). *Perú: Condiciones de vida de la población en riesgo ante la pandemia del COVID-19*. www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitaless/Est/Lib1745/libro.pdf

(2020b). *Informe Técnico: Perú. Formas de Acceso al Agua y Saneamiento Básico*. http://m.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/boletin_agua_junio2020.pdf

(2021). *Encuesta Demográfica y de Salud Familiar 2020. Series Anuales de Indicadores Principales de la ENDES, 1986-2020*. https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitaless/Est/Lib1798/libro.pdf

(19 de abril de 2021). Nota de Prensa: El 12,1% de la población menor de cinco años de edad del país sufrió desnutrición crónica en el año 2020. INEI. <https://www.inei.gob.pe/prensa/noticias/el-12-1-de-la-poblacion-menor-de-cinco-anos-de-edad-del-pais-sufrio-desnutricion-cronica-en-el-ano-2020-12838/>

Jiménez Ramírez, M. (2013). El mínimo vital de acceso al agua potable frente a las empresas de servicios públicos en Colombia: personas en situación de debilidad manifiesta vs mercado de servicios públicos. *Revista Pensamiento Jurídico*, (38), 109-140.

Mendoza Flores, S. E. (2016). El servicio de provisión de agua potable y saneamiento como servicios esenciales. *Ius et Veritas*, 24(53), 370-381. <https://doi.org/10.18800/iusteveritas.201701.022>

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos [OHCHR] & Organización Mundial de la Salud [OMS] (2011). *El derecho al agua, Folleto Informativo N° 35*. <https://acnudh.org/load/2018/03/FactSheet35sp.pdf>

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos [OHCHR] (2021). *El papel central del Estado en la respuesta a pandemias y otras emergencias sanitarias, y las consecuencias socioeconómicas de estas en la promoción del desarrollo sostenible y la efectividad de todos los derechos humanos, Informe, Informe anual*. https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/A_HRC_47_23_S.pdf

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura [UNESCO] (2003). *Informe de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos en el Mundo*. <https://www.un.org/esa/sustdev/sdissues/water/WWDR-spanish-129556s.pdf>

Organización Mundial de la Salud [OMS] (2017). *Documento normativo sobre retraso del crecimiento*. https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/255735/WHO_NMH_NHD_14.3_spa.pdf?ua=1

Díaz Palacios, J., Arana Cardó, M., Torres Guevara, J., & Patrucco Núñez-Carvalho, S. (2016). *Historia ambiental del Perú. Siglos XVIII y XIX*. Ministerio del Ambiente.

Perales Miranda, V. H. (2018). La crisis del agua en La Paz: Cambios y racionamiento del agua. *Revista Temas Sociales*, (43), 97-124.

Restrepo Gutiérrez, E., & Zárate Yepes, C. (2015). El mínimo vital de agua potable en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. *Revista Opinión Jurídica*, 15(29), 123-140.

Salmón Gárate, E., & Villanueva Bogani, P. (2008). Los aportes del Derecho Internacional a la construcción del derecho humano al agua. En A. Guevara Gil (ed.), *Derechos y conflictos de agua en el Perú* (pp. 147-162). Editorial Concertación.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 64/292 (28 de julio de 2010).

Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución 34/180, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (18 de diciembre de 1979).

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 15 El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/2002/11 (20 de enero de 2003).

Constitución Política de Colombia [C.P.] (1991).

Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia [Const.] (2009)

Constitución Política del Perú [Const.] (1993).

- Corte Constitucional [C.C.], octubre 3, 2011, Sentencia T-740/11, Gaceta de la Corte Constitucional [G.C.C.] (Colom.).
- Corte Constitucional [C.C.], septiembre 25, 2018, Sentencia T-398/18, Gaceta de la Corte Constitucional [G.C.C.] (Colom.).
- Decreto Ley 17752, Aprueban la Ley General de Aguas, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de julio de 1969 (Perú).
- Decreto Ley 25965, Crean la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento, Diario Oficial *El Peruano*, 18 de diciembre de 1992 (Perú).
- Decreto Supremo 004-2002-VIVIENDA, Dictan normas para adecuar el Proyecto Especial “Programa Nacional de Agua Potable y Alcantarillado” a objetivos de la política para la reforma del Sector Saneamiento, Diario Oficial *El Peruano*, 24 de septiembre de 2002 (Perú).
- Decreto Supremo 006-2007-VIVIENDA, Crean Programa “Agua para Todos”, Diario Oficial *El Peruano*, 23 de febrero de 2007 (Perú).
- Decreto Supremo 007-2006-VIVIENDA, Aprueban el “Plan Nacional de Saneamiento 2006 - 2015”, Diario Oficial *El Peruano*, 19 de marzo de 2006 (Perú).
- Decreto Supremo 007-2017-VIVIENDA, Decreto Supremo que aprueba la Política Nacional de Saneamiento, Diario Oficial *El Peruano*, 30 de marzo de 2017 (Perú).
- Decreto Supremo 015-2013-VIVIENDA, Aprueban el Reglamento de la Ley N° 30045, Ley de Modernización de los Servicios de Saneamiento, Diario Oficial *El Peruano*, 29 de noviembre de 2013 (Perú).
- Decreto Supremo 017-2021-PCM, Decreto Supremo que incorpora el departamento de Loreto al Nivel de Alerta Muy Alto y algunas provincias de los departamentos de Puno y Loreto al Nivel de Alerta Extremo del nivel de alerta por departamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 002-2021-PCM y modificatoria, Diario Oficial *El Peruano*, 6 de febrero de 2021 (Perú).
- Decreto Supremo 018-2017-VIVIENDA, Decreto Supremo que aprueba el Plan Nacional de Saneamiento 2017 – 2021, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de junio de 2017 (Perú).
- Decreto Supremo 054-2011-PCM, Decreto Supremo que aprueba el Plan Bicentenario: el Perú hacia el 2021, Diario Oficial *El Peruano*, 23 de junio de 2011 (Perú).
- Juicio de Amparo, Juzgado Tercero de Distrito de Amparo y Juicios Federales en el Estado de Chiapas [JD], Julio de 2019, Sentencia 843/2018-III, página 53 (Mex.).
- Ley 26338, Ley General de Servicios de Saneamiento, Diario Oficial *El Peruano*, 24 de julio de 1994 (Perú).
- Ley 27792, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de julio de 2002 (Perú).
- Ley 29061, Ley que crea el Fondo de Inversión Social en Saneamiento (INVERSAN), Diario Oficial *El Peruano*, 7 de julio de 2007 (Perú).
- Ley 29338, Ley de Recursos Hídricos, Diario Oficial *El Peruano*, 31 de marzo de 2009 (Perú).
- Ley 30588, Ley de Reforma Constitucional que reconoce el Derecho de Acceso al Agua como Derecho Constitucional, Diario Oficial *El Peruano*, 22 de junio de 2017 (Perú).
- Ley 31307, Nuevo Código Procesal Constitucional, Diario Oficial *El Peruano*, 23 de julio de 2021 (Perú).
- Proyecto de Ley 00424/2016-CR, Reforma constitucional que incorpora el derecho al agua potable y saneamiento a la Constitución Política del Perú, 19 de octubre de 2016 (Perú).
- Tribunal Constitucional [T.C.], 4 de julio de 2005, sentencia recaída en el Expediente 2064-2004-AA/TC (Perú).
- Tribunal Constitucional [T.C.], 8 de julio de 2005, sentencia recaída en el Expediente 1417-2005-AA/TC (Perú).
- Tribunal Constitucional [T.C.], 7 de noviembre de 2007, sentencia recaída en el Expediente 6546-2006-PA/TC (Perú).
- Tribunal Constitucional [T.C.], 15 de noviembre de 2007, sentencia recaída en el Expediente 06534-2006-PA/TC (Perú).
- Tribunal Constitucional [T.C.], 12 de febrero de 2019, sentencia recaída en el Expediente 01470-2016-PHC/TC (Perú).