

DOI: <https://doi.org/10.23925/ddem.v.1.n.4.58115>

Licença Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional

EL ACCESO AL AGUA POTABLE, UN DERECHO SOCIAL CON ESPÍRITU DE DERECHO HUMANO IMPLÍCITO Y SU CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ¹

ACCESS TO DRINKING WATER, A SOCIAL RIGHT WITH THE SPIRIT OF IMPLIED
HUMAN RIGHTS AND ITS CONSTITUTIONAL CONFIGURATION IN PERU

Edmundo Trujillo Blas²

RESUMEN

La presente investigación aborda el problema de la configuración del acceso al agua potable como un auténtico derecho humano, desde la perspectiva de su evolución y superando las tesis que abogan por su naturaleza de *soft law*, a partir de la decisión de la Corte IDH en el caso Comunidad Indígena *Xákmok Kásek Vs. Paraguay* (2010) concluye que hay abundantes razones para considerar su carácter vinculante respecto a los Estados.

Palabras clave: Acceso al agua; *soft law*; *hard law*; Comunidad Indígena; *Xákmok Kásek s. Paraguay*.

ABSTRACT

This research addresses the problem of the configuration of access to drinking water as an authentic human right, from the perspective of its evolution and overcoming the theses that advocate its soft law nature, based on the decision of the Inter-American Court of Human Rights in the case of the *Xákmok Kásek Indigenous Community v. Paraguay* (2010) concludes that there are abundant reasons to consider its binding nature with respect to the States.

Keywords: Access to water, soft law, hard law, Indigenous community; *Xákmok Kásek v. Paraguay*.

INTRODUCCIÓN

¹ Artículo elegido y aprobado por la Editorial Científica de la Revista DD&EM - Revista Direitos Democráticos & Estado Moderno.

² Abogado experto en temas de Derecho Inmobiliario y Derecho Constitucional. Especialista en Derechos Humano por la Universidad de Castilla – La Mancha. Especialista en Justicia Constitucional por la Universidad de Pisa. Maestría en Universidad Nacional Mayor de San Marcos: Lima, Lima, PE. edmundo-trujillo@hotmail.com. <https://orcid.org/0000-0003-0040-9642>.

Reza un muy viejo y conocido dicho que “el agua es vida”. Aquello encuentra fundamento inclusive en las teorías del origen de la vida, pues estas se asocian al agua, en consonancia con ella, inclusive las exploraciones interplanetarias que viene emprendiendo el ser humano en las últimas décadas tanto para la búsqueda de la habitabilidad humana en otros planetas como de la búsqueda de vida, se enfocan en hallar vestigios de agua.

Qué duda cabe que, entonces, el agua es la fuente de vida, e inclusive es un elemento de cohesión social y económica, pues desde los orígenes de las grandes civilizaciones se han erigido al lado de ríos, lagos, es decir, siempre cerca a fuentes de agua.

No cabe duda que es un recurso esencial, puesto que en promedio el 70% del cuerpo humano está compuesto de agua, de manera que se erige como elemento condicionante de subsistencia o existencia del ser humano a tal nivel que abundar en su cualidad vital resulta inclusive una tautología o algo ya muy evidente.

Siempre se tuvo la idea que el agua es un recurso abundante e infinito en nuestro planeta, idea desacertada o mítica que se erigió desde la información que la superficie terrestre estaba cubierta en un 70% de agua, sin embargo, el 97.5% de aquella cantidad es agua salada, por tanto, no apto para consumo humano, ni apto para ganadería, tampoco para la agricultura, es decir, sólo 2.5% del 70% es agua dulce, e inclusive un porcentaje muy importante de aquella cantidad es inaccesible al estar congelada en los polos y otro grupo son aguas subterráneas. En resumidas cuentas, sólo la escasa cantidad de 0.007% del total de agua existente en el planeta está disponible para el consumo humano (Carrión, 2020).

Aquella nimia cantidad es la que tiene que abastecer a 7.9 billones de personas que representan la población mundial del año 2022, lo que significa que, en realidad, estamos frente a un bien escaso y deficitario, tanto peor, si tenemos en cuenta que la distribución geográfica de esa cantidad ni siquiera es proporcional con la distribución de la población, ello sin tener en cuenta las grandes contaminaciones que han convertido a ríos en venenos, hecho innegable porque de acuerdo con los datos de la propia *World Resources Institute (WRI)* una cantidad superior a un billón de personas viven en regiones de escasez de agua. La situación conlleva a la necesidad de un viraje en la óptica de su tratamiento, especialmente a nivel de las organizaciones internacionales de diversa índole, incluida los de derechos humanos.

La preocupación de los líderes mundiales por el acceso al agua se erige entonces en un asunto prioritario e impostergable, porque la escasez ya es notoria e inclusive ecos del futuro refractan tambores de guerra por el agua, también ya se ven comportamientos de acaparamiento por ciertas potencias como es el caso de China que a través de más de una decena mega represas

no solo ha conllevado a estragos al ecosistema del sudeste asiático, sino que “utiliza sus presas como un arma para fortalecer su control e influencia sobre los países asiáticos” pues con ello es capaz de dejar sin suministro del líquido vital a sus vecinos del sur (Infobae, 2021).

Cuando la pandemia causada por el Covid asoló al mundo, en la capital peruana, en pleno confinamiento el gobierno anunciaba “lávate las manos”, sin embargo, la realidad agobiante es que, en ciertas zonas geográficas y suburbios, los habitantes no tienen acceso a agua potable ni para consumo alimentario, de hecho, por ejemplo en la ciudad capital que es Lima, ya hay un déficit ahondado, puesto que sólo disponen de 125m³ por habitante para cada año, cuando según Aquafondo (2020) un grupo humano sufre de escasez de agua cuando cuenta con una cantidad inferior a 1,000m³ por habitante para cada año.

Las circunstancias precedentes conllevan al auge de teorías que postulan una protección del acceso al agua potable y saneamiento como un derecho humano que deben ser garantizadas por los Estados y las organizaciones internacionales, esa es la corriente ahora, además, hay un fenómeno de constitucionalización, a pesar que existan voces que señalan que en tanto un bien escaso dicho fenómeno es una suerte de caballo de Troya que intenta el camino de la privatización³ con el argumento de gestión eficiente.

El problema teórico a discutir a través de la presente investigación es sobre si ¿Es posible que al acceso al agua se le otorgue un estatus de derecho humano *Hard Law*? De ser así ¿Cuáles serían los elementos que lo configuran?

1) LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES

A pesar de su carácter vital, el acceso al agua no fue tratado en los primeros instrumentos internacionales, así no hay referencia alguna en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, tampoco en la Convención Americana de los Derechos Humanos, ni en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, tampoco en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, inclusive su garantía jurisdiccional constitucional y convencional sigue siendo un tema en discusión. Es que, por ejemplo, en la sede de la Corte Interamericana a propósito del

³ “El análisis del proceso de privatización de los servicios de agua y saneamiento en América Latina revela que éste fue producto de decisiones orientadas por la ideología neoliberal y no el resultado de la búsqueda de una solución efectiva a la crisis del sector” (Castro, 2007, p. 93).

Art. 26⁴ de la Convención aún no se tenía del carácter normativo y la justiciabilidad directa de los DESCAs.

El Juez de la Corte IDH, Ferrer (2017) salió a precisar que aun cuando la Convención Americana ya supera una vigencia de tres décadas y a pesar que todavía hay confrontaciones teóricas sobre la esencia y contornos de los DESCAs a los que alude el dispositivo referido *ut supra*, sin embargo, es necesaria una comprensión acorde con la interpretación actual de los derechos humanos, sobre todo si el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de los DESCAs constituye una puerta de entrada para una auténtica justiciabilidad a nivel del Sistema Universal de los derechos humanos, lo que debe efectuarse ya sea de manera directa o indirecta enlazada a los derechos primarios, como de hecho ya lo ha venido haciendo la Corte IDH en el Caso *Trabajadores de la hacienda verde* pero desde el Art. 1.1. de la Convención, es decir, desde la prohibición de discriminación que se verificó en la ausencia de servicios sociales básicos, pues los altos índices de pobreza conllevan a una discriminación estructural histórica y generalizada (pp. 227-232).

2) EL ACCESO AL AGUA COMO DERECHO HUMANO IMPLÍCITO

Tello (2006) señala que el derecho al agua con cualidad de derecho humano constituye un avance sobre todo si se le postula así a pesar de que no está explícitamente establecido en el Pacto Internacional de los DESCAs que obedeció al surgimiento del Estado de bienestar o Estado Social de Derecho surgida como un remedio a los derechos basados en la libertad y mera igualdad formal hacia una igualdad material, pero que, aun así, nadie se representó el derecho al agua (pp. 102-103).

A pesar que ya en el 1949 en el Convenio de Ginebra sobre prisioneros de Guerra en su tercer párrafo del artículo 29⁵ señalaba que las potencias detenedoras están obligadas a otorgar

⁴ “CAPITULO III
DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Artículo 26. Desarrollo Progresivo

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

⁵ “Artículo 29 - Higiene

La Potencia detenedora tendrá la obligación de tomar todas las necesarias medidas de higiene para garantizar la limpieza y la salubridad de los campamentos y para prevenir las epidemias.

a los prisioneros agua y jabón necesarios para el aseo corporal y diario, no sería sino recién en el 1977, conforme precisa Pochat (2009), que con las nociones de escasez del elemento, se celebró un histórico evento, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua, el cuál tomó lugar en Mar de la Plata, el cual abrió camino para debates futuros, como la Conferencia Internacional Sobre el Agua y el Medio Ambiente de Dublín 1992, la preparatoria de la Conferencia de las Naciones Unidas Sobre Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible de Río de Janeiro, celebrada en Río de Janeiro; luego en 1998 la Conferencia Internacional sobre Agua y Desarrollo Sostenible, convocada por el Gobierno de Francia en marzo de 1998, como preludio a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Agua Dulce, celebrada en Bonn, 2001 (pp. 14-15).

Es importante referir que la Conferencia de Dublín permitió establecer cuatro principios, los cuales asentarán las bases para la configuración de los futuros parámetros vinculantes: a saber (i) El agua dulce como recurso vital finito y vulnerable; (ii) La participación convergente de los interesados en su aprovechamiento y gestión; (iii) el rol superlativo de la mujer en su gestión y protección y (iv) Necesidad de reconocimiento como bien económico cuyo valor accesible es imprescindible.

En el año 2000 en el marco de la ONU se reunieron casi todos los países del mundo (191), para firmar la Declaración del Milenio, cuyo objetivo III fue reducir a la mitad la pobreza extrema y el hambre para el 2015, de la misma forma, disminuir a la mitad la cantidad de personas sin acceso a recursos hídricos o la cantidad de quienes no pueden asumir los costos; asimismo, el objetivo III fue ponerle punto final a la explotación de recursos hídricos en aras de un acceso adecuado y abastecimiento adecuado (Tello, p. 30).

Una idea del acceso al agua como derecho humano se iniciaría en lo que la doctrina denomina *Soft Law* o derecho no vinculante, en el año 2002, Observación General N° 15 del Comité DESC en el 29° período de sesiones de Ginebra, por el cual se aplicó criterios sustantivos a los Artículos 11° y 12° del Pacto Internacional de los DESC, cuyo preámbulo señala el deber de los Estados la dotación de acciones efectivos de acceso al agua sin discriminación, desde allí en su Art. 2 lo enuncia como derecho humano, entendida como la

Los prisioneros de guerra dispondrán, día y noche, de instalaciones conformes con las reglas higiénicas y mantenidas en constante estado de limpieza. En los campamentos donde haya prisioneras de guerra se les reservarán instalaciones separadas.

Además, y sin perjuicio de los baños y de las duchas que debe haber en los campamentos, se proporcionará a los prisioneros de guerra agua y jabón en cantidad suficiente para el aseo corporal diario y para lavar la ropa; con esta finalidad dispondrán de las instalaciones, de las facilidades y del tiempo necesarios.”

posibilidad de disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para uso personal y doméstico, de manera que se garantice su abastecimiento a efectos de evitar deshidratación, enfermedades para satisfacer necesidades de consumo y cocina (Observación N° 15 del Comité DESC - 2002).

El comité del DESC construye entonces el derecho humano al agua como extensión del derecho a un nivel de vida adecuado previsto Art. 11.1. del Pacto Internacional de los DESC, pues el agua es uno de los más esenciales elementos de supervivencia, concordante con el Art. 14.2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer que proclama el derecho a condiciones de vida adecuadas, en el abastecimiento de agua, al igual que el Art. 24.2. de la Convención sobre los Derechos del Niño que establece al suministro de agua como condición y medio esencial en la lucha contra la malnutrición infantil y enfermedades.

Parece que en realidad el derecho humano al agua, ya estuvo escrito allí, no en el *Soft Law*, sino en las convenciones, pues tanto el DESC como los otros convenios antes aludidos ya datan por menos desde hace más de cuarenta años, más bien, todo pasaba por la toma de conciencia de los líderes mundiales, que otrora habían pasado por alto la cuestión de acceso al agua puesto que no se tenía una clara perspectiva respecto a su carácter finito; entonces, más que de un reconocimiento se trató de un mero énfasis en algo que ya estaba implícito en los instrumentos internacionales vinculados, sin embargo, una fuerza necesaria para su consolidación como derecho con claras garantías de tutela judicial.

3) ELEMENTOS DEL ACCESO AL AGUA POTABLE COMO DERECHO HUMANO

La Observación N° 15, resulta un punto de partida esencial para la configuración como derecho humano, pues grafica su aspecto dual: como libertad y derecho. La libertad entendida como la proscripción de injerencias respecto al acceso al suministro de agua, resumidas en no sufrir interrupciones arbitrarias y la no contaminación de recursos hídricos. En su faceta de derecho comprenden aspectos positivos, prestaciones, como el abastecimiento y gestión del agua que permita el acceso igualitario al disfrute del derecho al agua. Además, acorde con la observación, el acceso al agua constituye un valor objetivo, pues su configuración no se reduce en la garantía cuantitativa, sino que se extiende hacia un bien social y cultural, más que de un

bien económico, ameritando una visión sostenible en armonía de los intereses de las generaciones actuales y futuras.

Los rasgos más esenciales del derecho de acceso al agua que emergen del Art. 12° de la Observación N° 15, es decir, con vocación de universalidad, son:

- a) **Disponibilidad.** Abastecimiento suficiente y continuo para cubrir los usos personales y domésticos, acorde con los criterios que establezca la OMS.
- b) **Calidad.** Que se resume en agua salubre, libre de elementos patógenos, químicos o radiactivos que le tornen en lesivos a la salud, con el añadido que deben tener olor, color y sabor aceptable.
- c) **Accesibilidad.** Tanto en su aspecto físico, económico, sin discriminación, información acerca de cuestiones relacionadas al agua.

Fue mediante la Resolución 64/292 de fecha 28 de julio de 2010 la Asamblea General de las Naciones Unidas que, en definitiva, sobre la base de los más conocidos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos: la Declaración Universal de Derechos Humanos, el PIDESC, el PIDCyP, la Convención contra la Discriminación Racial, Convención contra la discriminación la mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre las personas con discapacidad y el Convenio de Ginebra sobre civiles en tiempo de guerra, alarmada por algunas cifras reconoció 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”⁶.

Algunos opinan que aquella declaración no resulta vinculante a los Estados, al no tener la misma fuerza que un tratado internacional. Resulta necesario señalar que a pesar de su configuración como un *Soft Law*, consideramos que el acceso al agua potable y saneamiento constituye un auténtico derecho humano, por varias razones:

- (i) Porque la Resolución N° 64/292 (2010) no lo crea, tampoco es que ha extraído de la manga o del vacío, lo único que hace es reflotar desde varios instrumentos internacionales que pertenecen al *hard law*, en esencia los convenios internacionales, señalando que ciertas obligaciones allí señaladas como el nivel y calidad de vida, e inclusive algunos con referencia específica a la dotación de agua (como el Convenio de erradicación de la discriminación contra la mujer), presuponen el derecho de acceso al agua potable y saneamiento como condiciones elementales de disfrute de los demás derechos humanos, pues la vida es el punto de partida del ejercicio de todas las libertades y el goce de todos los derechos y si la vida tiene como una de las condicionantes al líquido vital, creo que sería un exceso considerar el carácter no vinculante del derecho humano al agua bajo el fundamento de la ausencia de un tratado específico que así lo declare.

⁶ “Profundamente preocupada porque aproximadamente 884 millones de personas carecen de acceso a agua potable y más de 2.600 millones de personas no tienen acceso a saneamiento básico, y alarmada porque cada año fallecen aproximadamente 1,5 millones de niños menores de 5 años y se pierden 443 millones de días lectivos a consecuencia de enfermedades relacionadas con el agua y el saneamiento” (Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. N° 64/292 - 2010).

- (ii) El deber de buena fe internacional, así como el principio pro persona convergen hacia interpretación amplia y óptima de los derechos señalados en los diversos tratados, de manera que aun cuando no lo hubiera enunciado la Resolución 64/292 los tribunales internacionales estaban en la enorme posibilidad de declararla como tal y con carácter vinculante, por lo menos en el ámbito interamericano, por la avanzada doctrina del control de convencionalidad que es capaz de señalar responsabilidad internacional del Estado por violación del acceso al agua potable.
- (iii) Aun cuando fuese un mero *soft law* en estos tiempos hay una vocación de los estados a implementar de aquellas obligaciones internacionales débiles o morales en aras de su propia legitimidad, es que como señala Shelton referida por Toro (2006) los instrumentos de tal naturaleza detentan muchas ventajas en relación a los tratados en cuanto no tienen que pasar por las complejas negociaciones, suscripciones, revisiones parlamentarias y ratificaciones, más bien, en tanto permite la participación inclusive de organizaciones no estatales, son declaraciones erigidas casi como una cuestión espontánea, de manera que a pesar que en esencia no son instrumentos en teoría faltos de obligatoriedad, se compensan con su alta legitimidad y amplio consenso, ya que los Estados, a pesar de no estar formalmente vinculados, “cumplen tales expectativas de comportamiento en busca de reconocimiento, credibilidad y confianza de los actores internacionales” (p. 541).

4) CONSOLIDACIÓN DEL DERECHO HUMANO AL AGUA POTABLE EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH

La Corte IDH en el caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay* (2010) ha acogido los rasgos determinantes del derecho humano al agua potable, pues refirió que acorde con los estándares internacionales la cantidad mínima es de 7.5. litros para una persona durante cada día pueda satisfacer sus requerimientos más elementales como alimentación e higiene, también aludió a la calidad “que represente un nivel tolerable de riesgo”; en seguida, lo más importante, describe que el Estado paraguayo no acreditó haber suministrado aquella cantidad y calidad mínima, más bien, enfatizó en que acorde con las víctimas quedó evidenciado la omisión estatal, pues no cumplen con proveer del líquido elemento vital, sobre todo porque los miembros de la aludida Comunidad no tienen acceso a fuentes seguras de suministro, de manera que consideró que inclusive los esfuerzos desplegados por el Estado no han asegurado la provisión suficiente a los miembros de la, lo cual abunda a la creación de riesgos y enfermedades (F. 195-196).

No cabe duda que para la Corte hay un derecho humano de acceso y calidad de agua que se desprende del derecho a la vida digna, conjuntamente con el derecho a la alimentación, salud, educación, porque precisamente bajo ese marco es que desarrolló el incumplimiento de

la obligación de atención con la cantidad mínima de estándares de agua salubre, inclusive sin hacer referencia a la Resolución N° 64/292 (2010).

La Corte IDH viene consolidando su posición respecto a la obligatoriedad estatal de provisión de agua salubre y en cantidades acorde con el estándar del mínimo internacional, pues recientemente, en el caso *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina* (2020), ha referido que, a nivel regional, el derecho al agua encuentra amparo en el Art. 26 de la Convención, pudiendo derivarse o tener conexión, en buena cuenta, con otros derechos como el derecho al medio ambiente sano, alimentación, a la salud; mientras que en instancia universal se halla implícito en el “derecho a un nivel de vida adecuado” contemplados en los Art. 25 de la DUDDHH y el Art. 11 del PIDESC, sin perjuicio de su expresa referencia en los Art. 14 de la Convención para eliminar la discriminación contra la mujer, el Art. 14 de la Convención sobre los derechos del Niño. A su vez acoge la Resolución 64/292, más especialmente la definición y rasgos de universalidad formulada en la Observación N° 15 del Comité DESC referidas a disponibilidad, calidad, accesibilidad, reconociendo enfáticamente lo que ya había sostenido en la Opinión Consultiva OC-23/17 que el “derecho al agua” está “entre los derechos particularmente vulnerables a afectaciones ambientales”, un derecho de prestación progresiva, pero con ciertas obligaciones inmediatas para el Estado como la no discriminación y medidas para su inmediata realización, así el deber de protección contra interferencias por actos particulares que menoscaban el acceso o goce de tal derecho, la garantía del mínimo esencial respecto a los grupos limitados de acceder por sí mismo debido a diversos factores, inclusive de los que tradicionalmente han tenido esa dificultad como es el caso de pueblos indígenas (F. 222-230).

Así, no cabe ninguna duda que el acceso al agua potable constituye acorde con la jurisprudencia de la Corte IDH un derecho humano que está implícito en varios tratados o convenios internacionales sobre derechos humanos, de manera que no estamos frente a un mero *Soft Law* sino, en cualquier caso, frente a un derecho implícito reflatada jurisprudencialmente, como tal, con carácter vinculante u obligatoria para todos los Estados (por lo menos para los latinoamericanos), capaz de generar responsabilidad internacional en caso de su omisión, nacida a partir de la *res interpretata* y los efectos expansivos de las decisiones de la Corte IDH.

Es importante precisar sí que el agua en tanto necesidad básica a pesar de su reconocimiento vía DESCA, más tiene una esencia de un derecho humano de primera generación, porque su contenido está enteramente referida a ser un vehículo de la vida, porque sin ella, el ser humano es incapaz de subsistir. Es que el agua es “el nutriente principal del

cuerpo humano, su consumo permite la digestión, la hidratación, la absorción y el transporte de nutrientes a través del organismo, así como la eliminación de toxinas y deshechos” (Tello, 2006, p. 30).

5) LA CONFIGURACIÓN POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO – SU CONTENIDO CONSTITUCIONAL

Hace poco el Perú lo reconoció como un derecho constitucional, para ello, mediante la Ley N° 30588, publicada el 22 de junio de 2017, se incorporó el Art. 7-A a la Constitución, que reza:

Artículo 7°-A.- El Estado reconoce el derecho de toda persona a acceder de forma progresiva y universal al agua potable. El Estado garantiza este derecho priorizando el consumo humano sobre otros usos. El Estado promueve el manejo sostenible del agua, el cual se reconoce como un recurso natural esencial y como tal, constituye un bien público y patrimonio de la Nación. Su dominio es inalienable e imprescriptible.

No hay nada nuevo en el reconocimiento, pues de los informes previos a la incorporación constitucional se verifica que justamente sigue las pautas referidas en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. Lo que sí parece ser una particularidad es la prioridad para el consumo humano sobre otros usos, como los industriales, acompañado del uso sostenido y su configuración como valor objetivo adjudicada a la nación, además, con carácter inalienable o imprescriptible, aspecto que también es consonante con las pautas internacionales sobre la superación a su carácter esencialmente mercantil y la concepción como un valor objetivo de acreencia a favor de las generaciones futuras.

Es importante comentar que antes de la incorporación constitucional, el Tribunal Constitucional Peruano (STC 06534-2006-PA/TC), había reconocido como un derecho constitucional no enumerado pero implícito en el derecho a la salud y la dignidad humana, en tanto “elemento importante” o “condición necesaria” para posibilitar el ejercicio de otros derechos vitales y en condiciones dignas, en otros términos, “condición mínima” de existencia del ser humano en tanto elemento básico para su subsistencia (F. 9-15). La imposibilidad de acceso a dicho elemento resulta incompatible con el valor supremo que es la persona y constituye una afectación de nivel grave a la condición digna de la persona (F. 11). Enfatizó el Tribunal que, si bien en la constitución no hay una nomenclatura expresa del derecho fundamental al agua potable, sin embargo, es deducible tanto desde una vertiente principialista

como de una fórmula sistemática o variante de contexto, en específico desde la dignidad del ser humano y el Estado social y democrático de derecho, pues los derechos fundamentales no tienen como condicionante a su expresión gramatical o positiva, porque, además, la Constitución no crea, por lo contrario se limita a reconocerlos. En cuanto a su naturaleza expresó que es un derecho de naturaleza positiva o prestacional, pero a su vez constituye un elemento necesario para la promoción de otros derechos y el desarrollo social y económico de la nación, de manera que no sólo es un derecho fundamental, sino también un valor objetivo de necesaria tutela constitucional (F. 17-20).

En la referida sentencia el Tribunal también configuró las tres aristas del que se compone el derecho al agua potable: acceso, calidad y suficiencia, que son supuestos mínimos que garanticen al ser humano su disfrute.

- (i) El **acceso** importa el deber del Estado de instaurar condiciones de acercamiento de manera que existan instalaciones físicamente cercanas a las personas, así como económicamente al alcance de cualquier persona, no debe existir discriminación en cuanto se refiera a condiciones iguales del suministro, con especial cuidado respecto a la posición de quienes se encuentran en una situación vulnerable, a su vez información permanente de su uso racional y la necesidad de protección como recurso natural (F. 22)
- (ii) La **calidad** entendida como agua salubre, niveles óptimos de los servicios e instalaciones, con la consecuente obligatoriedad de implementar medidas de prevención para reprimir los riesgos de contaminación con microorganismos o sustancias industriales que pongan en peligro la vida y salud de los consumidores (F. 23).
- (iii) La **suficiencia** refiere a las condiciones cuantitativas adecuadas para la satisfacción de las necesidades básicas referidas a los usos personales y domésticos (F. 24).

Posteriormente el propio Tribunal Constitucional (STC N° 00666-2013-PA/TC) afirma que es obligación constitucional del Estado la prestación de los servicios públicos, con acceso y prestación efectiva, permanente, suficiente y sin discriminación, siendo uno de aquellos, el de saneamiento, que de acuerdo con el Art. 1 de la Ley N° 26338 “la prestación regular de: servicios de agua potable, alcantarillado sanitario y pluvial y disposición sanitaria de excretas, tanto en el ámbito urbano como en el rural”, reitera a su vez que a pesar de no tener reconocimiento expreso, el derecho de acceso al agua y a los servicios de saneamiento es un derecho constitucional implícito no sólo en la Constitución peruana, sino que “ (...) se encuentra reconocido implícitamente en algunos tratados internacionales sobre derechos humanos” como es el caso del Art. 14.2, numeral h) de la Convención de discriminación contra la mujer de 1979 (F. 5-6).

El desarrollo jurisprudencial antes mencionado consolida de una manera intensa no sólo la idea del acceso al agua potable y saneamiento como derecho constitucional fundamental, sino que supera la tesis del *Soft Law*, consolidando la tesis de un derecho humano implícito en otros derechos expresamente reconocidos como el derecho humano al nivel de vida adecuado, la dignidad humana, el derecho a la salud y al medio ambiente sano.

CONCLUSIONES

El acceso al agua potable y saneamiento es un auténtico derecho humano, que si bien carece de un tratado específico y ni está expresamente reconocida en los principales instrumentos de protección de los derechos humanos, sin embargo está implícito en derecho al nivel de vida adecuado y digno, así como el derecho a la salud, tanto más si algunos convenios en materias específicas como el caso de la no discriminación contra la mujer y el convenio referida los niños refieren de manera expresa, siendo extrapolable desde allí a un nivel general e inexorablemente vinculante en tanto condición necesaria para el disfrute de todos los demás derechos.

El acceso al agua potable y saneamiento como derecho humano está configurada por ciertas exigencias mínimas que actúan como sus elementos de configuración, así accesibilidad física y económica, calidad salubre y disponibilidad acorde con los estándares internacionales, bajo cuyos presupuestos también se vienen constitucionalizando, en específico en el Art. 7-A de la Constitución Política del Perú que recoge los mismos elementos.

REFERENCIAS

Asamblea General De Las Naciones Unidas (28 de julio 2010). **El derecho humano al agua y el saneamiento**. U.N. Doc. A/RES/64/292. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8789.pdf> (28/09/2021).

Carrión, Marta (marzo, 20 de 2020). **¿Cuánta agua hay en el planeta? En: El Ágora, Diario del Agua- Agorapedia**. Recuperado de <https://www.elagoradiario.com/agorapedia/cuanta-agua-planeta/> (30/06/2021).

Castro, José (2007). La privatización de los servicios de agua y saneamiento en América Latina. **Nueva Sociedad**, N° 207. Recuperado desde https://static.nuso.org/media/articles/downloads/3408_1.pdf (30/06/2021).

Corte IDH (24 de agosto de 2010). **Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek contra Paraguay**. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf (29/06/2021).

Corte IDH (06 de febrero de 2020). **Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina**. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 400. Recuperado desde https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf (30/06/2021).

El agua, la última arma del régimen chino para fortalecer su control y someter a los países asiáticos (27/06/2021). **Infobae**. Recuperado de El agua, la última arma del régimen chino para fortalecer su control y someter a los países asiáticos - Infobae (30/06/2021).

Ferrer, Eduardo (2017). **La Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos**. México; Comisión Nacional de Derechos Humanos y UNAM.

Grupo de Análisis para el Desarrollo - GRADE (2020). *Estudio Crisis de agua: una amenaza silenciosa para el desarrollo económico*. **Aquafondo**. Recuperado de Estudio-Crisis-de-Agua-una-amenaza-silenciosa-para-eld-esarrollo-económico.pdf (aquafondo.org.pe) (30/06/2021).

Tello, Luisa (2006). El acceso al agua potable, ¿un derecho humano? **Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos**, México, Año 1, N° 02. Recuperado desde <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/derechos-humanos-cndh/article/view/5525> (27/06/2021).

Tello, Luisa (2008). **El Acceso al agua potable como Derecho Humano**. México; Comisión Nacional de Derechos Humanos. Recuperado de http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/DH_69.pdf (27/06/2021).

Toro, M. (2006). El fenómeno del *Soft Law* y las nuevas perspectivas del derecho internacional. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, 1(6). Recuperado desde <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/160/256> (29/06/2021).

Tribunal Constitucional del Perú (diciembre 15, 2007). **06534-2006-PA/TC**. Recuperado desde 06534-2006-AA.pdf (tc.gob.pe) (29/06/2021).

Tribunal Constitucional del Perú (diciembre, 04 de 2013). **STC N° 00666-2013-PA/TC**. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/00666-2013-AA.html> (30/06/2021).