

**UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



TÍTULO:

**“EL DERECHO AL AGUA EN EL PERÚ DESDE EL NUEVO
CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO”**

**PROYECTO DE TESIS PARA OPTAR EL
TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO**

PRESENTADO POR:

Bach. ILDA NADIA MONICA DE LA ASUNCION PARI BEDOYA

ASESOR: RICARDO JIMENEZ PALACIOS

TACNA-PERU

2019

Dedicatoria

A mi madre, lo más cercano al amor de Dios.
A mi padre, por enseñarme a vencer mis miedos.

RESUMEN

Uno de los elementos esenciales para satisfacer las necesidades del ser humano y que sirve de base para el desarrollo de sus derechos fundamentales es el agua, si bien con su reciente incorporación por medio de la Ley de Reforma Constitucional - Ley 30 588 el Estado Peruano reconoce el derecho a toda persona al acceso al agua potable, priorizando el consumo humano sobre otros usos, 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.

El problema radica en la debida interpretación de este derecho fundamental, puesto que el reconocimiento a derecho al agua en la sociedad peruana que se caracteriza por ser pluricultural podría no solo implicar que el Estado asegure su consumo bajo ciertos estándares sino que el Estado salvaguarde el recurso hídrico bajo un contexto cultural.

Al estar inmerso dentro de los Derechos Económicos Sociales y Culturales requiere la acción positiva del Estado para poder generar las condiciones que permitan satisfacer este derecho (políticas públicas), por ende la inacción del estado implica la no satisfacción o vulneración de este derecho, por lo que es posible hablar de una situación de inconstitucionalidad por omisión.

La presente investigación busca brindar una aproximación al contenido constitucionalmente protegido del derecho al agua y como puede brindarse una debida protección del mismo.

ABSTRACT

One of the essential elements to meet the needs of the human being and that serves as a basis for the development of their fundamental rights is water, although with its recent incorporation through the Constitutional Reform Law - Law 30 588 the Peruvian State recognizes The right of every person to access drinking water, prioritizing human consumption over other uses, promotes sustainable water management, which is recognized as an essential natural resource and as such constitutes a public good and heritage of the Nation.

The problem lies in the proper interpretation of this fundamental right, since the recognition of the right to water in Peruvian society that is characterized by being multicultural could not only imply that the State ensures its consumption under certain standards but that the State safeguards the resource water under a cultural context.

Being immersed in the Social and Cultural Economic Rights requires the positive action of the State to be able to generate the conditions that allow to satisfy this right (public policies), therefore the inaction of the state implies the non-satisfaction or violation of this right, so that it is possible to talk about a situation of unconstitutionality by omission.

The present investigation seeks to provide an approximation to the constitutionally protected content of the right to water and how a proper protection of it can be provided.

INTRODUCCIÓN

El Derecho Fundamental al Agua, tiene por objeto de tutela al agua como elemento esencial para el desarrollo de la vida humana. En el plano internacional, se ha identificado al derecho a agua como un bien de uso público o un derecho humano, adscrito a otros derechos humanos como el derecho a la salud, sanidad y la vida.

El derecho fundamental al agua potable fue incorporado en la Constitución de la República del Perú, el 22 de junio del 2017 mediante la Ley de Reforma Constitucional - Ley 30 588, la cual incorpora el Artículo 7º-A el cual establece “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”.

La Constitución Política del Perú protege la dignidad de la persona humana, de esta manera es necesario relacionarla con el derecho de tener acceso al agua potable, lo cual implicaría exigir del Estado que se brinde el servicio en condiciones que permitan la persona humana satisfacer sus necesidades personales y domesticas disfrutando de un recurso en adecuadas condiciones, en cantidad suficiente y disponible para todos. Sin embargo, se puede afirmar que asegurar el acceso al agua bajo los estándares ya mencionado es suficiente. Al mirar a nuestro alrededor se puede evidenciar que países vecinos a Perú han optado por abordar los problemas en cuanto a gestión de recursos (incluido el agua) desde otras perspectivas.

La presente investigación presenta un análisis sobre el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al agua y los alcances del mismo. Para efectos de lograr una mejor comprensión de este derecho, exploraremos su desarrollo constitucional en otros contextos que se presentan como alternativos al modelo neo constitucional, como es el caso de Ecuador y Bolivia, los cuales se consideran como parte de la corriente denominada Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. Para

poder abordar estrategias jurídicas eficaces de defensa de protección de este bien jurídico, con la finalidad de asegurar una vida digna a la ciudadanía.

Por la finalidad o propósito de la presente, se trata de una investigación básica o pura, al presentar un carácter preponderantemente teórico, el mismo que permitirá el desarrollo y comprensión del derecho fundamental al agua en el Perú, identificando su contenido constitucionalmente protegido, con el fin de ser objeto de tutela jurisdiccional efectiva.

El nivel de investigación es descriptivo, puesto que se pretende evidenciar las características que configuran el derecho fundamental al agua, a partir de su reciente incorporación en la Constitución Política del Perú, con el fin de, partiendo de tal descripción, determinar el contenido constitucionalmente protegido con el fin de ser objeto de tutela jurisdiccional efectiva.

Es así que, en el **CAPÍTULO PRIMERO** se procederá a explicar y plantear el problema respecto al derecho al agua, para posteriormente entablar la pregunta significativa y objetivos para la resolución de la misma.

En el **CAPÍTULO SEGUNDO**, se establece el contexto coyuntural histórico que dio pauta al reconocimiento del derecho al agua potable en el Perú y a nivel internacional, haciendo mención a los instrumentos internacionales (tratados, convenios, pactos, et.), para pasar a los antecedentes legislativos en el país y la concepción del derecho al agua como derecho fundamental. También se analizarán los mecanismos mediante los cuales se puede tutelar el derecho al agua (acción de amparo, acción de inconstitucionalidad, sentencias exhortativas, declaración de estado de cosas inconstitucional, etc.) se procederá a analizar los discursos a nivel parlamentario respecto a la reforma constitucional que incorpora el derecho al agua, así también se realizará una exposición previa sobre temas como son el buen vivir, derechos de la naturaleza y nuevo constitucionalismo americano para pasar a revisar constituciones de Ecuador y Bolivia.

El **CAPÍTULO TERCERO**, se plantearán las hipótesis de la pregunta significativa y preguntas generales, de manera seguida se indicarán las variables correspondientes a cada hipótesis y por último la Metodología adoptada en la investigación.

En el **CUARTO CAPÍTULO**, se presentarán los resultados arribados.

Por último en el **CAPÍTULO QUINTO**, se expondrán las conclusiones.

ÍNDICE

RESUMEN	03
ABSTRACT	04
INTRODUCCIÓN	05
ÍNDICE	07
CAPITULO I	
EL PROBLEMA	
1. PLANTEAMIENTO DEL ESTUDIO	10
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	10
1.2. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN	14
1.3. ESTABLECIMIENTO DE LA PREGUNTA SIGNIFICATIVA	15
1.4. OBJETIVOS	16
1.5. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	16
CAPITULO II	
MARCO TEORICO	
2.1. CUESTIONES PRELIMINARES: EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO:	19
2.2. UN MODELO ALTERNATIVO: EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO	21
2.3. EL AGUA COMO DERECHO HUMANO:	26
2.4. EL DERECHO AL AGUA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL SISTEMA INTERMERICANO DE DERECHOS HUMANOS	35
2.5. DERECHO AL AGUA Y POLÍTICAS PÚBLICAS:	41
2.6. EL DERECHO AL AGUA EN EL PERÚ:	48
2.7. CONTENIDO CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO:	57
2.8. DERECHO AL AGUA POTABLE COMO DERECHO FUNDAMENTAL EN EL PERÚ	59
2.9. TUTELA JURISDICCIONAL DEL DERECHO AL AGUA POTABLE EN EL PERÚ:	62
2.10. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS	67

OMISIONES LEGISLATIVAS:

2.11. EL DERECHO AL AGUA EN EL NUEVO **69**
CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO: CONSTITUCIONES
DE ECUADOR Y BOLIVIA

2.12. LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA EN EL NUEVO **81**
CONSTITUCIONALISMO: ¿EL FIN DEL PARADIGMA
ANTROPOCÉNTRICO?:

CAPITULO III

MARCO METODOLÓGICO

I. FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS **93**

II. VARIABLES DE ESTUDIO E INDICADORES: **93**

III. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN **94**

IV. PRESENTACIÓN, INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN

JURÍDICA DE LOS RESULTADOS

I. DESCRIPCIÓN DEL TRABAJO DE CAMPO **100**

II.SUSTENTACIÓN DE LAS HIPÓTESIS **101**

V. CONCLUSIONES **108**

BIBLIOGRAFÍA **109**

CAPÍTULO I:
EL PROBLEMA

I. PLANTEAMIENTO DEL ESTUDIO

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1.1. DESCRIPCION DEL PROBLEMA

El agua representa alrededor del 60% del peso corporal del ser humano y es invariablemente su principal constituyente, por lo que es imprescindible para su vida. Siendo necesaria no solo para su subsistencia sino para el desarrollo de su vida diaria, según la Organización Mundial de la Salud (en adelante OMS), 50 a 100 litros de agua son requeridos por persona diariamente para cubrir sus necesidades básicas y evadir problemas de salud¹. Al primer semestre del año 2016, se estima que la población peruana asciende a 31 millones donde solo el 67,1% de personas tenían acceso al agua potable².

En el año 1977 en Mar de Plata (Argentina) se llevó a cabo la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua, donde se habla sobre la cantidad de agua mínima admisible para la satisfacción de necesidades básicas, siendo tratado por primera vez el tema en torno a la cantidad necesaria de agua a la cual debe tener acceso el ser humano no solo para poder sobrevivir (consumo) sino para poder desarrollarse, señalando que “todos los pueblos, cualesquiera que sean su etapa de desarrollo y sus condiciones económicas y sociales, tienen derecho al agua potable en cantidad y calidad acordes con sus necesidades básicas”³. Posteriormente, varios otros planes de acción han mencionado el agua potable y el saneamiento como un derecho humano.

Aunado a ello, se cuenta con la Observación General No 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (Comité DESC), desarrollando no solo el tema de la cantidad de agua mínima que debe disponer el ser humano sino que pasa a establecer características del agua destinada para consumo humano, estipulando que, “el derecho humano al agua es el derecho de todos de disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para uso personal

¹ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, El Derecho al agua, folleto Informativo N° 35, pág. 9. Disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet35sp.pdf>

² INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA, Perú: Formas de acceso al agua y Saneamiento Básico – Síntesis Estadística, 2016. pág. 5. Disponible en: https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/boletin_agua.pdf

³ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, Óp. Cit. Pág. 3.

y doméstico”⁴. Del mismo modo, la Asamblea General de las Naciones Unidas en julio de 2010 reconoce el derecho humano al agua como un derecho autónomo⁵. Sin embargo, al observar el Sistema Interamericano se puede apreciar que no se presenta definición para del derecho al agua. Por otro lado, en el Protocolo de San Salvador si bien no se refiere al derecho al agua de manera directa, se puede encontrar a través de la interpretación de su artículo 11.1 (derecho a un medio ambiente sano), donde se reconoce a toda persona el derecho de contar con los servicios básicos.

Con fecha 22 de junio del 2017 se publica en el diario oficial El Peruano la Ley de Reforma Constitucional - Ley 30 588, la cual incorpora el artículo 7º-A en la Constitución Política del Estado la cual establece “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”.

De esta manera su reconocimiento expreso en la constitución implica que “los ciudadanos tienen una pretensión justificada que les permite exigir las correlativas obligaciones por parte del Estado”⁶, sin embargo, su reciente incorporación a nuestro ordenamiento jurídico implica un escaso desarrollo a nivel legislativo, jurisprudencial y doctrinal que permita identificar con claridad el contenido constitucionalmente protegido de dicho derecho, entendido en primer lugar como aquella sujeta a tutela directa, inmediata y presta de un derecho fundamental y en segundo lugar como aquello que ya no es susceptible de tutela⁷. Ejemplo de esto es que en el artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional ha dispuesto que “no proceden los procesos constitucionales cuando (...) los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa

⁴ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Observación General No 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.

⁵ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Resolución de la Asamblea General A/64/L.63/Rev.1. 26 de julio de 2010.

⁶ SORIANO OSORIO, Claudia, Yancy JACOBO y Juan NUÑEZ, El Reconocimiento Constitucional del Derecho al Agua en el Salvador, Trabajo de Investigación para obtener el grado de licenciado en Ciencias jurídicas, Universidad de el Salvador, 2012, San Salvador. Pág. 13. Disponible en: <http://ri.ues.edu.sv/3355/1/El%20reconocimiento%20constitucional%20del%20derecho%20al%20agua%20en%20El%20Salvador.pdf>

⁷ FIGUEROA GUTARRA Edwin, Contenido Constitucionalmente Protegido de un Derecho Fundamental: Reglas para su Determinación, 2014, pág. 4. Disponible en: <https://edwinfigueroag.wordpress.com/2014/04/16/derechos-fundamentales-el-contenido-constitucionalmente-prottegido-articulo/>

al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado”; por lo que al no existir certeza de su contenido, puede llevar a que la ciudadanía este desprotegida ante una posible vulneración de derechos, ya que los jueces para poder resolver con claridad los casos que invoquen el derecho al agua potable, deben tener presente sus límites y su aplicación en el ordenamiento jurídico peruano, lo que exige realizar una interpretación sistemática en tanto es posible comprender al derecho al agua potable como un derivado del Derecho al Agua como derecho humano.

Sin embargo, la configuración de este derecho no puede analizarse de manera aislada, toda vez que en los últimos años se han producido cambios importantes en el constitucionalismo latinoamericano en materia de derechos ambientales o “derechos de la naturaleza”. Estos cambios que han puesto en cuestión las principales instituciones heredadas del constitucionalismo europeo y sus presupuestos filosóficos que han sido la base del devenir económico, político y social en esta parte del mundo desde finales del siglo XVII, han sido interpretados como un nuevo modelo de constitucionalismo: el “Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano”. Esta corriente, ha permitido develar las falencias de las teorías hegemónicas del derecho en América Latina para responder a una realidad bastante compleja caracterizada principalmente por la pluriculturalidad⁸.

El giro que supuso la incorporación de sectores postergados históricamente como los pueblos indígenas en los procesos constituyentes de Bolivia y Ecuador, ha dado como resultado la consagración de nuevos principios como base de este modelo de constitucionalismo, el “Buen Vivir”, inspirado en las cosmovisiones andinas. Las ideas del Buen Vivir suponen la deconstrucción de la manera en la que se concibe la relación los seres humanos y la naturaleza (una ruptura epistemológica que pone en cuestión las concepciones de sujeto y objeto de la razón instrumental occidental). Es así, que dada nuestra condición como país pluricultural, conviene analizar la consagración de este derecho tan importante en un espacio donde coexisten diversas concepciones sobre la vida, el desarrollo, la relación entre los seres humanos y la naturaleza, etc., bajo categorías que permitan incorporar las voces de aquellos sectores subalternos que terminan siendo los más afectados frente a la incompreensión de las instituciones

⁸ Por ejemplo, el caso de la oposición del líder indígena de los Harakmbut en Madre de Dios a la construcción de carreteras y la minería en la región, quien apelaba a las rocas, en especial al “Rostro de Haramkbut” para protección. Diario Digital “La Información”, 26 de febrero de 2016. Disponible en: https://www.lainformacion.com/economia-negocios-y-finanzas/empresas/el-rostro-harakmbut-redescubierto-como-arma-indigena-ante-la-deforestacion_rE6kMqNE7fuXgZxr5z9QL7/

jurídico-políticas, situación que muchas veces no puede ser percibida desde las teorías hegemónicas.

1.1.2. ANTECEDENTES

En un plano local, en Tacna, no existen antecedentes de investigación sobre el derecho al agua potable como derecho fundamental.

En el plano nacional, encontramos las siguientes investigaciones referidas al reconocimiento del derecho al agua:

- a) Angulo González, Carlos, “Derecho Humano al Agua Potable”, Tesis para obtener el título de Ingeniero Ambiental, Universidad Nacional de San Martín, Tarapoto, 2005.
- b) Paz Arista, Edward Esteban, “El neoconstitucionalismo, el nuevo constitucionalismo latinoamericano y los derechos constitucionales de los pueblos indígenas”. Pontificia Universidad Católica del Perú. Tesis para optar el grado de Segunda Especialidad en Derechos Fundamentales y Constitucionalismo en América Latina.
- c) Buob Concha, Luis Carlos, “Criterios y mecanismos para la protección jurídica del Derecho humano al agua de los pueblos indígenas en su dimensión colectiva a través de la Corte Interamericana de Derechos humanos”, Tesis para optar el título de Abogado, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Lima, 2012.
- d) COTO ZEVALLOS, José y Rossmery ROMERO PARIACHI, “Equidad en el acceso al agua en la ciudad de Lima: una mirada a partir del derecho humano al agua”, Tesis para optar el título de Abogado, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2010.
- e) Pretell García, Pilar Geraldine, “El acceso al agua y los derechos fundamentales de los pueblos amazónicos de Loreto”, Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2016.

En el plano internacional encontramos las siguientes tesis referidas al reconocimiento del derecho al agua potable:

- a) ALBUJA, Verónica, “Derecho humano al agua potable en el Ecuador”, Universidad de las Américas, Ecuador. Tesis para optar el grado de Licenciado en Derecho. 2008.

- b) MARÍN, Daniel Jacobo, “El acceso al agua potable como derecho humano y su regulación en el régimen jurídico mexicano”, Universidad Autónoma de San Luis Potosí, México, Tesis para obtener el Título de Licenciado en Derecho. 2010.
- c) PULGAR MARTÍNEZ Antonio, “El Agua en la Constitución Chilena y el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano”, Universidad de Chile, Santiago, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, 2019..

1.2. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN

1.2.1. JUSTIFICACIÓN

El derecho fundamental al agua potable, como un derecho de carácter social, fue positivado incorporándose en la Constitución de la República del Perú, el 22 de junio del 2017 en el diario oficial El Peruano mediante la Ley de Reforma Constitucional - Ley 30 588, la cual incorpora el Artículo 7º-A el cual establece “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”. Con la presente incorporación surge la necesidad de analizar este derecho a la luz de experiencias regionales desde una perspectiva crítica, para poder abordar estrategias jurídicas eficaces de defensa, protección y uso sostenible de este bien jurídico, con la finalidad de asegurar una vida digna a la ciudadanía.

1.2.2. IMPORTANCIA

La importancia de la presente investigación radica en que la reciente incorporación del derecho fundamental al agua potable en el artículo 7.A de la Constitución Política del Perú, implica el reconocimiento de un derecho que ha estado en el centro de una serie de conflictos sociales acaecidos en los últimos años, sobre todo respecto a la escasez del recurso, la falta de acceso al servicio de agua potable por un amplio sector de la población, la calidad del agua y su uso para actividades extractivas.

La Constitución Política del Perú protege la dignidad de la persona humana, de esta manera es necesario relacionarla con el derecho de tener acceso al agua potable, lo cual implicaría exigir del Estado que se brinde el servicio en condiciones que permitan la persona humana satisfacer sus necesidades personales y domésticas disfrutando de un recurso en adecuadas condiciones, en cantidad suficiente y disponible para todos.

A la luz del artículo 139 inciso 3 de la Constitución Política del Perú “toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva”. En otras palabras, todos podemos buscar tutelar nuestros derechos, y ante la problemática actual sobre distribución, uso, calidad, cantidad, accesibilidad y sostenibilidad del agua, las Comunidades indígenas se encuentran facultadas para acudir al órgano jurisdiccional encargado para tutelar su derecho al agua.

Siendo problemas latentes hasta el día de hoy, al ampliar nuestro panorama se puede apreciar la reciente aparición de corrientes que proponen nuevos modelos para la regulación y gobernanza respecto al recurso hídrico, resultando de vital importancia para el desarrollo de nuestra regulación normativa.

Siendo que, el determinar el contenido constitucionalmente protegido va coadyuvar a que se pueda realizar una tutela eficaz de este derecho a través de los mecanismos que resulten idóneos.

1.3. ESTABLECIMIENTO DE LA PREGUNTA SIGNIFICATIVA

1.3.1. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

El problema objeto de la presente investigación, se puede sintetizar en la siguiente pregunta:

¿Cuáles son las implicancias de la consagración constitucional del derecho al agua potable en el Perú a la luz de la comprensión del Derecho al Agua del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano?

1.3.2. PROBLEMAS ESPECÍFICOS

A partir de esta interrogante, se pueden plantear las siguientes preguntas secundarias:

1.3.2.1. ¿Cuál es el contenido del derecho fundamental al agua potable en el ordenamiento jurídico peruano?

1.3.2.2. ¿Cuál es el estatus jurídico del agua en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano?

1.4. OBJETIVOS

1.4.1. OBJETIVO PRINCIPAL:

1.4.1.1. Determinar las implicancias de la consagración constitucional del derecho al agua potable en el Perú a la luz de la comprensión del Derecho al Agua del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano.

1.4.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

1.4.2.1. Determinar el contenido del derecho fundamental al agua potable en el ordenamiento jurídico peruano

1.4.2.2. Determinar el estatus jurídico del agua en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano.

1.5. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

1.5.1. DELIMITACIÓN TEMÁTICA Y ESPECIFICIDAD:

La presente investigación se encuentra referida al área Derecho Constitucional y Derechos Humanos.

1.5.1.1. DELIMITACIÓN ESPACIAL

La investigación será realizada en el departamento, provincia y distrito de Tacna.

Sin embargo, en términos jurídicos, la investigación se encuentra referida sobre la base de aquellos sistemas jurídicos establecidos en Estados autodenominados “Constitucionales”, con las características propias de tal modelo, sin embargo, nos enfocaremos principalmente en el ordenamiento jurídico peruano.

1.5.1.2. DELIMITACIÓN TEMPORAL

El periodo que se utilizará como parte de la investigación es abstracto, sin embargo, abarcará desde la entrada en vigor de la Constitución Política de 1993, las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional desde su creación, hasta el desarrollo del

mismo, a través de su incorporación al texto constitucional en el año 2017, a la actualidad.

1.5.1.3. DELIMITACIÓN SOCIAL

Aun no tratándose de una investigación de índole socio-jurídico, el factor social a que se incide en el desarrollo de la investigación, es conformado por quienes sean sujetos del derecho al agua, tanto en su dimensión individual como colectiva.

CAPITULO II
MARCO TEORICO

2.1. CUESTIONES PRELIMINARES: EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO:

2.1.1. NEOCONSTITUCIONALISMO Y ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Conforme plantea Alfonso Santiago⁹ sobre el proceso y evolución histórica que da inicio al modelo de neoconstitucionalismo, señala que, parte con la modificación y adecuación de los ordenamientos jurídicos europeos producto de la sanción de las constituciones de Alemania, Italia y Francia a consecuencia de la Segunda Guerra Mundial, configurándose como hito histórico que propiciaría la creación y desarrollo de tribunales constitucionales en los países del viejo mundo, es decir se da el surgimiento de un nuevo modelo de constitución el cual presenta características propias y diferenciales.

Según Luis Prieto Sanchís presenta los siguientes rasgos: la presencia de una mayor cantidad de principios que las reglas, mayor uso de la ponderación en vez de la subsunción, la “omnipresencia” de la Constitución, “omnipotencia” del poder judicial en relación a la tradicional figura de la autonomía del legislador y la pluralidad de valores, pese a que puedan presentarse potencialmente como contradictorios¹⁰. Para Guastini existen siete condiciones para decir que un sistema jurídico se encuentra constitucionalizado: constitución rígida, garantía jurisdiccional de la Constitución (supremacía constitucional), fuerza vinculante de la Constitución, sobre-interpretación de la constitución, aplicación directa de los preceptos constitucionales, interpretación conforme a la Constitución y la Constitución influye en las cuestiones políticas¹¹

Las características propuestas permitirán valorar la constitucionalización del Derecho, la ley ya no es fuente prioritaria de derecho sino la Constitución, siendo fundamentales puesto que, sin rigidez no podría existir supremacía constitucional, es ahí donde se consagran los derechos fundamentales conformando la parte dogmática. Y para velar su cumplimiento deben existir mecanismos judiciales para imponer sanciones ante su

⁹ SANTIAGO, Alfonso, “*Neoconstitucionalismo*”, Anales de la Academia de Ciencias Morales y Políticas – Instituto de Política Constitucional, 2008, Pág. 5. Disponible en: <https://ancmyp.org.ar/user/files/02neoconstitucionalismo.pdf>

¹⁰AGUILERA, Rafael, “Estado constitucional, derechos fundamentales e interpretación constitucional”. En: Cienfuegos, D. & Rodríguez, L. (Coord.), Estado, derecho y democracia en el momento actual, contexto y crisis de las instituciones con- temporáneas. UNAM, Fondo Editorial Jurídico, México, pp. 19-39. Págs. 20-21. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2990/3.pdf>

¹¹SANTIAGO, Alfonso, “Neoconstitucionalismo”, Anales de la Academia de Ciencias Morales y Políticas – Instituto de Política Constitucional, 2008, pág. 6, disponible en: <https://ancmyp.org.ar/user/files/02neoconstitucionalismo.pdf>

vulneración. Dicho mecanismo debe estar debidamente estructurado para asegurar la tutela jurisdiccional efectiva y control de constitucionalidad (control difuso y concentrado). Respecto a la fuerza vinculante, debemos tener presente la naturaleza político - jurídica de la constitución en consecuencia debe entenderse como la implementación de mandatos constitucionales, así mismo las normas de nuestro ordenamiento deben ser interpretadas a la luz de la Constitución, siendo estas interpretaciones fuentes de Derecho (Precedentes vinculantes). La sobre interpretación refiere la protección de los derechos fundamentales a través de una interpretación óptima “la mayor protección posible” sin embargo tiene límites fácticos y jurídicos. En cuanto a la aplicación directa, se puede aplicar directamente los mandatos constitucionales sin la intermediación de una ley. La interpretación de las leyes conforme a la constitución las leyes, reglamentos, contratos etc. para ser considerados jurídicos deben estar acorde a la constitución.

En consecuencia, históricamente existieron dos modelos de Estado de Derecho, el primero referido al “Estado Legal de Derecho”¹² y el segundo “El Estado Constitucional de Derecho”, donde la constitución y sus principios imperan en el ordenamiento jurídico de un Estado, es por ello que se habla de una “Constitucionalización del Derecho”. Para Comanducci, la diferencia entre el neoconstitucionalismo y el constitucionalismo radica en que a diferencia del antiguo constitucionalismo, el cual no era considerado relevante en tanto teoría del derecho como sí lo era el positivismo, en el neoconstitucionalismo coexisten ambos como modelos teóricos¹³. Es decir el positivismo como sostén del Estado Legal de Derecho, resultaría insuficiente ante las injusticias que se suscitaron en la primera mitad del siglo XX donde se violentaron los derechos de las personas y población vulnerable surge el Estado Constitucional de Derecho.

Luigi Ferrajoli al definir al Estado Constitucional de Derecho señala que además de la sujeción de la ley de todos los poderes como rasgo compartido como el viejo Estado Legal de Derecho, además se encuentran “*sujetos a normas sustanciales que imponen*

¹² Conforme señala Jaime Araujo Frías: En el Estado de Derecho Legal se estudiaba el Derecho estáticamente, puesto que se creía que el Derecho se reducía a lo que estaba contenido en la ley. ARAUJO FRIAS Jaime, El Abogado: Entre el Estado de Derecho Legal y el Estado de Derecho Constitucional, publicado el 01-10-2014, Derecho y Cambio social, Número 38, Año XI – 2014, Lima, [18.04.2018], pág. 04, disponible en: https://www.derechoycambiosocial.com/revista038/EL_ABOGADO_ENTRE_EL_ESTADO_DE_DERECHO_LEGAL_Y_EL_ESTADO_DE_DERECHO_CONSTITUCIONAL.pdf

¹³ COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico. Traducido por Miguel Carbonell. Isonomía [online]. 2002, n.16 [citado 2018-04-18], pp.89-112. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182002000100089&lng=es&nrm=iso>. ISSN 1405-0218.

límites y vínculos a los contenidos de sus decisiones para tutelar los derechos de todos los individuos”¹⁴

Por lo tanto, el Estado Constitucional de Derecho, es aquel Estado cuya Constitución Política tiene carácter vinculante, por considerarse la misma como aquella norma¹⁵ con supremacía jerárquica, y que para que esta surta efectos su aplicación debe ser de manera obligatoria e inmediata. Ello lleva a Ferrajoli a sostener que en este modelo de Estado Constitucional existen dos esferas: una formal, sujeta a los procedimientos de toma de decisiones democráticas y la otra sustancial, que la denomina como “esfera de lo indecible”, donde se excluye de ese proceso aquellos derechos que protegen principalmente a los grupos más vulnerables¹⁶. Es así que el estado constitucional de derecho se caracteriza fundamentalmente por el reconocimiento de derechos fundamentales expresos o implícitos en el ordenamiento jurídico interno de cada Estado, fundamentalmente aquellos derivados de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos.

2.2. UN MODELO ALTERNATIVO: EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

2.2.1. EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

Carlos Rivera Lugo¹⁷, plantea que al diferenciar entre la constitución formal (la aprobación de los textos constitucionales¹⁸ y la material (situación o situaciones por las cuales se acepta el cambio de Constitución), en el caso del Nuevo Constitucionalismo latinoamericano, podemos observar que producto de la lucha de fuerzas sociales, es que

¹⁴ Citado por COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico. Traducido por Miguel Carbonell. Isonomía [online]. 2002, n.16 [citado 2018-04-18], pp.89-112. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182002000100089&lng=es&nrm=iso>. ISSN 1405-0218.

¹⁵ Dado que la Constitución tiene una doble naturaleza, siendo en primer lugar política y en segundo una norma jurídica, conforme a lo señalado en el fundamento 2 de la Sentencia expedida por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 014-2003-AI/TC-Lima-Alberto Borea Odría y más de 5,000 ciudadanos.

¹⁶ Citado por RODRÍGUEZ VÁSQUEZ Julio, Estado de Derecho y Corrupción, Área penal del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú – IDEHPUCP, comentario académico, pág. 36, [citado 18-04-2018], disponible en: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/comentario-julio.pdf>

¹⁷ MOLINA, Aurora, “Nuevo constitucionalismo en América Latina. Contexto sociopolítico, derechos sociales. Entrevista a Carlos Rivera Lugo”. Universidad Autónoma de México, Crítica Jurídica No. 35, 2013, pp. 315-330. Págs. 316-319

¹⁸ Si bien se considera como parte del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano a la Constitución vigente de Venezuela, para la presente tesis nos enfocaremos en las constituciones de Ecuador y Bolivia en tanto para nuestro objeto de estudio, en tanto en encontramos un alto nivel de importancia y de desarrollo de los principios del Buen Vivir y los derechos de la naturaleza.

se incorporan nuevos sujetos (como los pueblos indígenas)¹⁹. En los procesos constituyentes que dieron origen a las cartas fundamentales de Bolivia (2009) y Ecuador (2008), para autores como Rivera Lugo, la Constitución volvió a ser obra de su titular originario: el poder constituyente, es decir, el pueblo²⁰. Esto se explica en términos de Carl Schmitt²¹, en tanto el poder constituyente es la expresión de la voluntad política cuya fuerza permite determinar el modo de existencia política, es decir, el poder de darse a sí mismo una Constitución y de reformarla o sustituirla. En este sentido, en democracia, el pueblo es el que detenta el poder constituyente, por lo que al resultar este sujeto (el pueblo) tan diverso y complejo en entornos como el latinoamericano, cobra sentido que las constituciones boliviana y ecuatoriana adopten un enfoque multiétnico, intercultural y plurinacional.

Para Nuria Beloso Martín²², el contexto donde se produce estos cambios, tiene como antecedentes dos periodos diferenciados respecto a la participación de los pueblos indígenas y el reconocimiento de sus derechos: 1) el primero se ubica entre 1982 y 1988, donde se inserta la idea de “diversidad cultural” para reconocer la composición multicultural de las sociedades latinoamericanas, se incorporan derechos para las poblaciones indígenas en las constituciones que surgen en ese periodo, sobretodo aquellas relativas a la posesión de tierras y el respeto a su identidad cultural; 2) el segundo se ubica entre los años 1989 al 2005, donde los derechos de los pueblos indígenas se internacionalizan a través del Convenio 169 de la OIT, se adopta el Estado constitucional, social y democrático de derecho como paradigma, lo que lleva a expandir los derechos fundamentales e incorporar mecanismos que garanticen la participación de los ciudadanos²³.

De esta manera, se presenta un modelo de Estado acorde a las exigencias de un estado constitucional, en tanto reconoce los derechos fundamentales y sus garantías, pero se extiende hacia la construcción de un estado democrático, social y plurinacional²⁴. En

¹⁹ PARI BEDOYA, Ilda Nadia, “Notas sobre el “buen vivir” y el “Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano””, Pacarina del Sur – Revista de Pensamiento Crítico Latinoamericano, N° 38, año 10, 2019. Disponible en: www.pacarinadelsur.com/index.php?option=com_content&view=article&id=1703&catid=3 .

²⁰ MOLINA, Aurora, óp. Cit. Pág. 318

²¹ RIOS Lautaro, La Soberanía, el Poder Constituyente y una nueva constitución para Chile, Estudios Constitucionales, Año 15, N° 2, 2017, pp. 167- 202. Pág. 183

²² BELOSO, Nuria, “El Neoconstitucionalismo y el ‘Nuevo’ Constitucionalismo Latinoamericano: ¿Dos corrientes llamadas a entenderse?”, Universidad de Burgos, Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, N° 32, 2015, pp. 21-53. Pág. 26.

²³ PARI BEDOYA, Ilda, óp. cit.

²⁴ Ídem.

este sentido, Martínez Dalmau señala que este modelo de constitucionalismo ha surgido como respuesta a la “demandas históricas del pueblo latinoamericano”, por lo que entre sus objetivos se encuentra la inclusión de aquellas grandes mayorías que se han visto excluidas de los procesos de toma de decisiones²⁵.

De esta manera, el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano presenta las siguientes características: 1) procesos constituyentes populares con participación de los movimientos sociales, 2) una alta presencia de principios y valores que sostienen la arquitectura constitucional y estatal, 3) nuevos modelos de Estado. 4) incorporación de nuevos derechos derivados de las demandas de los movimientos sociales, 5) incorporación de los valores indígenas en la Constitución y reconocimiento del pluralismo cultural y jurídico multinivel²⁶.

Por lo que, podemos concluir que el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, surge como un modelo alternativo al modelo hegemónico neo-constitucional, lo que no implica que deje de lado las dimensiones que permiten caracterizar a un Estado como un Estado Constitucional de Derecho, el respeto y la garantía de los derechos humanos, y la democracia como forma de gobierno. Sin, embargo, su carácter alternativo recae en la incorporación de instituciones provenientes de los pueblos originarios de América Latina, la creación de nuevos derechos y fundamentalmente una nueva relación entre el hombre y la naturaleza²⁷.

2.2.2. EL “BUEN VIVIR”

El “Buen Vivir”, “Sumak Kawsay” o “Suma Qamaña” es un conjunto de ideas que se originaron como un modelo alternativo de desarrollo basado en los aportes de diversas cosmovisiones ancestrales, las cuales han visto un resurgimiento en los últimos años al ser incorporadas en las constituciones de Bolivia y Ecuador²⁸. Fernando Huanacuni Mamani, sostiene que este resurgimiento se debe a la combinación de recuperación de los saberes ancestrales con una política de soberanía nacional, promoviendo formas

²⁵ SOTILLO, Aquiles Ricardo. “La nueva clasificación de los derechos fundamentales en el nuevo constitucionalismo latinoamericano”. *Revista Ciencia y Cultura*, vol. 19, N° 35, 2015. pp. 163-183. Págs. 173-174.

²⁶ ROSILLO, Alejandro, “Pluralismo Jurídico en el constitucionalismo mexicano frente al nuevo Constitucionalismo Latinoamericano”. *Revista Direito e Práxis*, vol.8, n.4, 2017, pp.3037-3068. Pág. 3040.

²⁷ VELAZQUEZ-GUTIERREZ, José Manuel, “Constitucionalismo verde en Ecuador: Derechos de la Madre Tierra y Buen Vivir”. *Entramado*, vol.10, n.1, 2014 pp. 220-238. Pág. 223.

²⁸ PARI BEDOYA, Ilda, óp. cit.

comunitarias de vida, la relación de los hombres con la Madre Tierra basada en la armonía y el equilibrio frente a la acumulación de capital ilimitada e individual²⁹.

De esta manera, la finalidad de esta concepción alternativa de desarrollo es lograr la sustentabilidad a partir de generar una relación armoniosa entre el hombre y el medioambiente, considerando que no puede subordinarse a las naturaleza a las demandas arbitrarias del ser humanos. Para lograr estos fines, en el aspecto más radical de esta propuesta, se ha planteado el cambio de estatus jurídico de la naturaleza, de objeto a sujeto de derechos.³⁰

Al respecto, Alberto Acosta señala que dicha situación ha generado que surjan interrogantes, como aquella que se pregunta si estamos frente a derechos o declaraciones de propósitos, o si es posible que seres no humanos puedan ser sujetos de derechos. Éste último cuestionamiento, de ser respondido de manera afirmativa lleva a otras preguntas como la interrogante sobre el contenido de estos derechos, si estos debilitan la teoría de los derechos humanos o si son exigibles³¹.

Al respecto, podemos señalar que desde los 70, a partir del Informe del Club de Roma titulado “Límites del crecimiento” se habla de la crisis inminente ante el agotamiento de los recursos y el detrimento del medioambiente³². Por lo que los cuestionamientos del carácter utópico de los derechos del buen vivir, es necesario advertir que hasta hace algunas décadas no podía hablarse de los derechos de algunos grupos minoritarios e incluso de la igualdad de género en los términos en los que hoy se debaten, por lo que ante la realidad alarmante propiciada por la manera en la que se ha construido la relación hombre-naturaleza desde la racionalidad occidental, han surgido propuestas alternativas como el Buen Vivir que han sido adoptadas por algunos Estados³³.

2.2.3. DERECHOS DE LA NATURALEZA:

Cambiar la concepción de naturaleza de bien jurídico a sujeto de derecho puede dar pie a un debate filosófico en el plano ético, jurídico y político. Surgiendo preguntas como ¿Se devaluaría la dignidad humana? y ¿A quién le corresponde la titularidad de estos

²⁹ HUANACUNI, Fernando (2010), *Buen Vivir / Vivir Bien: Filosofía, políticas, estrategias y experiencias regionales andinas*, Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas – CAOI, Lima. Pág. 22.

³⁰ PARI BEDOYA, Ilda, óp. cit.

³¹ *Ibidem*. Pág. 17.

³² RODRIGUEZ, Ignacio, “La tesis de los límites físicos del crecimiento: una revisión de los informes del Club de Roma”, *PERSPECTIVAS. Revista de Análisis de Economía, Comercio y Negocios Internacionales*, Vol. 5, N° 02, 2011, pp. 75-103.

³³ PARI BEDOYA, Ilda, óp. cit.

derechos? entre otras, sin embargo, esta propuesta surge como una opción ética que puede ser adoptada por los Estados para hacer frente a la sobreexplotación de recursos, contaminación ambiental y vulneración de los ecosistemas.

De esta manera, para Alberto Acosta quien habla sobre la “liberación de la naturaleza”, señala que exige un esfuerzo político para pasar de ser un simple objeto de propiedad al reconocimiento como sujeto de derechos, lo que se traduciría en acabar con la identificación del bienestar como acumulación y crecimiento económico ilimitado³⁴. Esto puede comprenderse mejor en el marco de la idea de desarrollo sostenible, la cual según la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo de la ONU, implica que la satisfacción presente de las necesidades no puede comprometer la posibilidad de que las futuras generaciones puedan satisfacer las suyas³⁵. Por lo que, la incorporación de este nuevo modelo ético que plantea el Buen Vivir como una nueva forma de relacionarse entre los hombres y la naturaleza puede permitir materializar la idea de desarrollo sostenible, extendiéndola y situándola en el contexto latinoamericano.

Esta idea de la naturaleza como sujeto de derechos es producto de una visión “ecocéntrica” la cual consiste en *“coloca[r] al ambiente y a la naturaleza como el eje central de las cuestiones ambientales. Esta corriente ha influenciado instrumentos tales como la Carta de la Naturaleza de la Naciones Unidas de 1982 en la cual se establece que la especie humana es parte de la naturaleza y la vida depende del funcionamiento ininterrumpido de los sistemas naturales.”*³⁶ En yuxtaposición al antropocentrismo dominante en la mayoría de países donde la naturaleza es vista como fuente de recursos que son puestos para la satisfacción de necesidades del ser humano, los derechos de la naturaleza y su concepción como sujeto de derecho, buscan tutelar la naturaleza, ello no significa que esté por encima del ser humano, sino que en base a principios como el de racionalidad el ser humano, la naturaleza y seres vivientes no son seres independientes entre sí, sino que comparten espacios donde han de relacionarse.

Para poder comprender ello Josef Estermann señala que deben observarse los principios de relacionalidad, correspondencia, el de complementariedad y el de reciprocidad. El primero concibe que no hay entes aislados; el segundo se refiere a la relación entre los

³⁴ ACOSTA, Alberto, óp. Cit. Págs. 18-20.

³⁵ GUDYNAS Eduardo (2011), Desarrollo, derechos de la naturaleza y buen vivir después de Montecristi, Centro de Investigaciones Ciudad y Observatorio de la Cooperación al Desarrollo, Quito. Pág. 84.

³⁶ BEDÓN GARZÓN René, Contenido y aplicación de los derechos de la naturaleza, *IusHumani*, vol. 5 (2016), ISSN: 1390-440X, pág. 135.

diversos “campos” que componen la realidad, como son los campos simbólicos, ritualísticos, afectivos; el tercero se refiere a la coexistencia entre los entes o acciones con sus complementos específicos y la interdependencia entre ellos; y el último se refiere a que cada acción genera una acción en respuesta (la repercusión de los actos humanos y la idea de “justicia cósmica”) ³⁷. Es así que, el cambio de enfoque sobre la naturaleza supone el cambio de enfoque del ser humano, la naturaleza tiene límites y no solo está como un proveedor de recursos, la naturaleza pasa a ser protegida ya no solamente porque supone un beneficio al ser humano.

2.3. EL AGUA COMO DERECHO HUMANO:

2.3.1. EL DERECHO AL AGUA:

El agua al ser una necesidad indispensable para la vida del ser humano y su desarrollo, tal como señala Mario Peña Chacón, cuando hablamos de derecho al agua nos referimos a un derecho humano de carácter personalísimo, erga omnes, el cual debe ser reconocido por los Estados en tanto el agua es indispensable y condiciones la vida y ejercicio de los otros derechos humanos ³⁸. De esta manera, dicho autor considera que el Derecho al Agua, se puede considerar dentro de la categoría de derechos humanos, en cuanto sirve como presupuesto y se conecta con otros derechos fundamentales (derecho a la vida, la salud, la calidad de vida, alimentación adecuada, etc.), así como por ser un derecho propio y consustancial a la naturaleza del ser humano, por lo que la función del Estado es reconocerlo, regularlo, y verificar su cumplimiento.

Según la Autoridad Nacional del Agua (en adelante ANA), el derecho al agua como derecho reconocido en diversos instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos comprende obligaciones relativas al acceso al agua potable en cantidades suficientes para su uso (incluyendo el consumo, la higiene, el saneamiento, la preparación de alimentos y lavado de ropa) ³⁹. Es así que el ANA como autoridad técnico normativa del Sistema Nacional de Gestión de los Recursos Hídricos es el organismo gubernamental por medio del cual Estado viene administrando,

³⁷ Citado por ACOSTA Alberto y MARTÍNEZ Esperanza, *La Naturaleza con Derechos de la filosofía a la política*, Ediciones Abya-Yala, Quito-Ecuador, 2011, ISBN: 978-9978-22-995-8, pág. 216

³⁸ HOYOS ROJAS, Luis Miguel, y Laura CERA RODRIGUEZ, “El derecho humano al agua como reivindicación neoconstitucional del sistema internacional de los derechos humanos: un nuevo derecho constitucional en Colombia”, *Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Palermo*, Año II, N. 2, Noviembre de 2013, pp. 141-174. Pág. 144. Disponible en: http://www.palermo.edu/derecho/pdf/DA_N3_04.pdf

³⁹ AUTORIDAD NACIONAL DEL AGUA, ¿Qué es el Derecho al Agua? Disponible en: <http://www.ana.gob.pe/contenido/que-es-el-derecho-al-agua>

aprovechando y gestionando el recurso hídrico para que sea otorgado a la población de forma suficiente y con la debida calidad.

2.3.3. MARCO NORMATIVO DEL DERECHO AL AGUA EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS:

Según Cristina Blanco Vizarreta señala que el reconocimiento del derecho al agua en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se ha producido de dos formas: a) a través de la interpretación en su relación con otros derechos o por referencias implícitas y b) a través de su construcción autónoma e independiente⁴⁰. Respecto al primer camino, se entiende al derecho al agua en relación con otros derechos, para ello conforme a la recopilación realizada por Blanco Vizarreta⁴¹, se observan aquellas disposiciones con referencias indirectas al derecho al agua, y aquellas que han servido de puerta de entrada tenemos:

- Los principios 1° y 2° de la Declaración de Estocolmo (1972).
- El preámbulo de la Declaración de Mar del Plata (1977)
- Principio 4° de la Declaración de Berlín (1992)
- Capítulo 18 del Plan de Acción Agenda 21 (1992)
- Punto 5° de la Declaración Universal sobre la Erradicación del Hambre y la Malnutrición (1974)
- Artículo 8° de la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo de (1986)
- Parágrafos 34 y 37 de la Declaración de la Cumbre de la Tierra de (1992)
- Principio 2° del Programa de Acción de la Conferencia Internacional de Naciones Unidas sobre Población y Desarrollo (1994)
- Parágrafo 19 de la Declaración del Milenio de setiembre (2000)
- Artículos 20°, 26°, 29° y 46° del III Convenio de Ginebra (1949)
- Artículos 85°, 83° y 127° del IV Convenio de Ginebra de 1949

⁴⁰BLANCO VIZARRETA, Cristina, El derecho humano al agua: apuntes sobre avances recientes". En: Mecanismos internacionales de derechos humanos, Guevara Gil, Urteaga Crovetto, y Segura Urrunaga (eds.), El derecho humano al agua, el derecho de las inversiones y el derecho administrativo, Cuartas jornadas de derecho de aguas, Primera edición, junio 2017, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 206-222, pág. 206

⁴¹ Blanco Vizarreta, Óp. Cit. Pág. 206

- Artículo 54° del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra (1949)
- Artículos 5, 14 y 17° del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra (1949)
- Artículo 55° de la Carta de las Naciones Unidas
- Artículo 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- Artículos 11 y 12° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Artículo 14° numeral 2 literal h) de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (1979)
- Artículo 24° literal c) de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989)
- Artículo 11° del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Es decir, estos instrumentos si bien puedan no referirse en algunos casos expresamente a la existencia de un derecho al agua, es posible inferir su existencia implícita al interpretarlos. Mientras que la construcción autónoma del derecho al agua se dio de la siguiente manera:

Instrumento	Contenido
Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua - Mar del Plata (1977)	Se establece la cantidad básica de agua que es necesario garantizar para satisfacer las necesidades humanas básicas.
Programa 21, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992)	Se confirma el concepto de cantidad básica
Programa de Acción de la Conferencia Inter-	Se afirma el derecho de toda persona de tener un nivel de vida adecuada, para él y

nacional sobre la Población y el Desarrollo (1994)	su familia, lo que incluye el agua y el saneamiento ⁴²
Programa de Hábitat, Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos (Hábitat II) (1996)	Se afirma lo establecido en el punto anterior
Observación General No. 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU	Se reconoce por primera vez el derecho humano al agua, entendido como el derecho a disponer de una cantidad de agua suficiente, que sea salubre, aceptable, accesible y asequible para los usos personales y domésticos ⁴³
E/CN.4/Sub.2/2005/25, En 2006, la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos	Se aprueban los lineamientos para que los Estados puedan realizar gestiones sobre el derecho al agua potable y saneamiento
A/HRC/6/3En 2007, el ACNUDH, a petición del Consejo de Derechos Humanos	El cual establece el deber de los Estado de asegurar las medidas y las salvaguardas relacionadas con el ejercicio de la capacidad de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos ⁴⁴ .
Resolución de julio del 2010 de la Asamblea General de la ONU	Se reconoce el derecho al agua potable y al saneamiento como un derecho humano que permite el disfrute de los otros

⁴² Principio 2 Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de 1994

⁴³ Observación general N° 15: El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), El fundamento jurídico del derecho al agua, [en línea 02.07.2018] disponible en: <https://www.escr-net.org/es/recursos/observacion-general-no-15-derecho-al-agua-articulos-11-y-12-del-pacto-internacional>

⁴⁴ A/HRC/6/3En 2007, el ACNUDH, Los derechos dispuestos en la Convención, [en línea 02.07.18], disponible en: www2.ohchr.org/english/issues/disability/docs/A.HRC.4.75_sp.doc

	derechos humanos.
Resolución A/RES/68/157 del 18 de diciembre del 2013,	Se insta a los Estados a que aseguren el financiamiento para brindar los servicios de agua y saneamiento de manera sostenible.
Resolución A/HRC/RES/18/1 de setiembre de 2011	Se insta a los Estados a que aseguren el financiamiento para brindar los servicios de agua y saneamiento de manera sostenible.
Declaraciones Regionales	
Recomendación Rec. (2001)14 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la Carta Europea de Recursos Hídricos.	Se afirma que toda persona tiene derecho a una cantidad suficiente de agua para satisfacer sus necesidades básicas
Mensaje de Beppu, primera Cumbre del Agua Asia-Pacífico, Beppu (Japón), 3 y 4 de diciembre de 2007.	El reconocimiento del derecho de disponer de agua potable y servicios de saneamiento.
Declaración de Abuja, aprobada en la Primera Cumbre América del Sur-África, en 2006	Los Jefes de Estado y de Gobierno convinieron respecto a sus ciudadanos el promover el derecho al acceso al agua potable y a la sanidad.

Fuente: Elaboración Propia

Se puede rastrear el derecho al agua en el derecho internacional de los derechos humanos siguiendo la línea de tiempo establecida por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (en adelante ACNUDH)⁴⁵:

⁴⁵ ibídem pág. 7-11.

- En la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua, celebrada en Mar del Plata (Argentina) en 1977, por primera vez se establece el concepto de la cantidad básica de agua para las necesidades humanas
- En el Programa 21, aprobado en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, se reafirma el concepto de cantidad básica.
- En el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de 1994, se afirmó que toda persona tiene derecho a un nivel adecuado de vida para sí y su familia.
- En el Programa de Hábitat, aprobado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos (Hábitat II) en 1996, se consideró que para materializar el derecho a un nivel de vida adecuado eran necesario el agua y el saneamiento.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité los Estados convinieron en que el derecho al agua se encuentra dentro al derecho a un nivel de vida adecuado.
- En 2006, la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos se aprueban lineamientos/directrices para que los Estados puedan garantizar el derecho al agua potable y al saneamiento.
- En 2007, el ACNUDH, presento un estudio sobre los alcances y contenido de las aquellas obligaciones relativas al acceso con equidad del agua potable y saneamiento (A/HRC/6/3)⁴⁶. Este estudio concluyó que el acceso al agua potable y el saneamiento deben considerarse como derecho humano.

2.3.4. ASPECTOS DEL DERECHO AL AGUA

Conforme a lo establecido por ACNUDH, los aspectos que comprende el derecho al agua son:

- a) **El derecho al agua entraña libertades:** Las libertades que comprende el derecho al agua, para el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, son el acceso al

⁴⁶ El derecho humano al agua y al saneamiento Guía de lectura Programa de ONU-Agua para la Promoción y la Comunicación en el marco del Decenio (UNW-DPAC), [en línea 02.07.2018] ,pág. 5, disponible en: http://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/pdf/05_2011_human_right_to_water_reader_spa.pdf

suministro de agua en cantidades necesarias y no sufrir injerencias.⁴⁷ Esta libertad también impone restricciones como la prohibición de la contaminación ilegal; la no discriminación en el acceso al agua potable y el saneamiento; así como no interferir en el acceso a los suministros de agua, principalmente los tradicionales, así como proteger frente a las amenazas que se produzcan al acceder a servicios de agua y saneamiento fuera del hogar⁴⁸.

- b) El derecho al agua entraña prestaciones:** Para salvaguardar la vida y salud el ser humano tiene que acceder a una cantidad mínima de agua potable; conforme se señaló observación general N° 15, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales implica disponer de agua accesible, aceptable, asequible, salubre, suficiente para los usos personales y domésticos⁴⁹.
- c) El suministro de agua para cada persona debe ser continuado y suficiente para cubrir los usos personales y domésticos:** Debiendo entenderse como el acceso al agua potable suficiente para poder satisfacer y cubrir no solo el consumo diario de la persona sino aquel destinado a la realización de ciertas labores como el lavado de ropa, preparación de alimentos, higiene personal e higiene doméstica, no se encuentra incluido el uso del agua para jardinería o piscinas⁵⁰. Por lo tanto el derecho al agua no afirma que las personas ostenten el derecho de acceder a una cantidad ilimitada sino el acceso a una cantidad determinada.
- d) El agua para el uso personal y doméstico debe ser salubre y aceptable:** El agua no debe contener de microbios y/o parásitos, ni sustancias químicas, ni radiológicas que amenacen la integridad y salud de las personas, así también el olor, color y sabor deben ser aceptables. La Organización Mundial de la Salud (en adelante OMS),

⁴⁷Comité De Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Cuestiones Sustantivas que se Plantean en la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N° 15, 2002, Ginebra, pág. 5. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8789.pdf?view=1>

⁴⁸ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, El derecho al agua, Folleto informativo No 35, pág. 12, disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet35sp.pdf>

⁴⁹ Ídem

⁵⁰Ibídem pág. 13.

a través de las Guías para la Calidad del Agua Potable, sirven como instrumentos para elaborar normas nacionales, las cuales deberán ajustarse a los parámetros establecidos⁵¹. La reciente modificación de los Estándares de Calidad Ambiental para agua en el Perú, establecido por el Ministerio del Ambiente (MINAM), se sustenta precisamente en los últimos estudios de la OMS, la Agencia de Protección Ambiental (EPA) y la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), entre otros⁵².

- e) **Los servicios de abastecimiento de agua y de saneamiento deben ser físicamente accesibles:** Debiendo tenerse en consideración las necesidades de grupos minoritarios como personas que tengan alguna discapacidad, niños, mujeres y ancianos debiendo de estar al alcance de la población⁵³, ello no significa que todas las personas deban tener agua y servicios de saneamiento dentro de su hogar, sino que el Estado procure que este acceso se encuentre en las cercanías de su hogar a una distancia razonable, según la OMS debe ser a una distancia no mayor a 1 000 metros del hogar, siendo el tiempo necesario para su búsqueda no mayor a 30 minutos⁵⁴.
- f) **Los servicios de agua deben ser asequibles para todos:** Basado en la premisa de que “ningún individuo o grupo debería verse privado del acceso a agua potable por no poder pagar”⁵⁵. Esto no quiere decir que el acceso al agua potable sea gratuito sino que debe estar en un precio asequible para la población. El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) plantea como umbral el 3% del ingreso familiar⁵⁶.

⁵¹ Ídem

⁵² Conforme al decreto supremo N° 004-2017-MINAM, aprueban estándares de calidad ambiental (ECA) para agua y establecen disposiciones complementarias, publicado en el diario oficial el Peruano el Miércoles 7 de junio de 2017, disponible en: <http://sinia.minam.gob.pe/normas/aprueban-estandares-calidad-ambiental-eca-agua-establecen-disposiciones>

⁵³ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, El Derecho al Agua, Óp. Cit. Pág. 14.

⁵⁴ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, Agua Saneamiento y Salud. Disponible en: http://www.who.int/water_sanitation_health/diseases/wsh0302/es/

⁵⁵ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, El Derecho al Agua, Óp. Cit. Pág. 15

⁵⁶ Ídem

2.3.5. EL DERECHO AL AGUA EN LA OBSERVACIÓN GENERAL 15:

La Observación General 15 (OG 15) respecto al derecho al agua señala que es un recurso natural limitado y a la vez un bien público indispensable para la vida y salud, así como permite el disfrute de los otros derechos y que este incluye: A) Usos personales y domésticos, los que incluyen su consumo humano, el saneamiento, el lavado de ropa, la preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica. B) Usos vinculados con la producción de alimentos destinados a “evitar el hambre”, así como garantizar el derecho a la alimentación, no así con el negocio agrícola. C) Usos vinculados a garantizar el derecho a la salud”⁵⁷

La OG 15 señala que la definición del derecho al agua incluye la suficiencia, salubridad, accesibilidad, aceptabilidad, accesibilidad y asequibilidad para el uso personal y doméstico⁵⁸. Siendo este uno de los principales instrumentos internacionales para que los Estados empiecen a tomar conciencia respecto al derecho al agua como derecho fundamental.

2.3.6. EL DERECHO AL AGUA EN EL INFORME DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS

El Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos se indica que está orientado a analizar el alcance, contenido y vigilancia respecto al cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de derecho al agua potable y saneamiento, lo que incluye: el acceso al derecho al agua potable salubre y saneamiento, estrategias nacionales para asegurar el derecho al agua y saneamiento, prestación de los servicios por el sector privado, obligaciones de los gobiernos locales, la interrupción del servicio garantizando el debido proceso, prioridades de uso del agua, obligaciones relativas a los derechos humanos en el marco de acuerdos comerciales o de inversión⁵⁹. Estableciéndose ciertos lineamientos que deberán tener en cuenta los Estados para el abastecimiento de agua potable y saneamiento.

⁵⁷ Organización de las Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, El derecho al agua, Folleto informativo No 35, pág. 12, disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet35sp.pdf>

⁵⁸ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Resolución de la Asamblea General A/64/L.63/Rev.1. 26 de julio de 2010, disponible en: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/64/301&Lang=S

⁵⁹ PLAZA, Carlos, Derecho Humano al Agua, Edición Ideasmares, 2008. Págs. 21-23. Disponible en: <http://alianzaporelagua.org/documentos/MONOGRAFICO4.pdf>

2.3.7. EL DERECHO AL AGUA EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS:

Si bien no se ha reconocido en el SIDH, el derecho al agua de manera explícita, es posible derivarlo del artículo 11.1 del Protocolo de San Salvador sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconociendo el derecho de contar con los servicios indispensables para la vida como es el agua potable, debiendo garantizarse su suministro”⁶⁰.

Del mismo modo, tal como señala Elizabeth Salmón, existen otros artículos de los cuales podría derivarse el derecho al agua, haciendo una interpretación del artículo décimo, que reconoce el derecho a la salud y el artículo doceavo, que reconoce el derecho a la alimentación. Sin embargo, pesa a no estar reconocido explícitamente en el SIDH, pronunciándose sus órganos sobre este derecho con relación a la vulneración de otros derechos, frente a grupos vulnerables (niños, personas en situación de pobreza o privadas de la libertad, pueblos indígenas)⁶¹. Haciendo hincapié respecto al estado de vulnerabilidad de grupos minoritarios ante la escasez del recurso hídrico, debiendo estar las gestiones por parte de los Estados orientadas a salvaguardar el derecho al agua de este grupo poblacional.

2.4. EL DERECHO AL AGUA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

La incorporación del Derecho al Agua como derecho fundamental en los ordenamientos jurídicos de los países latinoamericanos, en la última década, (entre ellos el Perú, incorporándolo en el artículo 7.A de la Constitución Política a través de la Ley de Reforma Constitucional - Ley 30 588°, publicada el 22 de junio de 2017 en el diario oficial), presenta una serie de retos para las cortes nacionales e internacionales para su tutela, en cuanto a la doble naturaleza de este derechos: individual y colectiva, siendo este último aspecto, indispensable para la supervivencia y desarrollo de ciertos grupos humanos, como los pueblos y comunidades indígenas⁶², siendo necesario interpretarlo a la luz de otros derechos, como el derecho a la identidad cultural, al ser considerado como parte de sus tierras ancestrales.

⁶⁰ SALMÓN, Elizabeth, “El Derecho Humano al Agua y los aportes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política, nº 16, 2012, pp. 245-268. Pág. 251. Disponible en: <http://universitas.idhbc.es/n16/16-11.pdf>

⁶¹ Ídem.

⁶² En el presente artículo utilizaremos ambos términos de manera análoga.

Por un lado, en cuanto recurso natural, las Observaciones Generales del Comité de DESC sobre los derechos a una alimentación adecuada y al agua así lo precisan: “En el caso de los pueblos indígenas el acceso a sus tierras ancestrales y al uso y disfrute de los recursos naturales que en ellas se encuentran están directamente vinculados con la obtención de alimento y el acceso a agua limpia. Destacando la especial vulnerabilidad de muchos grupos de pueblos indígenas cuyo acceso a las tierras ancestrales puede verse amenazado y, por lo tanto, su posibilidad de acceder a medios para obtener alimento y agua limpia”⁶³

Por el otro, resaltando el componente cultural, ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que la relación de estas comunidades con la tierra no se basa solo en la producción y posesión de la misma, sino tiene un elemento material y uno espiritual, los cuales deben gozar para preservar su legal cultural de generación en generación⁶⁴. Por lo que los derechos sobre la propiedad comunal sobre las tierras y sus recursos naturales, como un derecho en sí mismo y en tanto garantía del disfrute efectivo de otros derechos básicos, contienen elementos, que van más allá de la posesión o del uso y disfrute de sus recursos para satisfacer sus necesidades materiales. Estos componentes son de tipo cultural. De esta manera, los principales instrumentos internacionales de los Derechos Humanos que versen sobre el derecho al agua de los pueblos indígenas, y su recepción en el SIDH, sirven de base para una interpretación posterior sobre la implementación de estos estándares en los ordenamientos jurídicos nacionales.

El Relator Especial de las Naciones Unidas José Martínez Cobo, define a los pueblos indígenas como:

“aquellas (comunidades) que teniendo una continuidad histórica con las sociedades pre-invasiones y pre-coloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran a sí mismos distintos de otros sectores de la sociedad que ahora prevalece en esos territorios o en parte de ellos”⁶⁵.

⁶³ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 166

⁶⁴ Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) AwasTingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 149. Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párrs. 124, 131. Corte IDH. Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre 2004. Serie C No. 116, párr. 85.

⁶⁵ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Doc. E/CN.4/Sub.2/1983/21/add.8 párrafos 379

La protección de los derechos de los miembros de los pueblos indígenas, si bien se pueden encontrar en los principales documentos sobre Derechos Humanos, como los arts. 1 y 27° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el preámbulo y el art. 1° del Pacto Internacional de DESC; art. 5° de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; artículos 2, 5, 8 y 30° de la Convención sobre los Derechos del Niño, estos parten de la protección de los derechos individuales, los cuales resultan insuficientes para tutelar los derechos de los pueblos indígenas, en cuanto requieren se reconozcan los derechos colectivos necesarios para garantizar eficazmente el bienestar, la dignidad y la supervivencia de este grupo⁶⁶.

Esto dio origen a dos instrumentos fundamentales para la comprensión y defensa de los Derechos de los Pueblos Indígenas: El Convenio N° 169 de la OIT, y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

El Convenio N° 169, elaborado por la Organización Internacional del Trabajo, resulta de obligatorio cumplimiento para los Estados que lo han ratificado⁶⁷, siendo el Perú uno de esos países. Este convenio, surgió para corregir el Convenio N° 107, el cual fue criticado, debido a su “terminología condescendiente y paternalista y a su enfoque integracionista o asimilacionista”⁶⁸. El Convenio N° 169, no define estrictamente quiénes son pueblos indígenas y tribales sino que describe los pueblos que pretende proteger en el artículo 1°⁶⁹, sin embargo, precisa –en dicho artículo- que “la conciencia de su identidad indígena o tribal, deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio”, convirtiéndose en un elemento importante, la auto identificación étnica, es decir, como los miembros de estas comunidades se perciben a sí mismos y a su propia comunidad. Como apuntan María Galvis y Ángela Ramírez, los principales derechos contenidos en este convenio son: el principio de no discriminación, el derecho a la propiedad y la posesión de tierras tradicionales, el derecho al respeto de su integridad, cultura e

⁶⁶GALVIS, María Clara y Ángela RAMÍREZ, Manual para defender los derechos de los pueblos indígenas, Fundación para el Debido Proceso Legal. 2011. Washington D.C. Pág. 2

⁶⁷Los países que ratificaron dicho convenio son: Argentina Guatemala Estado plurinacional de Bolivia Honduras Brasil México Chile Nepal Colombia Nicaragua Costa Rica Noruega Dinamarca Países Bajos Dominica Paraguay Ecuador Perú España República Bolivariana de Venezuela Fiji y la República Centroafricana.

⁶⁸GALVIS, María Clara y Ángela RAMÍREZ, Óp. Cit., Pág. 3

⁶⁹ Convenio núm. 169 de la OIT.

instituciones, y el derecho a su propia forma de desarrollo, derecho a participar en la toma de decisiones estatales, el derecho de consulta previa⁷⁰.

Estos derechos y principios, serían recogidos en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el 13 de septiembre de 2007, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, afirmando en su Preámbulo que “son iguales a todos los demás pueblos y reconociendo al mismo tiempo el derecho de todos los pueblos a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales”. El objetivo de este documento es hacer efectivo para los pueblos indígenas, los derechos reconocidos en las otras normas internacionales de Derechos Humanos. Tal como señala Rodolfo Stevenhagen, si bien no incorpora nuevos derechos que no puedan derivarse de otros instrumentos internacionales, aclara la relación entre estos y las condiciones de los pueblos indígenas⁷¹. Los derechos que reconoce la declaración, como apuntan María Galvis y Ángela Ramírez son los siguientes: derecho a la integridad física y mental, la libertad y la seguridad; los derechos a vivir en paz y libertad sin ser sometidos a genocidio; derecho a gozar los derechos reconocidos en el derecho laboral nacional e internacional; protege la educación brindada por el Estado como la que se imparte en el seno de su propia cultura; protege el uso de medicinas tradicionales y las prácticas de salud ancestrales, a la vez que garantiza el acceso a los servicios de salud y sociales que brinda el Estado⁷².

La diferencia entre ambos instrumentos, es que el Convenio N° 169 de la OIT, resulta jurídicamente vinculante para los países que lo han ratificado, debiendo adecuar sus prácticas y normativa a su contenido. Mientras que la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, si bien no es jurídicamente vinculante, la cantidad de países y el consenso con el que fue adoptado, genera una fuerza política, la cual a través de su reconocimiento por los cortes y las legislaciones nacionales, adquirirá fuerza vinculante como ocurrió con la Declaración Universal de Derechos Humanos⁷³.

⁷⁰GALVIS, María Clara y Ángela RAMÍREZ, Óp. Cit., Pág. 3

⁷¹ STEVENHAGEN, Rodolfo, “Los derechos de los pueblos indígenas: desafíos y problemas”, Revista IIDH. -- N 48 Jul-Dic., 2008, pp. 257-268. Pág. 257.

⁷²GALVIS, María Clara y Ramírez Ángela, Óp. Cit. Pág. 6.

⁷³Ibidem. Pág. 4-6.

El derecho al agua de los pueblos indígenas en el SIDH, se ha dado con motivo de la protección de los derechos relacionados con la propiedad de sus tierras y el uso de sus recursos⁷⁴, a partir de la interpretación del derecho a la propiedad privada reconocido en el artículo 21° de la CADH, comprendiendo a la propiedad colectiva de los territorios ancestrales de estos pueblos, que además de la demarcación incluye “el derecho que tienen al uso y respeto de los recursos naturales, como son los bosques, animales, ríos, lagos y lagunas”⁷⁵.

De esta forma, la Corte IDH, ha reconocido que el derecho a la propiedad y el acceso a los recursos, es indispensable para la vida y de estos pueblos, y por ende debe preservarse o mantener una calidad adecuada, la cual genera una serie de obligaciones al Estado, garantizando dicho derecho frente a actividades que puedan generar daño, o menguar su calidad, sin dejar de lado que la relación que mantienen con la tierra, tiene un fundamento distinto a la comprensión occidental, bajo esa premisa la CIDH ha señalado que para que puedan gozar efectivamente sus derechos humanos se debe proteger su relación con la tierra en tanto es la base de su desenvolvimiento cultural, económico y social⁷⁶. Tal como apunta Elizabeth Salmón:

“De esta manera, hay que tener que cuenta que existen numerosos pueblos indígenas cuya subsistencia depende de su estrecha relación con ríos y lagos y la regularidad de las lluvias, o bien, tratándose de pastores o nómadas, de los acuíferos en zonas desérticas o semidesérticas. Por ello, se puede afirmar que la importancia de los recursos hídricos para las comunidades indígenas resulta esencial debido a la especial relación que tienen con la naturaleza y el medio ambiente que los rodea”⁷⁷.

Tal como señala Stavenhagen, la vulnerabilidad de los pueblos indígenas respecto a la violación de sus derechos, tiene como una de las causas el no reconocimiento de sus derechos colectivos culturales⁷⁸. En efecto, la relación de los pueblos indígenas, con su territorio y los recursos existentes en él, es una relación que no se agota en la

⁷⁴ Ver por ejemplo: los casos Comunidad Indígena *XákmokKásek* Vs. Paraguay, *Yakye Axa* v. Paraguay, párr. y el Caso Comunidad Indígena *Sawhoyamaya* v. Paraguay

⁷⁵SALMÓN, Elizabeth, Óp. Cit. Pág. 253

⁷⁶Corte IDH.Caso Comunidad Indígena *Yakye Axa* Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 120(c).

⁷⁷SALMÓN, Elizabeth, Óp. Cit. Pág. 253-254

⁷⁸BUOB CONCHA, Luis Carlos, Criterios y Mecanismos para la Protección Jurídica del Derecho Humano al Agua de los Pueblos Indígenas en su Dimensión Colectiva a través de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Tesis para optar el título profesional de Abogado, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2012, Lima. Pág. 96.

satisfacción de necesidades materiales, pues forma parte constitutiva de su cosmovisión, lo que se manifiesta de diversas formas dependiendo el pueblo indígena; de esta manera para garantizar la propiedad comunitaria la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido este criterio en el Caso *Yakye Axa vs. Paraguay*, al considerar que la tierra se encuentra vinculada estrechamente con los valores, las tradiciones, las costumbres y demás prácticas relacionadas con la naturaleza⁷⁹. Este componente sociocultural ligado a la tierra, la Corte IDH, lo ha relacionado con otros derechos, como el derecho al agua de manera concreta, al señalar que se vincula con el derecho a la salud, alimentación, el derecho a una existencia digna, la educación y el derecho a la identidad cultural⁸⁰.

En el Caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, la Corte IDH señala resulta indispensable que los Estados protejan a los pueblos indígenas tomando en cuenta sus particularidades económicas y sociales, su situación de vulnerabilidad, el derecho consuetudinario, sus valores y costumbres⁸¹. En el caso Comunidades Indígenas Maya y sus miembros Vs. Belice, la Comisión IDH afirmó que debe comprenderse la importancia del recurso hídrico para los pueblos indígenas reside en la relación especial que tienen con el medio ambiente que los rodea⁸².

De esta manera, como señala Elizabeth Salmón, la Corte IDH, ha seguido dicho criterio, entendiendo a los territorios de los pueblos indígenas como parte esencial de la cultura y cosmovisión, considerando que la privación del agua como recurso implica que se puedan afectar sus costumbres y valores que las mantienen⁸³.

En síntesis, la posición de la Corte IDH respecto al derecho al agua, se fundamenta en considerar “el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el

⁷⁹Corte IDH. *Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 154.

⁸⁰ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 167. Respecto a la importancia del agua limpia para el desarrollo de los pueblos indígenas y tribales, la Corte IDH ha expresado que la pesca como una de las principales actividades que permiten la subsistencia del pueblo Saramaka requiere la protección del agua limpia natural. Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No 172. párr. 126.

⁸¹ Corte IDH. Caso Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 264

⁸² CIDH. Comunidades indígenas maya y sus miembros Vs. Belice. Informe No 78/00. Admisibilidad. Caso 12.053. 5 de octubre. párr. 31.

⁸³ SALMÓN, Elizabeth, Óp. Cit. Pág. 255

control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida”⁸⁴

Las sentencias emitidas por la Corte IDH constituyen reflejo de la preocupación del Sistema interamericano respecto al desarrollo del derecho al agua, así mismo a pesar de su poco desarrollo, la Corte IDH aborda el problema del agua en las demandas ajustándolas a derechos sobre los que sí puede pronunciarse como la vida, la propiedad, la integridad o la igualdad y no discriminación.

El desarrollo de las prácticas jurisprudenciales en el SIDH, y la recepción de los principales instrumentos internacionales de Derechos Humanos en dichas cortes, así como la incorporación de dichos estándares en los países de la región, en las últimas décadas, se encuentra en un proceso de consolidación, prueba de ello, es que la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, el 15 de junio de 2016, aprobó la Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. De esta manera, queda pendiente la labor de determinar a la luz de estos instrumentos, si nos encontramos dentro de lo que la Relatoría Especial de las Naciones Unidas para los Derechos Indígenas denominó “brecha de implementación”, lo que se traduce en: “la distancia entre las disposiciones constitucionales sobre estos pueblos y la normativa legal y reglamentaria vigente; la ausencia de mecanismos para hacer exigibles los derechos reconocidos constitucionalmente; y, en la falta de recursos o de voluntad para impulsar políticas públicas para hacerlos efectivos”⁸⁵.

2.5. DERECHO AL AGUA Y POLÍTICAS PÚBLICAS:

2.5.1. PRIVATIZACION DEL DERECHO AL AGUA

Conforme señala Pedro Arrojo Agudo producto de “la crisis de los modelos públicos “de oferta”, generó en las décadas de los 70 y 80, que surgieran modelos y alternativas de privatización respecto al agua⁸⁶. Desde, una perspectiva neoliberal se fomenta disminuir, en todos los niveles la intervención de la función pública, para que intervenga el sector privado, relegando y neutralizando las funciones del Estado. Vargas

⁸⁴Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 146.

⁸⁵ AYLWIN, José, “Los Derechos de los Pueblos Indígenas en América Latina: Avances Jurídicos y Brechas de Implementación”. En: Derechos Humanos de los Grupos Vulnerables, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2014, Barcelona.

⁸⁶ ARROJO AGUDO Pedro, Lo Público y lo Privado en la Gestión del Agua, Dpto. de Análisis Económico de la Universidad de Zaragoza, pág. 19, disponible en: <http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/8cigpa/article/viewFile/318/pdf>

y Lima, plantean que, “este tipo de modelo se ha revelado una alternativa para aprovechar las inversiones. En uno de los casos, los recursos se destinaron a las obras de una estación de tratamiento de aguas residuales y, en los demás, enfocaron la expansión del abastecimiento de agua en las localidades atendidas”⁸⁷. Un ejemplo respecto a la privatización del agua en Latinoamérica se encuentra en Brasil, encontrando posturas a favor y en contra. Para Fujiwara, quien está a favor de la privatización, señala:

“La privatización de los sistemas de saneamiento en determinados municipios en Brasil implicó la reducción de la mortalidad infantil por enfermedades infecciosas y parasitarias, en virtud de la elevación de la calidad del agua ofrecida a la población carente en aquellas localidades - consideración contraria a la idea de que las ganancias derivadas de la desestatización serían absorbidas por las propias empresas o transmitidas solamente a las élites”⁸⁸.

Respecto a las posturas que se encuentran en contra se tienen a Oliveira, Castro, y Rezende y Heller, plantean que “gran parte de las inversiones realizadas por grupos privados contó con subsidios gubernamentales y priorizó el abastecimiento de agua, en detrimento del agotamiento sanitario. Las tarifas fueron elevadas para costear las operaciones y demás gastos, gravando las parcelas pobres de la población y agravando desigualdades sociales y regionales que debían ser combatidas”⁸⁹.

En Latinoamérica, la mayoría de gobiernos a fin de afrontar la crisis y así poder reducir la escasez de agua, vienen llevando prácticas de privatización respecto al recurso hídrico, pudiendo ser incoherentes y terminar menoscabando su soberanía. Desde este enfoque, acorde a lo señalado por Pedro Arrojo Agudo⁹⁰ al asegurar el libre acceso a servicios básicos para la comunidad, como lo es el agua y saneamiento, al ser considerados como derechos fundamentales de la persona, llegan a configurar un obstáculo para el desarrollo del libre mercado. Por lo que, se hablaría de clientes y no de

⁸⁷ Citado por OLIVEIRA, Thiago Guedes De and LIMA, Sonaly Cristina Rezende Borges De. Privatização Das Companhias Estaduais De Saneamento: Uma Análise a Partir da Experiência de Minas Gerais. *Ambient. soc.* [online]. 2015, vol.18, n.3 [cited 2018-04-11], pp.253-272. Available from: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-753X2015000300015&lng=en&nrm=iso>. ISSN 1414-753X. <http://dx.doi.org/10.1590/1809-4422ASOC1234V1832015>.

⁸⁸ Ídem.

⁸⁹ Citado por ídem

⁹⁰ ARROJO AGUDO Pedro, Lo Público y lo Privado en la Gestión del Agua, Dpto. de Análisis Económico de la Universidad de Zaragoza, España, pág. 19, disponible en: <http://revistas.lis.ulsiada.pt/index.php/8cigpa/article/viewFile/318/pdf>

ciudadanos, pudiendo solo acceder al servicio quien este en la posibilidad de asumir su costo.

Conforme explica Pedro Arrojo Agudo⁹¹, existen tres modelos de privatización:

2.5.1.1. EL MODELO CHILENO DE PRIVATIZACIÓN

En primer lugar se ha de explicar en forma breve, en qué consistió la llegada del neoliberalismo en Chile, lo que llevo a la privatización de servicios. Conforme plantea Jorge Vergara Estévez⁹², entre 1957 y 1970 un aproximado de 100 estudiantes de la Universidad Católica de Chile, por medio de un convenio que se realizó, pudieron llevar a cabo su postgrado en la Universidad de Chicago, siendo uno de sus profesores Milton Friedman, es así como estos estudiantes chilenos bajo el pensamiento neoliberal conformaron los denominados “Chicago’s Boys”. Teniendo protagonismo en la dictadura de Pinochet puesto que se encargaron de dirigir la política económica del país de Chile, aplicando una serie de privatizaciones, todo ello bajo la sugestión de teorías propuestas en el informe de 1977 “Towards Arovated International System”⁹³ el cual contenía un diseño neocolonialista respecto a las relaciones económicas internacionales. En este contexto histórico Pedro Arrojo Agudo señala respecto a la privatización del agua que “*Se privatizaron de facto ríos y acuíferos, mediante una ley que el dictador se cuidó, en la transición, de vincular a la Constitución; con lo que sólo se puede reformar con mayorías sumamente difíciles de alcanzar*”⁹⁴.

2.5.1.2. EL MODELO BRITÁNICO DE PRIVATIZACIÓN

Joaquim Vergés afirma que las privatizaciones británicas han sido las de mayor alcance y extensión en los países comparado a los otros países que conforman la OCDE, solo sobrepasadas por las privatizaciones realizadas en los países en transición correspondientes al ex-bloque soviético⁹⁵. Así también Vergés⁹⁶ explica cómo se fue

⁹¹ *Ibidem.*, pág. 19-21, disponible en: <http://revistas.lis.ulsiada.pt/index.php/8cigpa/article/viewFile/318/pdf>

⁹² VERGARA ESTÉVEZ Jorge, El mito de las privatizaciones en Chile, pág.3, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1350654.pdf>

⁹³ *Idem.*

⁹⁴ ARROJO AGUDO Pedro, Lo Público y lo Privado en la Gestión del Agua, Dpto. de Análisis Económico de la Universidad de Zaragoza, España, pág. 19, disponible en: <http://revistas.lis.ulsiada.pt/index.php/8cigpa/article/viewFile/318/pdf>

⁹⁵ VERGÉS Joaquim, Privatización de Empresas Públicas y Liberalización, Abril 2010, Privatización de EPs y Liberalización, pág. 16, disponible en: <http://webs2002.uab.es/jverges/pdf%20GEP&R/GEPyR%207,%20Privatizacion%20de%20EP%20y%20Liberalizacion.pdf>

⁹⁶ *Ibidem.* Pág. 16-17

desarrollando las políticas de privatización en Gran Bretaña, cuyo origen tuvo lugar en los gobiernos de Margaret Thatcher:

- De 1979-1983 se dio el primer gobierno de Margaret Thatcher, donde se privatizó las “public companies” cuyas acciones se cotizaban en la bolsa de valores o que se devolvieron en mercados competitivos.
- De 1983-1987 se dio el segundo gobierno de Margaret Thatcher, donde se comienza a privatizar grandes empresas de servicios públicos como empresas de teléfono, gas, transporte interurbano, transporte aéreo y otras.
- De 1987-1992 se dio el tercer gobierno de Margaret Thatcher, siendo aquí donde se empiezan a privatizar servicios de necesidad fundamental como es el agua, así también se privatizó la siderurgia y electricidad. José Esteban Castro señala que “el Banco Mundial hace referencia a la reprivatización de los servicios de agua y saneamiento en Inglaterra y Gales en 1989, durante el gobierno de Margaret Thatcher: sugiere que con dicha decisión el orden de cosas habría retornado a la normalidad (a una normalidad presumiblemente de orden privatizado.”⁹⁷
- De 1992-1997, se dio el cuarto gobierno de Margaret Thatcher, donde se privatizaron recursos y servicios que en su momento se consideraban invendibles (carbón y ferrocarriles).

2.5.1.3. EL MODELO FRANCÉS DE PRIVATIZACIÓN

Según Vergés⁹⁸, las privatizaciones en Francia comienzan en 1986-1988 con el gobierno de Chirac como primer ministro, donde se privatizó a doce grupos industriales, la primera cadena de la TV pública y la Caisse Nationale de Crédit Agricole. En 1991-1993 en el gobierno de Édith Cresson y en el gobierno de Pierre Bérégovoy (gobiernos socialistas) sólo se realizaron privatizaciones parciales. En 1993-1995 en el gobierno conservador de Balladur como primer ministro, conforme señala Vergés “se elaboró un

⁹⁷ CASTRO José Esteban, La privatización de los servicios de agua y saneamiento en América Latina, revista Nueva Sociedad N° 207, enero-febrero de 2007, ISSN: 0251-3552, pág. 102, disponible en: http://nuso.org/media/articles/downloads/3408_1.pdf

⁹⁸ Ídem.

segundo programa de privatizaciones que afectaba a 21 empresas o grupos empresariales controlados por el Estado”.⁹⁹

Respecto a la privatización en Francia, este modelo se extendió por el mundo, por el apoyo del Banco Mundial principalmente, basándose en la estrategia del Partenariado Público Privado, en el cual las empresas para obtener la concesión de la gestión del servicio proponen la colaboración público privada a través de empresas mixtas aceptando generalmente el 49% de las acciones de aquellas. Este modelo no privatiza el recurso sino su gestión, siendo que ellos son los que cuentan con el conocimiento, capacidades tecnológicas y organizativas en consecuencia cuentan con el poder de control puesto que es la empresa privada quien cuenta con la información para realizar la gestión del servicio a brindar. Otro punto es que, el actor privado, en una empresa mixta, es quien está facultado de comprar, contratar y subcontratar, sin pasar por concurso público. Por último la empresa privada compromete al Estado a largos periodos de concesión (25 y 40 años), asegurándose de que sea indemnizada por sumas superiores a lo invertido, en caso no se cumpla.¹⁰⁰

2.5.1.4. PARTENARIADOS PÚBLICO PRIVADOS - ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS

Klijn y Teisman, señala que, los Patenariados Público Privados (PPP) se forman a partir de la colaboración entres dos o más organizaciones públicas o privadas para desarrollar actividades generadoras de productos o servicios, asumiendo de manera compartida los beneficios, costes y riesgos¹⁰¹. Arrojo afirma al respecto que, el caso ideal de este fenómeno es el modelo francés, en el cual si bien el Estado mantiene el 51% de la participación, la empresa privada mantiene el 100% de las decisiones relativas a la gestión, por lo que se privatiza el recurso mediante el control de la información¹⁰² De

⁹⁹ VERGÉS Joaquim, Privatización de Empresas Públicas y Liberalización, Abril 2010, Privatización de EPs y Liberalización, pág. 16-17 disponible en: <http://webs2002.uab.es/Jverges/pdf%20GEP&R/GEPyR%207,%20Privatizacion%20de%20EP%20y%20Liberalizacion.pdf>

¹⁰⁰ ARROJO AGUDO Pedro, Lo Público y lo Privado en la Gestión del Agua, Dpto. de Análisis Económico de la Universidad de Zaragoza, España, pág. 20-22, disponible en: <http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/8cigpa/article/viewFile/318/pdf>

¹⁰¹ YSA Tamyko, Riesgos y beneficios de trabajar en partenariado en los gobiernos locales, IX Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Agosto, 2004, Madrid, España, 2 – 5 Nov. 2004, pág. 2, disponible en : <http://biblioteca.municipios.unq.edu.ar/modules/mislibros/archivos/0049630.pdf>

¹⁰² ARROJO Pedro, La Privatización del Agua: "transformar la necesidad social en negocio privado", AttactTV, 2012, [citado 18-04-2011], minuto 00:02:01 hasta 00:03:16, disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=gbNECENI1I0&t=0s&index=10&list=LLiYT25BferMI0B14oj77X-A>

esta manera, toca analizar este modelo de gestión el cual no resulta del todo simétrico en cuanto al asumir cargas, costes y beneficios.

En este sentido, consecuencia acorde a lo señalado por Murciano¹⁰³ se puede afirmar que por un lado, al ser un proceso de integración, donde el Estado delega la gestión de un servicio público que tiene repercusión en la sociedad, se reduce la participación del mismo y por ende su poder. Por otro lado, al ser un proceso de descentralización, las entidades que prestan servicios de necesidad primordial para la comunidad en muchos casos se han multiplicado, así también como sus competencias, debiendo entenderse que, si bien esto ha contribuido al acercamiento entre la ciudadanía y la gestión pública, también ha conllevado a que se oculten recursos dada la duplicidad de servicios.

Marc Estevea, Tamyko Ysaa, y Francisco Longoa¹⁰⁴ señalan que, la Comisión Europea distingue dos tipos de PPP:

1. Los PPP contractuales, donde las organizaciones (público-privadas) socias, tienen una relación jerarquizada en base al contrato celebrado, donde la entidad pública es quien va al mando del proyecto, así también establece los resultados que se deben obtener, financiación y las formula de la gestión. Así, el estado escoge un socio del mercado, este tipo de PPP se caracteriza por que se comparte el riesgo y los proyectos son de larga duración.
2. Los PPP institucionalizados, se exige mayor colaboración entre las organizaciones, por lo que se crea una “nueva organización” donde se fusionaran los conocimientos de ambas organizaciones, así también habrá un mayor grado de esfuerzos por parte de estas, todo ello bajo el marco de un objetivo en común. En consecuencia esta “nueva organización” debe respetar los intereses de sus fundadores. La

¹⁰³ MURCIANO, Juan et al. Redes de cooperación público-privada y partenariados: retos y pistas para su evaluación. El caso de la Iniciativa Comunitaria Equal en Andalucía. Gestión y Análisis de Políticas Públicas, [S.l.], may. 2011. ISSN 1989-8991, [18-04-2018], pág. 3, Disponible en: <<https://revistasonline.inap.es/index.php?journal=GAPP&page=article&op=view&path%5B%5D=442&path%5B%5D=488>>. [18-04-2018], doi:<http://dx.doi.org/10.24965/gapp.v0i4.442>.

¹⁰⁴ ESTEVEA Marc, YSAA Tamyko, y LONGOA Francisco, La generación de innovación a través de la colaboración público-privada, Revista Española en Cardiología. 2012;65:835-42 - Vol. 65 Núm.09 DOI: 10.1016/j.recesp.2012.04.007, [18-04-2018], pág. 837, disponible en: http://appswl.elsevier.es/watermark/ctl_servlet?_f=10&pident_articulo=90150857&pident_usuario=0&pcontactid=&pident_revista=25&ty=170&accion=L&origen=cardio&web=www.revespcardiol.org&lan=es&fichero=25v65n09a90150857pdf001.pdf&anuncioPdf=ERROR_publi_pdf

característica primordial de este tipo de PPP es que existe una relación de pares entre las organizaciones. Conforme a lo señalado, para un mayor entendimiento, la tabla N° 01 establece las principales diferencias entre PPP según el cuadro realizado por Marc Estevea contractuales e institucionalizados:

Partenariados público-privados contractuales	Partenariados público-privados institucionalizados
Basados en relaciones jerárquicas	Requieren la creación de una nueva organización (normalmente en la esfera del derecho privado)
La organización pública determina los objetivos del contrato a implementar por el contratista	Objetivos más generales que la nueva organización debe generar
Relación jerárquica entre las organizaciones públicas y privadas: relación principal-agente (comprador-productor)	Los actores públicos y privados se relacionan como pares: estructura organizativa más plana, en red
Ejemplo: concesiones	Ejemplo: empresa mixta

Tabla N° 01

Comparación entre partenariados público-privados contractuales e institucionalizados¹⁰⁵

¹⁰⁵ Cuadro realizado por ESTEVEA Marc, YSAA Tamyko, y LONGOA Francisco, La generación de innovación a través de la colaboración público-privada, revista española en Cardiología. 2012;65:835-42 - Vol. 65 Núm.09 DOI: 10.1016/j.recesp.2012.04.007, pág. 837, disponible en: http://apps.wl.elsevier.es/watermark/ctl_servlet?_f=10&pident_articulo=90150857&pident_usuario=0&pcontactid=&pident_revista=25&ty=170&accion=L&origen=cardio&web=www.revespcardiol.org&lan=es&fichero=25v65n09a90150857pdf001.pdf&anuncioPdf=ERROR_publi_pdf

A este punto, es necesario señalar que la iniciativa del Pacto Mundial de la ONU respecto a la Responsabilidad Social Empresarial conforme plantea Miguel Chamochin¹⁰⁶, donde se establecen ciertos principio universalmente aceptados, siendo los Objetivos de Desarrollo Sostenibles (en adelante ODS) N° 12 para Garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles¹⁰⁷. Por lo que, en el caso de los servicios de agua y saneamiento, al resultar un elemento tan vital para la vida de los hombres y los pueblos, de existir participación de la empresa privada en su gestión, requiere un alto nivel de diligencia en la observación de estándares que permitan garantizar la satisfacción de los derechos humanos y orientarlo al desarrollo sostenible.

2.6. EL DERECHO AL AGUA EN EL PERÚ:

2.6.1. RECONOCIMIENTO DESDE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

En el fundamento 21 del Exp. N.º 06534-2006-PA/TC, el TC se pronunció respecto a las obligaciones del Estado con los individuos en tanto beneficiarios del derecho al agua potable y los requisitos que debe cumplir la prestación de servicio que debe poseer la prestación de servicio para satisfacer este derecho: acceso, calidad y suficiencia

“Sin la presencia de estos tres requisitos, dicho atributo se vería desnaturalizado notoriamente al margen de la existencia misma del recurso. No se trata, pues, de proclamar que el agua existe, sino de facilitar un conjunto de supuestos mínimos que garanticen su goce o disfrute por parte del ser humano o individuo beneficiario”¹⁰⁸.

Según la sentencia STC 06534-2006-PA/TC, el Tribunal constitucional (en adelante TC) parte por reconocer que el derecho al agua potable implica fundamentalmente un

¹⁰⁶ CHAMOCHIN Miguel , Parteneriado Público Privado para el desarrollo: la universalización de la energía, Cuadernos de Energía 49, setiembre 2016, V.V.A.A., Club Español de la Energía, Deloitte y Garrigues, [18-04-2018] , pág. 29, disponible en: http://www.enerclub.es/frontNotebookAction/Biblioteca_/Publicaciones_Enerclub/Cuadernos/CE_N49

¹⁰⁷ Para Chamochin, la sostenibilidad, según el informe Brundtland de 1987, hace referencia a una idea de desarrollo que no implique sacrificar la posibilidad de que las futuras generaciones puedan satisfacer sus necesidades también. CHAMOCHIN Miguel, Parteneriado Público Privado para el desarrollo: la universalización de la energía, Cuadernos de Energía 49, setiembre 2016, V.V.A.A., Club Español de la Energía, Deloitte y Garrigues, [18-04-2018] , pág. 27, disponible en: http://www.enerclub.es/frontNotebookAction/Biblioteca_/Publicaciones_Enerclub/Cuadernos/CE_N49

¹⁰⁸ Sobre lo expuesto en el Exp. N.º 06534-2006-PA/TC, Fundamento 21, caso: Santos Eresminda Távara Ceferino, disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/06534-2006-AA.pdf>

derecho prestacional por lo que para concretarlo requiere que el Estado lo promueva¹⁰⁹. El TC resalta su vinculación del derecho al agua potable con otros derechos fundamentales, indicando que además de ser un elemento que posibilita la existencia y calidad de vida de los seres humanos, es condición de posibilidad de otros derechos, como el derecho a la salud, al medio ambiente, al trabajo, por lo que sin este elemento no es posible que el individuo pueda satisfacer sus necesidades básicas e incluso aquellas que permiten la mejora de sus condiciones de vida.¹¹⁰

2.6.2. LA INCORPORACIÓN DEL DERECHO AL AGUA POTABLE EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ:

En segunda votación, el pleno de congreso de la república aprobó el proyecto de ley que incorpora el derecho de acceso al agua potable en la Constitución Política del Perú. De esta manera, a través de la Ley N° 30588, publicado en el diario oficial El Peruano el jueves 22 de junio de 2017, se reconoce que el agua potable es un derecho fundamental para el desarrollo de una vida digna, que es un bien público estratégico del Estado, y que este tiene la obligación de protegerlo.

En la primera legislatura ordinaria de 2016 - 21.ª Sesión (matinal)¹¹¹- llevada a cabo el jueves 01 de diciembre de 2016, bajo la presidencia de la señora Luz Salgado Rubianes, del señor Richard Acuña Núñez y de la señora Luciana Milagros León Romero, se puso a debate la Ley de reforma constitucional que reconoce el derecho de acceso al agua potable.

Entre los parlamentarios que hicieron uso de la palabra se tiene a:

- Los parlamentarios de la bancada de Fuerza Popular (en adelante FP): Torres Morales, Melgarejo Páucar, Monterola Abregu, Schaefer Cuculiza, López Vilela, Reátegui Flores y Torres Morales.
- Los parlamentarios de la bancada de Frente Amplio (en adelante FA): Arana Zegarra, Glave Remy, Foronda Farro.
- Los parlamentarios de la bancada de Alianza Para el Progreso (en adelante APP): Narváez Soto, Ríos Osca y Donayre Gotzch,

¹⁰⁹ Ibídem Fundamento 18.

¹¹⁰ Ibídem

¹¹¹ Disponible en:

[http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/DiarioDebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/05256D6E0073DFE90525807D000E6F5D/\\$FILE/PLO-2016-21.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/DiarioDebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/05256D6E0073DFE90525807D000E6F5D/$FILE/PLO-2016-21.pdf)

- Los parlamentarios de la bancada de Peruanos por el Cambio (en adelante PPK): Violeta López y Dávila Vizcarra.
- Los parlamentarios de la bancada Partido Aprista Peruano (en adelante PAP): Velásquez Quesquén.

De esta manera, se procederá a extraer las declaraciones de los congresistas que participaron en 21° sesión, para realizar el análisis y así poder entender la finalidad de la Ley de reforma constitucional que reconoce el derecho al agua potable como derecho constitucional.

Respecto a los puntos más importantes de las declaraciones del congresista Torres Morales (FP), tenemos:

“Lo cierto es que, más que para crear un derecho, lo hacemos hoy para reconocer un derecho inherente a la dignidad humana, uno que está escrito de manera expresa e indubitable en nuestra Constitución Política: me refiero al derecho de las personas a tener acceso al agua potable en forma progresiva y universal.

(...)

No es justo que los peruanos más pobres, quienes tienen menos recursos, paguen diez veces más por litro de agua que el precio que pagan los que sí tienen una conexión y, lógicamente, mayores ingresos.

(...)

El agua es un recurso escaso y esencial para la vida. En las últimas décadas genera conflictos sociales por su inequitativa distribución y su uso irracional.

(...)

Esta modificatoria compromete a la sociedad en su conjunto y en especial al Estado. Debemos trabajar y materializar el acceso al agua potable para todos los peruanos, de modo que sea una prioridad en la agenda política del país.

(...)

El rol del Estado debe ser más visible en esta materia. Las decisiones y formulaciones políticas públicas deben permitir un acceso seguro a este recurso.

(...)

*Implica priorizar el consumo humano del agua sobre otros usos*¹¹²

Referente a lo señalado por el congresista Torres Morales, se advierte que reconoce que el Estado procura brindar el servicio de agua potable, este no abastece las necesidades de todos los peruanos, así también, se propone que el precio para el acceso a tal servicio debe ser de acuerdo a los ingresos de la población, precisando que el consumo humano está por encima de otros usos.

Respecto a los puntos más importantes de las declaraciones de la congresista Arana Zegarra (FA):

*“Rindo homenaje aquí a los guardianes de las lagunas que trajeron una iniciativa legislativa al Congreso en febrero del 2012, pidiendo que se constitucionalice el derecho humano al agua y, además, que se reconozca el hecho de que han sido los pueblos.”*¹¹³

Por su parte la congresista Arana Zegarra, resalta el hecho de que no solo se procura el servicio de agua sino también el cuidado de las lagunas pertenecientes a pobladores indígenas.

Respecto a los puntos más importantes de las declaraciones de la congresista Glave Remy (FA):

“La propuesta que tenemos entre manos reconoce cuatro aspectos que creo que son fundamentales: el primero es que reconoce el derecho al agua potable de manera progresiva y universal. ¿Qué quiere decir esto? Quiere decir que el Estado debe garantizar el derecho al agua a todos y a todas como una política de Estado con metas de corto, mediano y largo

¹¹² Diario de debates, primera legislatura ordinaria de 2016 - 21.ª sesión (matinal), 01 de diciembre de 2016, [en línea 20.06.18] pág. 42, disponible en: [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/DiarioDebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/05256D6E0073DFE90525807D000E6F5D/\\$FILE/PLO-2016-21.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/DiarioDebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/05256D6E0073DFE90525807D000E6F5D/$FILE/PLO-2016-21.pdf)

¹¹³ Diario de debates, primera legislatura ordinaria de 2016 - 21.ª sesión (matinal), 01 de diciembre de 2016, [en línea 20.06.18] pág. 44, disponible en: [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/DiarioDebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/05256D6E0073DFE90525807D000E6F5D/\\$FILE/PLO-2016-21.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/DiarioDebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/05256D6E0073DFE90525807D000E6F5D/$FILE/PLO-2016-21.pdf)

plazo. Pero la progresividad también supone que el abastecimiento y el acceso tienen que mejorar en calidad, no solo en cantidad.

(...)

Un segundo aspecto de este proyecto que me parece fundamental, es que no solo nos hemos quedado en reconocer el derecho al agua potable de los peruanos y peruanas, sino que estamos reconociendo que el agua es un recurso estratégico y un patrimonio de la nación, y que por tanto es un bien del Estado que debe ser protegido.

(...)

Un tercer aspecto del proyecto reconoce y plantea la necesidad de que el manejo del recurso hídrico sea sustentable, que sea sostenible;

(...)

Nuestra propuesta recoge señalamientos y observaciones generales de Naciones Unidas, que ya dijeron desde el año 1995, pero con mayor precisión en el año 2012, que el derecho al agua es un derecho fundamental de todas las personas en el marco del Pacto de derechos económicos, sociales y culturales que hemos firmado.”¹¹⁴

La finalidad de la reforma constitucional está orientada a la gestión del recurso hídrico por parte del Estado, se reconoce que existen entidades que prestan el servicio de agua potable sin embargo dicho servicio no es de calidad, lo cual implica que, no basta con proporcionar el recurso sino que este sea de calidad para el consumo humano. Por otro lado, resalta la gestión sustentable del mismo, dado que, el recurso hídrico es de importancia para generaciones futuras, todo ello en base a los acuerdos y tratados ratificados por el Estado Peruano.

Respecto a los puntos más importantes de las declaraciones del congresista Monterola Abregu (FP):

¹¹⁴ Diario de debates, primera legislatura ordinaria de 2016 - 21.ª sesión (matinal), 01 de diciembre de 2016, [en línea 20.06.18] pág. 45, disponible en: [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/DiarioDebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/05256D6E0073DFE90525807D000E6F5D/\\$FILE/PLO-2016-21.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/DiarioDebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/05256D6E0073DFE90525807D000E6F5D/$FILE/PLO-2016-21.pdf)

“No obstante, debemos mencionar una gran diferencia: mientras que el aire se encuentra de manera natural en todas partes, el agua es un recurso natural valioso que puede ser materia de acaparamiento, de comercialización y especulaciones.

(...)

En nuestras manos se encuentra el establecer los límites para evitar que se comercie con la vida misma, y es por este motivo que la Constitución —como contrato social de todos los hombres con el Estado que establece los parámetros normativos que regulan todas las actividades en una nación— debe señalar de forma clara que el agua no es un bien comercial, que el agua no es un bien acaparable y que el Estado peruano defiende y defenderá a la persona humana como prioridad ante el comercio y ante otras actividades como la minería, y sabrá racionalizar la distribución justa para sus diferentes usos.

(...)

entre los objetivos de desarrollo sostenible al 2030 se tiene como objetivo número 6 garantizar la disponibilidad del agua, su gestión sostenible y saneamiento para todos.”¹¹⁵

Manifiesta que efectivamente existen problemas respecto a la distribución del recurso hídrico y la comercialización del mismo, por lo que, una de las finalidades de la ley de reforma constitucional que reconoce el derecho al agua es regular las actividades de la Nación donde se usa al agua como bien comercial.

Respecto a los puntos más importantes de las declaraciones del congresista Narváez Soto (APP):

“si no generamos masas boscosas en estas cuencas que permitan aprovechar la época de lluvia para que el bosque, a través de sus raíces que actúan como esponjas, mantenga el agua y después pueda filtrar este

¹¹⁵ Diario de debates, primera legislatura ordinaria de 2016 - 21.ª sesión (matinal), 01 de diciembre de 2016, [en línea 20.06.18] pág. 46, disponible en: [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/DiarioDebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/05256D6E0073DFE90525807D000E6F5D/\\$FILE/PLO-2016-21.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/DiarioDebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/05256D6E0073DFE90525807D000E6F5D/$FILE/PLO-2016-21.pdf)

recurso importante a las cuencas no solamente en más volumen sino también con mejor calidad. El Estado tiene que asumir esta tarea ya.”¹¹⁶

De conformidad a lo señalado en párrafos superiores, el agua no es solo para satisfacer necesidades en el presente sino para evitar su escasez para generaciones futuras, por lo que las políticas del gobierno de turno deben estar orientadas no solo a salvaguardar el recurso hídrico sino a gestionar y hacer efectivos proyectos que involucren la creación de cuencas o reservorios.

Respecto a los puntos más importantes de las declaraciones de la congresista Foronda Farro (FA):

“Hablamos de la conservación del agua de los manantiales, de los puquiales, de los lagos, de las lagunas; hablamos de la calidad del agua de los océanos a los que corresponden más del 80% del agua.”¹¹⁷

Respecto a los puntos más importantes de las declaraciones del congresista Dávila Vizcarra (PPK):

“Presidente, justamente para aunarme a esta propuesta sobre el derecho al agua que tenemos todos los peruanos. Y son dos sectores importantísimos: primero, los peruanos, la población en general; y segundo, los agricultores.”

Sobre los puntos más importantes de las declaraciones de la congresista Violeta López (PPK)

“no basta con que digamos que es un derecho de alcance progresivo. Tiene que haber voluntad política para dar verdaderamente agua a los peruanos. Por tanto, tenemos que apoyar al actual Gobierno en lo que viene desarrollando.

(...)

¹¹⁶ Diario de debates, primera legislatura ordinaria de 2016 - 21.ª sesión (matinal), 01 de diciembre de 2016, [en línea 20.06.18] pág. 47, disponible en: [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/DiarioDebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/05256D6E0073DFE90525807D000E6F5D/\\$FILE/PLO-2016-21.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/DiarioDebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/05256D6E0073DFE90525807D000E6F5D/$FILE/PLO-2016-21.pdf)

¹¹⁷ Diario de debates, primera legislatura ordinaria de 2016 - 21.ª sesión (matinal), 01 de diciembre de 2016, [en línea 20.06.18] pág. 48, disponible en: [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/DiarioDebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/05256D6E0073DFE90525807D000E6F5D/\\$FILE/PLO-2016-21.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/DiarioDebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/05256D6E0073DFE90525807D000E6F5D/$FILE/PLO-2016-21.pdf)

posponer el registro de asistencia y votación de este proyecto de reforma constitucional, porque aparentemente los congresistas han salido del hemiciclo por diversos motivos o están declarando en los pasillos, y la votación es calificada.”¹¹⁸

La primera votación realizada el 01 de diciembre del 2016 se aprueba la reforma, por 94 votos a favor, ningún voto en contra y ninguna abstención. Mientras que en la sesión siguiente de fecha 08 de junio del 2017 se vuelve a someter a votación la ley de reforma con 100 votos a favor ningún voto en contra y ninguna abstención, entre las participaciones más resaltantes se tienen las siguientes:

El señor Violeta López **(PPK)** *“Nuestro país, que no se ha desarrollado de manera planificada, enfrenta los siguientes retos: más del 95% de las aguas dulces de nuestro territorio está en la cuenca amazónica; solamente el 3,5% está en la cuenca del Titicaca y el 1,5% está en la cuenca del Pacífico, en donde habitamos más del 75% de la población total.” “La escasez del recurso hace que sea absolutamente necesario tener una regulación que establezca la prioridad del consumo humano en materia de agua.”*

Si bien, la mayoría de congresistas hacen hincapié sobre el derecho al agua potable como derecho fundamental para el disfrute de otros derechos, el parlamentario Arana Zegarra (FA), señala:

“...hace muchos años vamos siendo más conscientes de la importancia del agua como derecho, no solo el agua como mercancía como muchos pretenden en su afán de privatizar todos los bienes naturales comunes. En ese sentido, ya se ha debatido sobre esta modificación constitucional que apunta a que tengamos un avance en materia de reconocimiento de acceso al agua como derecho constitucional. Sin embargo, en esa misma línea de avance esperamos encontrar una noción mucho más profunda del derecho al agua en general, no solo del derecho al agua potable.”

¹¹⁸ Diario de debates, primera legislatura ordinaria de 2016 - 21.ª sesión (matinal), 01 de diciembre de 2016, [en línea 20.06.18] pág. 56, disponible en: [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/DiarioDebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/05256D6E0073DFE90525807D000E6F5D/\\$FILE/PLO-2016-21.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/DiarioDebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/05256D6E0073DFE90525807D000E6F5D/$FILE/PLO-2016-21.pdf)

“Por ejemplo, las municipalidades de San Pablo y de San Miguel de Cajamarca han pedido protección de las fuentes naturales de las lagunas del Alto Perú. Reitero, la funesta sentencia del Tribunal Constitucional ha preferido favorecer el interés privado de la Minera Yanacocha por encima del derecho de proteger más de 300 lagunas en las cabeceras de cuenca de la provincia de San Pablo.”

“Creo que hay necesidad de ratificar esta reforma, dejando el antecedente de que debemos avanzar para reconocer el agua en general como un derecho constitucional, de tal manera que no se les prive a los pueblos que el agua, en general, es fuente de vida, es parte de su cultura, es parte de su espiritualidad, que garantiza la vida de todos los seres vivos. Cuando tengamos una conciencia ambiental mucho más desarrollada, esperamos que eso pueda suceder; y hemos planteado desde el Frente Amplio el reconocimiento en general del agua como un derecho constitucional, no en el sentido restrictivo de solo agua potable.

Siendo este proyecto un avance en nuestra Carta Constitucional, vamos a respaldarlo con el voto. No es todo lo que quisiéramos, pero ayuda en el camino del reconocimiento de derechos fundamentales de nuestra ciudadanía.”

La señora Luz Salgado Rubianes, resalta la visita de las comunidades campesinas *“Antes de seguir dando el uso de la palabra, saludamos la visita de los dirigentes de la Comunidad Campesina Muchik Santa Catalina de Chongoyape, Área de Conservación Comunal de Chaparri, de la provincia de Chiclayo, en el departamento de Lambayeque, los que se encuentran en la galería del hemiciclo, acompañados de la congresista María Elena Foronda”*. Evidenciándose el interés por parte de las comunidades indígenas sobre la constitucionalización del derecho al agua no solo para asegurar la accesibilidad, calidad y cantidad sino la protección frente a la inversión privada.

Frente a la visita de estas comunidades congresistas como el señor Monterola Abregu (FP) indica *“El agua segura no tiene que estar expuesto a la comercialización.”* o el señor Galván Vento (FP) sostiene *“dejo en claro que muchas comunidades campesinas y muchos pobladores no estamos siendo beneficiados con el agua por el problema de la concesión del agua que se le viene dando a las empresas mineras y a las empresas hidroeléctricas. Desaparecen las fuentes Ojos de Agua, lo que perjudica a nuestra*

población. También debemos considerar esta situación, para priorizar el uso del agua por las personas naturales.”

Resulta necesario conocer a qué se tiene derecho cuando se invoca un derecho fundamental, según Cesar Landa “el contenido de un derecho debe entenderse como todas aquellas facultades que una persona puede realizar al amparo de un derecho en cuestión”¹¹⁹. Por lo que, al haberse incorporado recientemente el derecho al agua potable en la Constitución Política del Perú, es importante se determine su contenido constitucionalmente protegido, para que las personas conozcan qué conductas pueden realizar o exigir de otros a partir de este derecho fundamental.

2.7. CONTENIDO CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO:

Para Pietro Sanchís el contenido esencial (contenido constitucionalmente protegido) de un derecho fundamental debe precisar con relación a cada derecho de manera específica. Para Robert Alexy, al no existir una teoría preestablecida sobre el contenido esencial, debe determinarse mediante la ponderación. Para el Tribunal Constitucional Español, se puede determinar el contenido esencial de un derecho fundamental de dos formas complementarias: acudir a la naturaleza jurídica y identificar los intereses jurídicamente tutelados para su protección real y efectiva¹²⁰.

Figueroa Gutarra, señala que el Tribunal Federal alemán, desarrolló la idea de contenido esencial a partir de Ley Fundamental de 1949, en tanto señaló que un Estado no puede afectar el “contenido esencial” de los derechos de sus ciudadanos¹²¹. De esta manera el Tribunal Federal Alemán, desarrolla de manera más completa el contenido constitucionalmente protegido al afirmar que es un núcleo inderogable que coexiste con otros adicionales¹²².

¹¹⁹ LANDA ARROYO, Cesar; Los derechos fundamentales, Primera edición, Fondo editorial PUCP, 2017, Lima, pág. 14.

¹²⁰ Citado por SALAZAR LAYNES, Juan, El contenido esencial de los derechos constitucionalmente protegidos, Revista Foro Jurídico N° 8, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008, Lima, pág. 143, disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/viewFile/18503/18743>

¹²¹ FIGUEROA GUTARRA, Edwin, Contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental: Reglas para su determinación, pág. 2, disponible en: <https://edwinfigueroa.files.wordpress.com/2014/08/contenido-constitucionalmente-prottegido-pdf.pdf>

¹²² FIGUEROA GUTARRA, Edwin, Óp. Cit. Pág. 3

Según Figueroa Gutarra¹²³: Nuestro Código Procesal Constitucional se apega a la tesis que el contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental proyecta dos ámbitos:

- El primero representa la tutela directa, inmediata y presta de un derecho fundamental
- El segundo, entendiéndose como aquello que no necesita tutela.

Por lo tanto la tutela de un derecho fundamental es la protección del ámbito más importante y relevante de dicho derecho.

Respecto al artículo 38 del Código Procesal constitucional, según Figueroa Gutarra “la norma positiva aludida se divide en dos grandes segmentos de análisis: aquellos derechos que carecen de sustento constitucional directo, en un primer ámbito, y la referencia a que el proceso de amparo no esté referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo”¹²⁴.

“6. Que, la determinación del contenido constitucionalmente protegido de un derecho requiere, básicamente: (1) Verificar que existe una norma de derecho constitucional pertinente para el caso (es decir, una interpretación válida de disposiciones que reconocen derechos constitucionales)”.

Es decir conforme indica el Tribunal Constitucional¹²⁵ se debe encontrar una norma que reconozca el derecho fundamental que se invoca, ya sea en la Constitución, en los instrumentos del derecho internacional de los Derechos Humanos, jurisprudencia del Tribunal Constitucional o en la jurisprudencia supranacional vinculante para el Estado peruano, luego se fijan las interpretaciones y/o significados que se desprenden, pudiendo reconocerse realmente el derecho invocado. Ello no quiere decir que solo se tutelén derechos reconocidos de manera expresa, el artículo 3 de la Constitución Política del Perú reconoce los derechos fundamentales no enumerados por lo que al invocarse derechos no reconocidos expresamente se deberá vincular mediante la interpretación el derecho que se invoca y plasma en la demanda con lo dispuesto en el presente artículo.

¹²³ Ibídem, pág. 4-5

¹²⁴ FIGUEROA GUTARRA, Edwin, Código Procesal Constitucional, Gaceta Jurídica, Lima, 2015, Pág. 425.

¹²⁵ Sobre lo expuesto en el Exp. N° 02988-2013-PA/TC, fundamento 6, Lima, caso: Edmundo Cesar Coicochea Alvarado, disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/02988-2013-AA.pdf>

El TC¹²⁶ indica que se debe analizar la pretensión y los hechos descritos, si estos se encuentran en el ámbito de protección del derecho invocado así también es necesario acreditar la titularidad del derecho, y la relación jurídica de derecho fundamental.

“(2) Constatar que el demandante se beneficie de la posición jurídica amparada por la norma iusfundamental encontrada. Es decir, luego de analizado el ámbito protegido del derecho (...).

(3) Finalmente, debe verificarse que la afectación o restricción cuestionada incida en el ámbito protegido por el derecho invocado, cuando menos de modo preliminar o prima facie, es decir, sin necesidad de ingresar a analizar el fondo del caso”¹²⁷.

Según el TC¹²⁸ se pretende descartar los casos que revistan una afectación aparente, es decir si bien se afectan ciertos intereses del actor, ello no forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado.

2.8. DERECHO AL AGUA POTABLE COMO DERECHO FUNDAMENTAL EN EL PERÚ

El Tribunal Constitucional ha reconocido con anterioridad el derecho al agua como derecho fundamental¹²⁹ a través de la cláusula de derechos no enumerados del artículo 3 de la Constitución, sin embargo, al haber sido desarrollado a través de la jurisprudencia constitucional motivó a que el Congreso apruebe una Ley de reforma constitucional que lo incorpora expresamente al texto constitucional¹³⁰.

Como advertimos anteriormente, en los fundamentos 21° de la sentencia N° 06534-2006-AA¹³¹, el TC advirtió que el derecho al agua debe de satisfacerse garantizando el acceso, la calidad y la suficiencia del recurso. Esto debería llevar a que el Estado debe asegurar: la salvaguarda del recurso hídrico en base a lineamientos orientados ,por ejemplo, a partir de su relación con el derecho a la salud; debe garantizar una adecuada

¹²⁶ Ídem

¹²⁷ Exp. N° 02988-2013-PA/TC, fundamento 6, Lima, caso: Edmundo Cesar Coicochea Alvarado

¹²⁸ Exp. N° 02988-2013-PA/TC, fundamento 6, Lima, caso: Edmundo Cesar Coicochea Alvarado.

¹²⁹ Exp N° 2064-2004-AA/TC y del Exp. N° 6534-2006-PA/TC

¹³⁰ LLACSAHUANGA, Richard y Juan Carlos DÍAZ COLCHADO, Mesa Temática N°2: El derecho fundamental al agua. Presentación, 09 de octubre de 2017. Pág. 2. Disponible en: themis.pe/wp-content/uploads/2017/09/Mesa-2.docx

¹³¹ Sobre lo expuesto en el Exp. N° 06534-2006-PA/TC, Lima, caso Santos Eresminda Távara Ceferino, disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/06534-2006-AA.pdf>

gestión del recurso y debe existir una entidad encargada de su supervisión con independencia ¹³²

En el fundamento 22° el Tribunal Constitucional estableció que el Estado debe garantizar las condiciones que permitan acercar a los destinatarios al recurso hídrico, lo que puede realizar directa o indirectamente (por ejemplo, a través de concesionarios. Para ello, debe cumplir con ciertas condiciones: a) garantizar la existencia del agua, las instalaciones y servicios cerca al lugar donde las personas realizan sus principales actividades (residencia, trabajo, estudios, etc.), b) garantizar que aquellas sean plenamente accesibles económicamente para cualquier persona, solo permitiéndose una diferenciación en términos de mejora o especialización del servicio cuando su habilitación requiera una mayor inversión, c) por lo que no se admite ningún tipo de discriminación cuando se debe garantizar las condiciones de igualdad en el suministro del agua, debiendo el Estado prestar especial atención a los sectores más vulnerables, y d) por último, debe desarrollar una política de promoción de información sobre la necesidad de protección del agua como recurso natural y su uso.

Por lo que el Estado creará, ya sea directa o indirectamente, las condiciones necesarias para que las personas tengan acercamiento a fuentes de agua potable, ello no quiere decir que todas las personas tengan este servicio en sus hogares, sino que las fuentes de agua potable se encuentren próximas a estas, según la OMS debe ser a una distancia no mayor a 1 000 metros del hogar, siendo el tiempo necesario para su búsqueda no mayor a 30 minutos¹³³. Según el Comité sobre los DESC de la ONU, se debe hacer la diferencia entre accesibilidad física y accesibilidad económica. La primera, se refiere a que debe accederse al recurso en cantidad suficiente y aceptable dentro o en la proximidad inmediata a cada casa, institución educativa o laboral. Por su parte, la accesibilidad económica consiste en que las personas tengan la capacidad económica de acceder al recurso, las instalaciones y servicios, así como que los gravámenes relacionados con la seguridad del recurso deben ser razonables ¹³⁴.

En el fundamento 23 de la referida sentencia, el TC advierte sobre la calidad. Esto significa que se debe garantizar en plenitud las condiciones de salubridad y mantener en condiciones óptimas el servicio y las instalaciones en tanto al ser indispensable para la

¹³² SORIANO OSORIO, Claudia, Yancy JACOBO y Juan NUÑEZ, Óp. Cit. Pág. 27.

¹³³ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, Óp. Cit.

¹³⁴ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Comité sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N. 15.

vida resulta inaceptable que ésta pueda poner en peligro la vida, salud o seguridad de las personas. Para ello, debe adoptar medidas de prevención para evitar la contaminación o que puedan resultar perjudiciales en tanto recurso natural, así como el deterioro natural y tomar acciones cuando sea necesario sustituir las instalaciones o servicios por otros que permitan ofrecer un servicio igual o mejorar los estándares de calidad.

Al respecto, el Comité sobre los DESC de la ONU ha señalado que el agua para uso personal o doméstico debe estar libre de microorganismos, químicos o peligros radiológicos que puedan amenazar la vida o la salud de las personas; asimismo debe garantizar que posea un color, gusto olor aceptable¹³⁵. El Estado debe remitirse a las guías para la calidad del agua potable emitidas por la OMS, las cuales contienen los criterios y opiniones oficiales del sistema de las Naciones Unidas sobre temas relacionados a la calidad del agua y la salud.

Conforme indica el Sistema Nacional de Información Ambiental¹³⁶, el concepto de “Calidad de Aguas” se asociaba al agua apta para el consumo humano, pero a raíz del desarrollo y expansión de asentamientos humanos por todo el Perú, el concepto de calidad de agua se ha ampliado; en la actualidad la calidad del agua para el consumo humano no es la misma que para el riego de cultivos, es decir existe un sin número de actividades humanas donde se utiliza el agua, por lo que el uso en una actividad particular puede no ser apta para otro, no existiendo “un criterio único de calidad para cualquier fin”.

Según el Sistema Nacional de Información Ambiental, para los usos importantes y comunes del agua, se considera de buena calidad si posee los siguientes requisitos respecto a las concentraciones bajo diversos parámetros físico-químicos:

- a) *“Físicos: sabor y olor, color, turbidez, conductividad, temperatura.*
- b) *Químicos: pH, O₂, saturación de oxígeno, sólidos en suspensión, cloruros, sulfatos, nitratos, fosfatos, amoniacos sulfuros, hierro, manganeso, metales pesados, gases disueltos como dióxido de carbono, etc., DBO₅, DQO.*
- c) *Biológicos:*

¹³⁵ DÍAZ MUÑOZ, Oscar, Óp. Cit. Pág. 8.

¹³⁶ SISTEMA NACIONAL DE INFORMACIÓN AMBIENTAL, Monitoreo de la calidad de agua de los ríos en el Perú, disponible en: <https://www.sinia.minam.gob.pe/tematica/parametros-calidad-agua-dulce> (visitado 07.11.2017)

- *Bacterianos (presencia de bacterias coliformes, indicadoras de contaminación fecal y otras como Salmonellas, etc.); presencia de virus.*
- *Comunidades de macroinvertebrados bentónicos: son indicadores de buena calidad del agua en función de las especies más o menos tolerantes a la contaminación que aparezcan”.*¹³⁷.

Es necesario entender la importancia de asegurar la calidad del agua, sobre todo en entornos “menos desarrollados” toda vez que en estos países, un alto número de enfermedades son transmitidas mediante el agua¹³⁸.

El fundamento 24 de la referida sentencia, se refiere a la suficiencia. La suficiencia alude a que el recurso debe brindarse en cantidades adecuadas que permitan satisfacer sus necesidades básicas así como aquellas referidas a sus usos personales y domésticos, enfatizando aquellos ligados a la salud, por lo que debe garantizarse que sea brindado en cantidades que permitan satisfacer las exigencias básicas de las personas.

Según el Comité sobre los DESC, la suficiencia, también llamada disponibilidad, se trata, de garantizar a las personas que el agua potable les sea suficiente para su uso personal y doméstico y para prevenir enfermedades. Esos usos ordinariamente incluyen su consumo, la preparación de alimentos, el higiene personal y familiar, lavado de ropa, saneamiento personal¹³⁹. En este sentido, al ser un derecho humano tan importante, debe prestarse especial atención a que se preste el servicio en cantidades suficientes especialmente a aquellas comunidades que se encuentren en situación de pobreza, pues esto puede poner en peligro su propia existencia y desarrollo; así su desatención puede acarrear una serie de conflictos políticos en el orden nacional e internacional¹⁴⁰.

2.9. PROBLEMAS Y POSIBILIDADES DE LA TUTELA JURISDICCIONAL DEL DERECHO AL AGUA POTABLE EN EL PERÚ:

Como se ha establecido en la Sentencia recaída en el Exp. N° 1671-201, expedido por la Sala Constitucional de Lambayeque, la intervención del juez constitucional requiere la

¹³⁷ SISTEMA NACIONAL DE INFORMACIÓN AMBIENTAL, Óp. Cit.

¹³⁸ Citado por SORIANO OSORIO, Claudia, Yancy JACOBO y Juan NUÑEZ, Óp. Cit. Pág. 25.

¹³⁹ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Comité sobre los derechos económicos, sociales y culturales, Observación General N. 15

¹⁴⁰ Citado por Citado por SORIANO OSORIO, Claudia, Yancy JACOBO y Juan NUÑEZ, Óp. Cit. Pág. 25

identificación del contenido constitucionalmente protendido, por lo que en su fundamento segundo sostiene:

“Si se vulnera el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental, es exigible la tutela urgente del juez constitucional. Sin embargo, si se vulnera dicho derecho en sus contenidos no esencial o adicional, las pretensiones deben ser declaradas infundadas o improcedentes”.

Para a Ferrajoli, las garantías deben entenderse como mecanismos que permiten que se asegure la eficacia de los derechos”¹⁴¹ En este sentido, la reciente incorporación el artículo 7-A en la Constitución Política del Perú, ha generado que se empiecen a presentar las primeras demandas de amparo que reclaman al estado la tutela de este derecho humano. Un caso reciente, es la demanda de amparo presentada por Katia Gilvonio, Marisa Glave y José Antonio De Echave con el Ministerio de Energía y Minas contra el acto administrativo que aprueba el Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Ariana autorizando la construcción de una planta de procesos metalúrgicos, un depósito de relaves e instalaciones auxiliares. Los demandantes alegan que dicho proyecto viola el artículo 7-A (derecho al agua), el artículo 2.22 de la Constitución (disfrutar de un medio ambiente equilibrado), y el artículo 7 (derecho a la salud) de la Constitución Política del Perú, en tanto colocan en peligro los ecosistemas de las lagunas Huancash, Pucrococha y Shiusha en la cuenca del Río Rimac, de donde deriva el agua que se transporta para el consumo de los ciudadanos de Lima y el Callao, e incluso pone en riesgo futuro proyecto Marca V que trasvasaría en un futuro el agua potable hacia Lima al aportar estas lagunas agua al río Carispaccha¹⁴².

En dicho caso, se está solicitando la tutela del derecho al agua en lo referido a las garantías del acceso para el consumo humano en un espacio donde habita fundamentalmente población urbana. Sin embargo, la cuestión se complica, si agregamos otras variables y exploramos otras situaciones problemáticas que afectan a otros grupos humanos y que se producen en espacios fundamentalmente rurales.

Por ejemplo, pese a que el artículo 7-A ha sido introducido en la Constitución Política del Perú ha sido introducido en el año 2017, hasta la fecha persisten los pasivos

¹⁴¹ Ídem.

¹⁴² INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL (IDL), “Litigio constitucional en defensa del agua potable de Lima”, 31 de mayo de 2019. Disponible en: <https://idl.org.pe/litigio-constitucional-en-defensa-del-agua-potable-de-lima/>

ambientales de operaciones minera e hidrocarburíferas, daños que se han generado en algunos casos antes de dicho reconocimiento pero que siguen generando contaminación a las fuentes de agua de comunidades y poblaciones indígenas. Por lo que el Estado poco o nada ha hecho para revertir esta situación de vulneración colectiva de derechos, como el derecho a la salud, por lo que además de no tener acceso a la atención de salud adecuada para atender la afectación por metales tóxicos, no cuentan con el acceso al agua potable apta para consumo humano¹⁴³.

Uno de estos casos es el de Chiriaco (2016), en donde se produjo una fuga de 3000 barriles de petróleo perjudicando a los niños que fueron contratados de manera negligente para labores de limpieza, así como a 243 personas que se identificaron fueron expuestas a este elemento sin protección. En el mismo sentido se puede hablar de Cuninico (2014), donde ocurrió un derrame similar de casi 3000 mil barriles de petróleo; sin embargo los casos emblemáticos son los de las cuencas de los ríos Corrientes, Marañón, Pastaza y Tigres los cuales llevan más de 40 años siendo expuestos a sustancias tóxicas producto de los derrames¹⁴⁴.

Es así como, frente a la violación de la consulta previa y la afectación de otros derechos relacionados con el derecho al agua de los pueblos indígenas en el Perú, el 19 de agosto de 2019, se firma el Pacto de Unidad de las Organizaciones Nacionales Indígenas, en el marco del Día Internacional de los Pueblos Originarios, el cual en lo que respecta a las demandas relativas a su derecho humano al agua señalan lo siguiente:

“11. RESPALDAMOS Y EXIGIMOS al Estado el cumplimiento efectivo de la primera sentencia que declara la NULIDAD de 127 concesiones mineras, predios agrícolas y derechos de agua dados a terceros SIN CONSULTA PREVIA dentro de la Comunidad Tres Islas (Madre de Dios), y que ordena descontaminación, reparación del hábitat; atención de la salud y agua segura.

12. EXIGIMOS que se convierta en POLÍTICA PÚBLICA: la NULIDAD de actos inconsultos, como las concesiones mineras, lotes petroleros, licencias de agua y otros; la RESTITUCIÓN colectiva de los territorios despojados; la

¹⁴³ Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica, “Pueblos indígenas en el Perú: Falta mucho para lograr el ejercicio pleno de sus derechos”, 09 de agosto de 2019. Disponible en: <http://www.caaap.org.pe/website/2019/08/09/pueblos-indigenas-en-el-peru-falta-mucho-para-lograr-el-ejercicio-pleno-de-sus-derechos/>

¹⁴⁴ “¿El Estado peruano cumple los derechos de los pueblos originarios?”, Portal Web CoperAcción, 23 de octubre de 2018. Disponible en: <http://cooperacion.org.pe/el-estado-peruano-cumple-los-derechos-de-los-pueblos-originarios/>

descontaminación, reparación de pasivos e impactos ambientales; la atención de la salud y la garantía de agua y alimentación segura.

13. Así por ejemplo, exigimos la NULIDAD (y no sólo la suspensión o paralización temporal) de las concesiones mineras inconsultas, cuya imposición violenta ha causado muertos y heridos, y criminalización de dirigentes, como Conga, Tía María, Cañariaco, y las demás. Igualmente, exigimos la nulidad del Lote 64 y demás lotes petroleros establecidos sin consulta previa; la reparación de los derrames, la descontaminación de aguas y suelos, y la atención de la salud”.

De esta manera, ante los actos de entidades públicas o privadas, que vulneren el derecho al agua de estas comunidades, el amparo surge como la vía idónea para obtener tutela de sus derechos, sin embargo, ¿qué opciones tenemos frente a la inercia del Estado de no desarrollar las políticas públicas necesarias para garantizar este derecho? Es por ello que exploraremos dos figuras, la acción de amparo y la inconstitucionalidad por omisión.

2.9.1. ACCIÓN DE AMPARO

El amparo protege el contenido constitucional de los derechos fundamentales, por lo que conforme indica Castillo Córdova “todo derecho fundamental puede llegar a tener niveles diferentes de contenido, los cuales se corresponden por su importancia a rangos normativos diferentes”¹⁴⁵.

La finalidad de la acción de amparo es ofrecer una tutela urgente ante la violación del contenido esencial de un derecho fundamental, para Castillo Córdova tal agresión supone impedir o postergar la obtención de bienes que posibiliten adquirir algún grado de perfeccionamiento humano¹⁴⁶.

El artículo 200 inciso 2 de la Constitución Política del Perú, dispone que la acción de amparo es una garantía constitucional que procede en defensa de los derechos reconocidos por la Constitución, con excepción de los derechos protegidos por el hábeas corpus y por el hábeas data. Por lo que solo la interpretación constitucionalmente correcta del derecho al agua potable como derecho fundamental estaría protegida por el amparo.

¹⁴⁵CASTILLO CÓRDOVA, Luis, El contenido constitucional de los derechos fundamentales como objeto de protección del amparo, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, ISSN 1138-4824, núm. 14, Madrid (2010), pp. 89-118, pág. 112. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3331524.pdf>

¹⁴⁶ Ibídem, pág. 113.

Al estar ante un Estado Constitucional de Derecho la cobertura de la acción de amparo se va haciendo cada vez más compleja, ampliando su ámbito de protección. Es por ello que conforme a la propuesta señalada por Gerardo Eto Cruz¹⁴⁷, se puede clasificar el proceso de amparo según la materia precisando lo siguiente: Que, si bien, la acción de amparo está orientada a proteger un derecho de contenido constitucional directo, así como su contenido constitucionalmente protegido, lo que propone esta tipología es identificar ciertos contenidos fundamentales en determinados segmentos del ordenamiento jurídico. De esta manera, frente a la constitucionalización del derecho penal, civil, laboral, tributario, administrativo, etc. Podemos encontrar las siguientes modalidades de amparo: administrativa, judicial, laboral, tributario, previsional, ecológico o ambiental (en el cual nos centraremos), económico o electoral.

Si bien el la acción de amparo ha sido un medio para generar una serie de importantes efectos en la protección y reconocimiento de los derechos en el Perú, existen situaciones que aún hay que superar. En este sentido, si bien la acción de amparo se presenta como aquella herramienta para tutelar la protección del ecosistema y sus componentes, cuando comunidades campesinas o pueblos indígenas han recurrido a la justicia, el Juez no llega a analizar el fondo de las acciones de amparo, en palabras de Ruiz Molleda “*Cada vez que una comunidad presenta una demanda de amparo pidiendo protección de sus derechos ante el Poder Judicial, una práctica recurrente de los demandados, sea el Estado o las empresas mineras, es interponer una excepción de falta de legitimidad para obrar. Tal como acaba de ocurrir con el amparo presentado por la comunidad de Chocamarca, de Aymaraes, Apurímac, contra la Autoridad Nacional de Agua, por otorgar permiso de agua de manantiales de la comunidad, en favor de la minera Southern Perú.*”¹⁴⁸ En este sentido, debe recalarse que el artículo 89 de la Constitución dice que se reconoce la existencia legal como personas jurídicas a las comunidades campesinas y nativas, por lo que no puede limitarse su derecho a acceso a la justicia entre otros por cuestiones puramente formales como que estén inscritas en Registros Públicos, es decir que por meras trabas administrativas se limitan a las comunidades el acceso a los mecanismos de tutela de derechos. Pese a que el Tribunal Constitucional ha

¹⁴⁷ETO CRUZ Gerardo, Una propuesta de tipologías de amparo en el Perú, en: Tipos de Amparo en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional por materia, titulares del derecho, origen del acto lesivo y efectos de sus sentencias, Gaceta Jurídica, Lima, 2014, pág. 9-36.

¹⁴⁸ RUIZ MOLLEDA Juan Carlos, La legitimidad para obrar de las comunidades campesinas para presentar demandas de amparo, Miércoles, 21 de Agosto de 2019, La Ley, disponible en: https://laley.pe/art/8423/la-legitimidad-para-obrar-de-las-comunidades-campesinas-para-presentar-demandas-de-amparo?fbclid=IwAR19aMt9W9tzxKoV_OrwSPOftbAqZCHyDV52yeXUdIF8gF_IPsrb8OGLM

precisado en la STC Nro. 04611-2007-AA, fs. 22 ha reconocido que su existencia no depende de “inscripción o formalidad alguna”, se evidencia no solo el desconocimiento por parte de los abogados sino también por parte de los jueces, dado que estas excepciones de falta de legitimidad para obrar prosperan.

2.10. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS OMISIONES LEGISLATIVAS:

Cuando hablamos de una omisión en derecho, suele confundírsela una figura similar como es la “laguna”, por lo cual es necesario establecer una distinción como la que realiza Mortati: la omisión legislativa se refiere a la abstención respecto a lo prescrito en la Constitución, por lo que resulta en un incumplimiento de una obligación, así en tanto acto de voluntad negativo se diferencia de la lagunas en tanto estas pueden producirse de modo involuntario¹⁴⁹. Para el autor, las omisiones son el resultado de un acto volitivo, es decir, el incumplimiento sería análogo a un acto de negación. Sin embargo, Víctor Bazán, establece como los rasgos distintivos de ambas figuras, la relevancia y la previsión de las situaciones que constituyen la omisión, de esta manera, uno de los principales rasgos de las lagunas es que son situaciones que no han sido previstas constitucionalmente¹⁵⁰. De esta manera las omisiones legislativas se comprenden como la deliberada inacción del legislador frente a un deber constitucional, como aquellos derivados del reconocimiento de derechos que exigen para su eficacia ser desarrollados legislativamente.

Habiendo establecido esta distinción, podemos analizar las omisiones legislativas – como plantea María Villota, desde el punto de vista teórico y práctico. Así señala, que en el primer sentido se puede afirmar que las omisiones legislativas se pueden producir porque los operadores desconocen la supremacía de la Constitución y evaden su cumplimiento desatendiendo los fines del Estado Constitucional y Social de Derecho. En la otra dimensión, se refiere a los rol que juega el órgano de control de

¹⁴⁹ AHUMADA, Ángeles, “El Control de Constitucionalidad de las Omisiones Legislativas”, Revista del Centro de Estudios Constitucionales Núm. 8. Enero-Abril 1991, pp. 169-194. Pág. 170. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1050867.pdf>

¹⁵⁰ BAZÁN, Víctor, Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales, Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 2014. Pág. 123.

constitucionalidad y la responsabilidad del Estado frente a los particulares por dichas omisiones¹⁵¹.

De esta manera, al existir disposiciones constitucionales que imponen el deber de desarrollar su contenido en sede legislativa, su incumplimiento, por un lado, resulta especialmente visible respecto a los derechos que corresponden al modelo de “Estado Social de Derecho”, que requieren la acción estatal para la eficacia de derechos como los denominados Derechos Económico, Sociales y Culturales y por el otro, dicha condición ha generado el rediseño de determinadas instituciones del derecho procesal constitucional, como es el control de constitucionalidad (antes planteado contra las acciones legislativas) o los procesos de amparo. De esta manera, como plantea Gómez Puente, las omisiones legislativas han dejado de ser cuestiones meramente políticas (como han sido considerados el problema de la “efectivización” de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales) toda vez que “la teoría de la inactividad se construye a partir de un deber jurídico positivo de obrar”¹⁵².

Como apuntamos anteriormente, las omisiones legislativas en cuanto incumplimiento de un deber constitucional expreso o tácito, se relaciona estrechamente con el principio de supremacía constitucional, infringiéndolo en tanto las disposiciones constitucionales tienen un carácter normativo por lo que observancia es obligatoria y vinculante¹⁵³. De esta forma es que se ha planteado la posibilidad de declarar dichas omisiones como inconstitucionales con los mismos mecanismos que otrora solo permitían regular las acciones legislativas como el control de constitucionalidad (recaído sobre normas legales incompatibles con la constitución). Como señala María Villota, para que se produzca una declaración de inconstitucionalidad por omisión, se debe constatar que existe una disposición constitucional que exige que el legislador actúe positivamente evidenciándose el silencio de este, o que actuando, se haya regulado incompletamente, constatando su inercia por silencio violando un precepto constitucional de manera expresa o implícita¹⁵⁴.

¹⁵¹ VILLOTA, María, “El control de constitucionalidad a las omisiones legislativas en el contexto del Estado social de derecho”, Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Vol. 42, No. 117, 2012, pp. 455-479. Pág. 468-469. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/rfdcp/v42n117/v42n117a06.pdf>

¹⁵² BAZÁN, Víctor, Óp. Cit. Pág. 101.

¹⁵³ GONZÁLEZ GARCETE, Juan Marcelino, Jaime Alfonso CUBIDES CÁRDENAS y María Paula SANTOFIMIO DÍAZ, “La inconstitucionalidad por omisión legislativa: a escena la omisión legislativa convencional”, Iustitia N° 13, 2015, pp. 177-216. Pág. 180. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5979042.pdf>

¹⁵⁴ VILLOTA, María, Óp. Cit. Pág. 473.

Siendo que la posibilidad de ejercer un control judicial ante las omisiones legislativas, tiene su fundamento en términos generales la violación de un precepto constitucional, lo que puede tomar diversas formas, ya sea a través de la emisión de una norma incompatible con la Constitución, con la emisión de una norma en cumplimiento parcial de un deber (omisión relativa) o el silencio del legislador (omisión absoluta). Si bien no se ha establecido expresamente la posibilidad de que el Tribunal Constitucional realice la función de control de constitucionalidad de las omisiones legislativas en la Constitución o en normas infraconstitucionales, dicho colegiado se ha referido a esta figura en diversos pronunciamientos.

En la sentencia recaída en el Expediente N° 006-2008-PI/TC, el Tribunal Constitucional desarrolla una justificación para realizar dicha función. De esta manera, en el fundamento 37 señala que producto de la evolución del Derecho Procesal Constitucional comparado, se ha podido identificar que existen omisiones legislativas susceptibles de ser objeto de control en sede judicial a) cuando transcurrió un periodo razonable y el órgano legislativo no ha cumplido con emitir la norma que exige la Constitución; b) cuando existe un precepto “claro” que obliga a legislar; y c) la posibilidad de superar la inercia del legislador a través de los actos del órgano judicial.

Del mismo modo ha señalado que esta función, si bien no tiene un fundamento normativo, se legitima a través de la práctica del control de constitucionalidad que ha realizado a lo largo de los años, la cual afirma, ha sido de colaboración con el órgano legislativo, ello se ve expresado por ejemplo a través de las sentencias interpretativas y exhortativas las cuales han servido para alertar al legislador respecto a que sus acciones pueden incurrir en supuestos de inconstitucionalidad¹⁵⁵. Esto con el fin de poder afrontar los posibles cuestionamientos respecto a la legitimidad para realizar dicha función en el marco de la división de poderes.

2.11. EL DERECHO AL AGUA EN EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO: CONSTITUCIONES DE ECUADOR Y BOLIVIA

Hugo Tortora¹⁵⁶ explica que el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano se opone o rivaliza contra el colonialismo, por un lado para que el Estado pueda alcanzar una

¹⁵⁵ Expediente N° 006-2008-PI/TC, Fundamento 38.

¹⁵⁶ TÓRTORA ARAVENA Hugo, Los derechos sociales en el nuevo constitucionalismo latinoamericano, Revista de Derechos Fundamentales - UNIVERSIDAD VIÑA DEL MAR - N° 13 (2015), pág. 112-113, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5605954.pdf>

independencia respecto a otros Estados y por otro se puedan reconocer los derechos de grupos relegados como son las minorías culturales ante la indiferencia respecto a su participación en temas políticos, jurídicos y económicos.

Para Gargarella y Courtis estas constituciones buscan “cómo solucionar la desigualdad social”¹⁵⁷. Para dar cara a los problemas de naturaleza política y de participación el Nuevo Constitucionalismo latinoamericano hace uso de herramientas que propiciarán la inclusión social, la participación ciudadana e igualdad.

Hugo Tortora las agrupa en “tres grandes categorías: (1) aquellas que operan en el proceso constituyente (previas a la Constitución), (2) aquellas de carácter normativo que se encuentran establecidas en el texto constitucional y, por último, (3) las que buscan hacer operativa la Carta Fundamental, por tanto, que operan durante la vigencia de la Constitución.”¹⁵⁸ En la búsqueda de la participación popular se establecen procesos participativos para que la ciudadanía pueda expresar su pluralidad, siendo multiculturalidad una característica de los países latinoamericanos. Como son la constitución de Bolivia y Ecuador.

Viciano y Martínez, señala que este tipo de constituciones “tienen un “denominador común” que sería la “necesidad de legitimar la voluntad social de cambio mediante un intachable proceso constituyente de hechura democrática”.¹⁵⁹ Hoy en día, no se puede negar que vivimos en un país pluricultural, por lo que el factor pluricultural debe ser tomada en cuenta al momento de que el Estado establezca las políticas públicas, debiendo implementarse o reestructurarse los canales democrático donde podrán participar activamente.

Por último, para Pedro Salazar Ugarte “las Constituciones del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano rompen políticamente con la tradición constitucional predominante en occidente y se distinguen por cuatro rasgos formales: su originalidad; su amplitud (tienen un articulado extenso); su complejidad (aunque tienen un lenguaje asequible y simbólico son técnicamente complejas); su pronunciada rigidez

¹⁵⁷ Citado por TÓRTORA ARAVENA Hugo, Los derechos sociales en el nuevo constitucionalismo latinoamericano, Revista de Derechos Fundamentales - UNIVERSIDAD VIÑA DEL MAR - N° 13 (2015), pág. 112-113, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5605954.pdf>

¹⁵⁸ Citado por ibídem. Pág. 114

¹⁵⁹ SALAZAR UGARTE Pedro, El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano (una perspectiva crítica). En: LR González Pérez, & D. Valadés, El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo, pp. 345-387. Pág. 354. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3271/22.pdf>

(para garantizar el predominio del poder constituyente soberano sobre los poderes constituidos).”¹⁶⁰

Su originalidad al incorporar nuevos conceptos como son el sumak kawsay y los derechos de la naturaleza (pachamama), si bien son significantes novedosos el significado con el que cargan es amplio encerrando toda una cosmovisión, siendo complejos no solo al interpretarlos sino también al aplicarlos, y la ciudadanía al participar en los procesos constituyentes y producto de ello impregnar los textos constitucionales se debe asegurar su esfuerzo a través de Constituciones rígidas.

2.11.1. CONSTITUCIÓN DE ECUADOR

Desde 1999 al 2007 se han producido el derrocamiento de tres gobiernos en Ecuador, debido a “una institucionalidad política y administrativa deslegitimada por su incapacidad para garantizar las condiciones mínimas de vida y trabajo dignos (la credibilidad del congreso Nacional descendió hasta un 6%), unos partidos políticos carenes de toda representatividad social, un sistema de justicia controlado por el poder político y económico (los procesos contra los banqueros causantes de la crisis se estancaron), entre otros aspectos representaron la ruptura del pacto social... hacia menos de tres décadas, ya habían dado como resultado una sociedad profundamente fracturada, que no se reconocía como un todo dinámico y orgánico en su rica diversidad ancestral y cultural políticamente desorientada “¹⁶¹

Tras tomar posesión el 15.01.2007 Rafael Correa, a través de un decreto convoca a la población para que participe en una consulta popular para decidir respecto a la factibilidad de realizarse una Asamblea (Decreto No. 2). Es así, que con fecha 15.04.2007 se llevó a cabo la Asamblea, arrojando un resultado favorable a la Constituyente de 81,72%.¹⁶²

En su gran mayoría conforme indica el Carter Center “los asambleístas entrevistados por el Centro Carter (tanto de PAIS como de los bloques de minoría) coincidieron en señalar que el derecho al agua y los derechos de la naturaleza son aspectos centrales del nuevo proyecto de Constitución. Ambos derechos estarían dando un carácter pionero al

¹⁶⁰Ibidem. Pág. 355

¹⁶¹Asamblea Nacional de la república de Ecuador, La Constitución de Montecristi, un sueño colectivo, el cambio hacia el buen vivir, pág. 16-17, disponible en: https://issuu.com/direccion.comunicacion/docs/memorias_asamblea_constituyente pág. 16

¹⁶²The Carter Center, Informe sobre la Asamblea Constituyente de la República del Ecuador, pág. 5, disponible en: https://www.cartercenter.org/resources/pdfs/peace/americas/Informe_Final_AC_-_Centro_Carter_distribuido.pdf

nuevo texto respecto a otros marcos constitucionales.”¹⁶³ Al llevarse a cabo un proceso constituyente, la población entrevistada manifestó su deseo para que aspectos como el derecho al agua y la visión indígena del buen vivir sean plasmadas a nivel constitucional. Dado que este proceso constituyente tuvo como antecedentes, movimientos de gran envergadura por parte de la población entorno al recurso hídrico.

2.11.1.1. EL DERECHO AL AGUA EN LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA:

El inciso 1 del artículo 3° de la Constitución de Ecuador establece que la garantía del derecho al agua es uno de los deberes primordiales del Estado. Siendo exigible por cuanto sirve de base para el desarrollo de los demás derechos. Pero estos derechos ha de interpretarse a la luz del “buen vivir”, siendo que, en el numeral 5 del artículo 3° se establece que dentro el Plan Nacional de Desarrollo de Ecuador se debe procurar “*la erradicación de la pobreza, la promoción de un desarrollo sustentable y la redistribución equitativa de los recursos y la riqueza, para acceder al buen vivir*”. Resaltando la cosmovisión de “*buen vivir*” bajo la cual se desarrolla comunidad ecuatoriana.

Sin embargo, como anotamos anteriormente, la particularidad de las Constituciones del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, no es plantear únicamente un modelo alternativo de desarrollo, sino que ha ido más allá reconociendo el estatus de sujeto de derechos a la naturaleza. De esta manera, en el artículo 10° de la Constitución de Ecuador reconocen que los derechos consagrados en la Constitución recaen no solo a las personas (individuo) sino que también en las “*comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos*”. Aunado a ello, es en el artículo 10 donde se especifica el nuevo status de la naturaleza al señalar que “*será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución*”.

Entonces, podemos observar, que el artículo 10 de la Constitución de Ecuador reconoce a la naturaleza como sujeto de derechos pero solo de aquellos derechos que se encuentran reconocidos a nivel constitucional. Por lo que pasare a mencionar los artículos donde se especifican los derechos que ostenta la naturaleza en Ecuador.

En el capítulo segundo se encuentran establecidos los derechos del “buen vivir”, en la sección primera se encuentran los derechos relacionados al agua y la alimentación. El derecho al agua como derecho fundamental se encuentra regulado de manera precisa en

¹⁶³ídem.

el primer párrafo del artículo 12, consagrándolo como un derecho irrenunciable, que conforma parte del patrimonio de la Nación “*estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida*”. No se puede prohibir que el ser humano haga uso del agua para su supervivencia y por ende no se puede prohibir que el Estado haga uso del agua para el bienestar de la Nación. Sin embargo, dicho uso debe encontrarse enmarcado dentro de los parámetros que plantea el “*buen vivir*”.

La Constitución ecuatoriana, reconoce también el derecho a un ambiente ecológicamente equilibrado como garantía del buen vivir. Así en el artículo 14° establece que este ambiente debe garantizar “*la sostenibilidad y el buen vivir, sumak kawsay*”. Por lo que, el vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado pasa a ser de interés público, así señala el párrafo segundo del artículo 14:

Se declara de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados”.

En el artículo 15° se establece que el Estado debe promoverá la sostenibilidad ambiental respecto al uso de tecnologías y que la búsqueda de soberanía energética, no deberá afectar el derecho al agua. Por otro lado, en el artículo 32° se vincula de manera explícita el derecho al agua con el derecho a la salud en tanto este último se encuentra íntimamente vinculado con los derechos del buen vivir.

Agustín Grijalva señal que “basado en relaciones interculturales igualitarias que redefinan y reinterpreten los derechos constitucionales y reestructuren la institucionalidad proveniente del Estado Nacional”¹⁶⁴ el Estado ecuatoriano debe asegurar espacios de debate y deliberación democráticos sobre temas que afecten a las , comunas y pueblos indígenas, para asegurar la participación intercultural, basados en un principio de igualdad. Conforme se aprecia del artículo 57 incisos 6 y 7. Es así que el inciso 6 versa sobre la participación a través del “*uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras*” siendo principal una participación activa de estas poblaciones por ser afectados directos. Así

¹⁶⁴ GRIJALVA JIMÉNEZ Agustín, Constitucionalismo en Ecuador, Corte Constitucional para el Período de Transición, Pensamiento Jurídico Contemporáneo N.º 5, Quito, 2011, pág. 93, disponible en: http://bivicce.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblo/texto/Constitucionalismo/Constitucionalismo_en_Ecuador.pdf

también, el inciso 7 establece que para que el Estado haga uso de los elementos ubicados en las tierras de la población, comunas o comunidades indígenas deberá realizar una consulta previa, la cual se caracterizara por ser: *”libre e informada, dentro de un plazo razonable, realizado de manera obligatoria y oportuna por las autoridades competentes”* que deberá realizarse cuando el Estado este buscando realizar planes o programas de *“prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables”* e implique no solo una afectación ambiental sino también una afectación cultural. Aunado a ello, una vez establecido el plan o proyecto a realizar los afectados podrán *“participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen.”*

El capítulo sexto se denomina “Derechos de libertad” refiriéndose en el artículo 66 numerales 1 y 2 a la vida, debiendo entenderse no solo como el fundamento y la condición de posibilidad de todos los derechos, sino también la protección de una vida digna, puesto que, si los derechos más básicos no son satisfechos no se puede reproducir la vida.

Así también, en el artículo 66 si bien se reconocen y garantizan una serie de derechos, esto no significa que se justifica al momento de materializarse el detrimento hacia la sociedad y ambiente, conforme se evidencia en su inciso 15 y 27. En el inciso 15 del artículo 66 señala que los principios rectores al momento de desarrollar actividades económicas son el de solidaridad, responsabilidad social y responsabilidad ambiental. Debiendo entenderse el principio de responsabilidad ambiental en conjunto a lo dispuesto por el inciso 27 del artículo 66 al enunciar que, todos tienen derecho a vivir en un ambiente saludable, que se encuentre libre de contaminación y que este ecológicamente equilibrado, debiendo evidenciarse una situación de armonía para con la naturaleza.

Es decir, no solo la búsqueda de la armonía de las relaciones entre los ciudadanos, sino debe existir una armonía en la relación ser humano – naturaleza, el ser humano capitalista sale de la centralidad, la finalidad ya no es el lucro, se consagra el principio de “armonía con la naturaleza”, la naturaleza ya no se concibe como recursos naturales. Por ende, al vivir en armonía con la naturaleza, existen deberes que asume el individuo frente a la conservación y cuidado de la naturaleza, es así que se observa en el artículo 83 incisos 3 y 6 de la Constitución Ecuatoriana los deberes de los ciudadanos ecuatorianos:

“3. Defender la integridad territorial del Ecuador y sus recursos naturales. (...)”

6. Respetar los derechos de la naturaleza, preservar un ambiente sano y utilizar los recursos naturales de modo racional, sustentable y sostenible.”

Los derechos de la naturaleza a los que hace mención el artículo 10 de la Constitución de Ecuador, se encuentran establecidos principalmente en los artículos 71° al 74°. Así el artículo 71° establece el derecho de que los ciclos vitales de la Pachamama o la naturaleza sean respetados, aunado a ello también se proclame el respeto a su *“existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos”*. Evidenciándose el enfoque ecocéntrico, no se habla más de recurso sino se ve a la naturaleza en conjunto. Sin embargo, la naturaleza no puede ejercer por sí sola el respeto a sus derechos, por lo que en el segundo párrafo del artículo 71 de la Constitución de Ecuador extiende esta exigibilidad a *“toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad”*. Por último, establece que dentro de las políticas del Estado de Ecuador se deberá incluir programas de incentivos dirigidos a toda la población (*personas naturales, jurídicas, y colectivos*), cuya finalidad es promover la protección y respeto de la naturaleza y de los elementos que la conforman. Debiendo entenderse a la naturaleza como un todo, donde el ocasionar daño a uno de sus elementos provoca un daño en cadena en todo el ecosistema.

Ahora, ello no significa que el ser humano no pueda realizar su vida en la naturaleza o que el Estado pueda hacer uso de esta, se debe tener en cuenta que la consagración de estos derechos tienen como finalidad evitar el uso abusivo por parte del Estado y de la población, es por ello que el artículo 72° establece el deber de restauración de la naturaleza, diferenciándolo de las indemnizaciones que deberán pagar los responsables por daños a ecosistemas de lo que dependen individuos o colectivos; es decir la naturaleza debe regenerarse y para ello necesita tiempo sin embargo ante casos donde el Estado y/o personas naturales y jurídicas hayan ocasionado un daño grave o permanente no solo deberán restaurar la naturaleza sino además indemnizar a los colectivos e individuos que *“dependan de los sistemas naturales afectados”*. Por último, el Estado intervendrá ante tal situación para *“eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas”*.

El *sumak kawsay* como principio posee una carga valorativa que representa la multiculturalidad, si bien es criticada en cuanto a cómo debe ser definida, la

constitución ecuatoriana brinda elementos para poder entender su significado, conforme estipula el artículo 275 del texto constitucional ecuatoriano que, el desarrollo del Estado debe ser organizado, dinámico donde confluyen “*sistemas económicos, políticos, socio-culturales y ambientales*”, y sostenible, teniendo como marco el buen vivir del *sumak kawsay*. Por ende, el desarrollo del país, ha de ser planeado asegurando el ejercicio de los derechos propiciando la equidad social, territorial y promover los acuerdos los cuales serán a través de una participación, “*descentralizada, desconcentrada y transparente*”, así también el desarrollo del país se realizar acorde a los objetivos del régimen de desarrollo y los principios consagrados en la Constitución. Por ultimo, enfatiza que el buen vivir implica la participación de todos (las personas, comunidades, comunas o pueblos indígenas), no solo es el reconocimiento de derechos sino implica responsabilidad, debiendo tener presente el respeto a la diversidad.

Entendiéndose como un fin del Estado que deberá ser materializado a través de la gestión pública, aplicación de nuevos mecanismos y estrategias para integrar a todos los grupos que alguna vez fueron desplazados y su visión sobre las relaciones del ser humano y el universo.

En palabras de Agustín Grijalva “En cuanto a su concepción económica, la Constitución ecuatoriana no concibe el desarrollo como contradictorio sino como estructuralmente vinculado a un modelo sustentable.”¹⁶⁵ Y en base a esa sustentabilidad es que se toma en cuenta no solo el crecimiento económico sino también la multiculturalidad, las diferencias sociales y la protección de la naturaleza (*sumak kawsay* y derechos de la naturaleza), sin embargo el crecimiento económico no es nulo, se incentiva conforme se advierte del artículo 284 numeral 2 “incentivar la producción nacional, la productividad y competitividad sistémicas” pero debe ser desarrollado de forma sustentable conforme artículo 276 numeral 4, para garantizar un acceso equitativo, por último los recursos (agua, aire y suelo) que obtendrá el ser humano debe ser de una calidad óptima.

De acuerdo a lo avanzado, se evidencia que uno de los grandes problemas y propósitos de la Constitución Ecuatoriana es poder llegar a un equilibrio, donde todos los sujetos Estado-sociedad-mercado-naturaleza lleguen a armonizar en sus relaciones. Apreciándose en el artículo 277 inciso 1 donde se garantizan los derechos de “*las*

¹⁶⁵ GRIJALVA JIMÉNEZ Agustín, Constitucionalismo en Ecuador, Corte Constitucional para el Período de Transición, Pensamiento Jurídico Contemporáneo N.º 5, Quito, 2011, pág. 74, disponible en: http://bivice.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblio/texto/Constitucionalismo/Constitucionalismo_en_Ecuador.pdf

personas, las colectividades y la naturaleza” y por otro lado el inciso 5. Que versa sobre el desarrollo y promoción de actividades económicas, buscando la armonía en las relaciones Estado-sociedad-mercado-naturaleza.

Así también, los fines del uso de la tierra son fines sociales (acceso equitativo) y ambientales (bajo principio de equidad, eficiencia y sostenibilidad ambiental), conforme establece el artículo 282 del texto constitucional ecuatoriano.

El artículo 313° establece que el Estado Ecuatoriano se encargará de la administración de los recursos estratégicos, reconociendo entre ellos al agua, por su alta incidencia en los derechos y el desarrollo social:

Sin embargo, con la finalidad de armonizar lo dispuesto en el párrafo anterior con la dimensión cultural y comunitaria del derecho al agua, que se desprende de los principios del buen vivir, en el artículo 318° reconoce que el agua es primordial para la vida humana y para la naturaleza, y al ser un elemento esencial para la vida no concibe que sea privatizada, por ende la gestión del agua podrá realizarse además de las entidades estatales, de personas jurídicas comunitarias, por ultimo si se pretende dar uso al agua en pos de fines productivos, es el estado quien deberá su autorización.

El capítulo segundo se denomina “Biodiversidad y recursos naturales” y posee un apartado específico para referir al agua. Así, la sección sexta incluye dos artículos referidos a la gestión, conservación y manejo del agua, así como criterios de priorización respecto a su uso y los fines generales de la autoridad a cargo de la gestión del agua.

2.11.2. BOLIVIA

Según Jorge Benavides Ordóñez¹⁶⁶ A partir del año 2000, las manifestaciones de movimientos indígenas por los recursos naturales, ocasionaron que para el año 2005 se consoliden como una fuerza política para que Evo Morales asuma la presidencia.

Uno de los movimientos indígenas que han marcado precedente es la “Guerra del Agua” en Cochabamba Carlos Crespo Flores explica las principales causas:

¹⁶⁶ BENAVIDES ORDÓÑEZ Jorge, Neoconstitucionalismo, Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano y Procesos Constituyentes en la Región Andina, lus Humani. Revista de Derecho Vol. 5 (2016), pp. 173-188. ISSN: 1390-440X — eISSN: 1390-7794, pág. 182, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5771477.pdf>

1. “Concesión de la empresa municipal de distribución de agua (SEMAPA) a un consorcio privado internacional, denominado «Aguas del Tunari»
2. La aprobación en el parlamento, de manera no consensuada, de la Ley de Servicios de Agua Potable y Alcantarillado Sanitario (octubre 1999).”¹⁶⁷

Que, la empresa concesionaria no respetase las formas en que los pueblos accedían al agua, la monopolización del recurso, la no subvención de servicios básicos, aumentos tarifarios entre otros fueron factores que intervinieron para el levantamiento de la población. Es así que, un 10 de abril del 2000 tomaron la plaza de armas alrededor de 50.000¹⁶⁸ personas.

2.11.2.1. EL DERECHO AL AGUA EN LA CONSTITUCIÓN BOLIVIANA:

Recogiendo inspiración de los movimientos de lucha contra la privatización del agua, la Constitución de Bolivia consagra en el artículo 9 inciso 6 este derecho primero como derecho humano y segundo como un bien que debe ser protegido no solo por el bienestar de la población sino en resguardo del bienestar de generaciones futuras.

No solo se debe garantizar el acceso al agua como servicio sino que debe responder a estándares de calidad y cantidad. Para evitar futuros conflictos sobre la toma de decisiones en cuanto gestión de recursos, deben existir mecanismos de dialogo para que sean tomados en cuenta todos los afectados. Y conforme, se ha visto el principal problema en cuanto a la toma de decisiones para la gestión del recurso hídrico fue no tomar en cuenta a las comunidades, comunas y pueblos indígenas, por lo que para tratar de remediar tal situación, el artículo 30 de la Constitución Boliviana establece como derechos de los pueblos indígenas, su participación en la obtención de beneficios producidos de la explotación de sus tierras (inciso 16 del artículo 30) y el derecho de gestionar, usar y aprovechar sus tierras, ello sin perjuicio de derechos adquiridos por terceros, siempre y cuando estos derechos hayan sido adquiridos legítimamente (inciso 17 del artículo 30).

¹⁶⁷ CRESPO FLORES Carlos, La guerra del agua en Cochabamba: movimientos sociales y crisis de dispositivos del poder, Debates Ambientales N° 20, 2000, pp. 59-70, pág. 60. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/153441.pdf>

¹⁶⁸ Ídem.

Una normatividad basada en el respeto de la naturaleza, en la conservación de los ecosistemas para generaciones futuras, cabe recordar que las relaciones entre el ser humano y la naturaleza son dinámicas y permanentes, pero deben desarrollarse dentro de parámetros que aseguren su desarrollo. Es así que en el artículo 33 del texto constitucional boliviano establece el derecho a un medio ambiente sano para las personas, futuras generaciones y demás seres vivos y artículo 108 estipula que se deberá proteger, defender y usar de forma sustentable los recursos naturales, para futuras generaciones (inciso 15 del artículo 108) y desarrollo de los seres vivos (inciso 16 del artículo 108).

Y es a través de las políticas públicas donde se puede asegurar que el recurso hídrico llegue en óptimas condiciones, siendo encargado exclusivamente el Estado Plurinacional de Bolivia, conforme se puede advertir de los artículos 298, 342, 348, 349, 350, 351, 352, 353 y 354. Al ser concebido como recurso de interés público y estratégico para la nación debe ser gestionado por Estado para el desarrollo del país ya sea a través de la concesión a empresas nacionales o extranjeras, no siendo óbice que el Estado a la vez gestione programas en la búsqueda de nuevas tecnologías para un desarrollo sustentable, que se lleven a cabo los procesos de consulta previa, que los afectados participen en los beneficios obtenidos.

Los monopolios y oligopolios privados u otro tipo de acuerdo que pretenda el uso exclusivo y control de bienes y servicios se encuentran prohibidos consagrándose a nivel constitucional. Dado que los recursos son de propiedad del pueblo boliviano y es el Estado el encargado de su administración.

Respecto a su organización económica, Guillermo Alexander Arévalo Luna afirma “En Bolivia se impulsó "La Nueva Política Económica" cuyo objetivo principal era lograr la estabilización como requisito para el crecimiento y justicia social”¹⁶⁹

En palabras de Carlos Vacaflores¹⁷⁰ la Constitución Boliviana establece las bases para un modelo de producción socialista, en este modelo el excedente es distribuido acorde a la necesidad social a diferencia del modelo neoliberal, se caracteriza por:

1. Es el Estado quien enmienda las falencias del mercado

¹⁶⁹ Guillermo Alexander Arévalo Luna, “Economía y política del modelo boliviano 2006-2014: evaluación preliminar”, Apuntes Del Cenes, 35(61), 147-174. Disponible en: <https://doi.org/10.19053/22565779.4152>

¹⁷⁰ Carlos Vacaflores, “La economía plural en Bolivia”, Apuntes, N° 3, 2017. Pág. 15 – 16. Disponible en: <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/bolivien/14337.pdf>

2. El Estado es un actor activo en la economía, ya sea como empresario, inversionista, planificador, benefactor, promotor, regulador y banquero.
3. La finalidad de gestionar los recursos del Estado es beneficiar a la ciudadanía.
4. El Estado pasa de ser exportador primario a industrializador y generador.
5. Impulsa tanto la demanda interna como externa
6. Reducción del endeudamiento se promueve la inversión interna
7. Se generan mayores oportunidades de empleo
8. Tiene como punto de partida la estabilidad macroeconómica

Siguiendo con Carlos Vacaflores¹⁷¹ Para que el Estado boliviano pase de ser solo u exportador de materias primas, se busca inyectar excedente del sector estratégico al sector generador de empleos e ingresos, pasando a ser un país productor e industrializado

Por ultimo en cuanto a gestión del agua se debe precisar que existen diversas fuentes de agua, por tanto, existen diferentes formas de gestión. Sin embargo, siempre se encuentran basado por Principios culturales locales. Donde la gestión del agua será dependiendo del entorno. Gestionan el recurso de acuerdo a la cosmovisión que tienen del mundo

Los artículos constitucionales que consagran el derecho al agua se encuentran establecidos en un capítulo especial titulado Recursos Hídricos el cual comprende los artículos 373° al 377°:

- Artículo 373: Reconoce el derecho al agua como derecho fundamental, cuyo uso se realizara a la luz de principios de “solidaridad, complementariedad, reciprocidad, equidad, diversidad y sustentabilidad”. Y que en cualquiera de sus estados el agua cumple funciones culturales, sociales y ambientales. No siendo admisible su privatización.
- Artículo 374: El uso primordial del agua es para con la vida, por ende el Estado debe proteger el recurso hídrico a través de una gestión sustentable orientada a su protección, para un acceso equitativo. Así también, se reconoce y protege los usos y

¹⁷¹ Ídem.

costumbres de los pueblos indígenas, reconociéndose la dimensión cultural propia de un país plurinacional.

- Artículo 375: Al destinar diferentes usos para el agua, siendo el primordial el destinado para la vida, es el Estado quien a través de su gestión deberá elaborar planes destinados a su “*uso, conservación, manejo y aprovechamiento sustentable*”, respetando los usos y costumbres de las comunidades indígenas. Los glaciales, cuencas y aguas fósiles deben ser protegidas además que, el Estado debe establecer programas para la búsqueda de nuevas fuentes como son las aguas fósiles, para su manejo y protección.
- Artículo 376: Los ríos, lagos y lagunas que conforman las cuencas hidrográficas son parte de los ecosistemas son recursos estratégicos para el estado por lo que se debe evitar ocasionarles daño y promoverá su preservación.
- Artículo 377: Reconoce la aplicación de Tratados Internacionales que hayan sido suscritos por el Estado Boliviano entorno a la protección del recurso hídrico. Además, el Estado deberá velar por el bienestar y resguardo de aguas fronterizas y transfronterizas.

2.12. LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA EN EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO: ¿EL FIN DEL PARADIGMA ANTROPOCÉNTRICO?:

Stutzin¹⁷² afirma que el valor de la naturaleza se mide bajo nuestros propios intereses. Mientras se siga viendo a la Naturaleza como un bien jurídico subordinado al ser humano, su valor, alcance, protección, contenido se encuentra condicionado a los intereses del ser humano y a la utilidad que le da. El déficit ecológico, producto del excesivo consumo de recursos por parte del hombre, ha provocado sobrepasar la

¹⁷² Citado por BADILLO SALGADO, Andrés Vicente, La judicialización de los derechos de la naturaleza en el Ecuador, Tesis para obtener el título de maestría en Estudios Socioambientales, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, FLACSO Ecuador Departamento de Desarrollo, Ambiente y Territorio Convocatoria 2011-2018, Quito 2013, pág. 12-13

biocapacidad del planeta tierra. Producto de ello cada año el consumo de recursos que la tierra puede renovar se va adelantado, conocido como Earth Overshoot Day¹⁷³.

Debiendo replantearse la visión utilitarista y capitalista que se tiene sobre la naturaleza. Fundamentándose en que la naturaleza es una mercancía, un recurso para solventar necesidades humanas, y que debe ser protegido desde una óptica científica, postulando su protección en base a que dicho recurso se puede agotar.

Para Acosta *“la Naturaleza vale por sí misma, independientemente de la utilidad o de los usos que le den los seres humanos, y esto es lo que representa una visión biocéntrica. Estos derechos no defienden una Naturaleza intocada que necesite dejar de lado el desarrollo de prácticas agrícola, como: los cultivos, la pesca o la ganadería; estos derechos más bien se poseionan en la defensa de los sistemas de vida, los conjuntos de vida”*¹⁷⁴. Al reconocer que independientemente del uso que le dé el ser humano, la naturaleza por el hecho de existir posee un valor, puesto es de importancia.

En la actualidad se ven esfuerzos de incorporar institucionalmente tal visión, como son los gobiernos de Ecuador y Bolivia, al reconocer a la Naturaleza como sujeto de derecho. Tanto las Constituciones de Ecuador y Bolivia han reconocido a la Naturaleza como sujeto de derechos destacando tal cambio por parte de ambos estados, quienes han adoptado tal enfoque partiendo desde la visión indígena de sus pueblos.

Ramírez Vélez¹⁷⁵, la inclusión de actores sociales y políticos es primordial puesto deben manifestar sus problemas, aportes y visión con la que conciben la realidad. Pueden surgir dudas respecto a la importancia de un enfoque ecocentrista proporcionado por la visión indígena de la Naturaleza, sin embargo, conforme Ramírez Vélez¹⁷⁶ plantea comprender tal visión favorece a la *“reconexión”* entre ser humano-sociedad y Naturaleza. Para Sutzin¹⁷⁷, a través de la ética para la tierra se incluyen a los suelos, agua, flora y fauna como parte del significado de tierra.

¹⁷³ El Día del Overshoot de la Tierra marca la fecha en que la demanda de la humanidad por recursos ecológicos (peces y bosques, por ejemplo) y servicios en un año dado supera lo que la Tierra puede regenerar en ese año. Seguimos aumentando este déficit liquidando el capital natural de la Tierra y acumulando desechos, principalmente dióxido de carbono en la atmósfera. <https://www.overshootday.org/>

¹⁷⁴ Citado por Andrés Vicente Badillo Salgado, Óp. Cit., pág. 21

¹⁷⁵ RAMÍREZ VÉLEZ, Pablo Mauricio, La Naturaleza Como Sujeto De Derechos: Materialización De Los Derechos, Mecanismos Procesales y La Incidencia Social En El Ecuador, Octubre 2012, Facultad Latinoamericana De Ciencias Sociales, Sede Ecuador, pág. 19-20

¹⁷⁶ Ibídem, pág. 33

¹⁷⁷ Citado Ibídem, pág. 34

2.12.1. Del antropocentrismo al biocentrismo:

En primer lugar, el antropocentrismo puede fundamentar su origen desde una perspectiva religiosa o filosófica, Salazar Ortiz y Lariz Duron explican que *“Ambas sentaron las bases de una concepción antropocéntrica que colocó a nuestra especie por encima de todas las demás, otorgándole autorización para hacer con el mundo natural lo que más conviniera a sus intereses, sin considerar el daño que esto provocaba en la naturaleza y en los organismos que en ella habitan.”*¹⁷⁸

Conforme Felipe Martín¹⁷⁹, se entiende por antropocentrismo desde una perspectiva moral como aquella teoría que coloca en el núcleo de la ética los intereses del ser humano, y la valorización de los demás seres, animales y entorno se dará desde la subjetividad del hombre. El lugar que ocupa el ser humano en el cosmos, es en el centro, se configura como la especie superior, caracterizada por su capacidad de razonar y actuar (domina a la naturaleza y demás especies). En palabras de Kortenkamp *“El ambiente solo debe ser mantenido para proporcionar calidad de vida a la especie humana, en función de la utilidad que le represente”*¹⁸⁰.

Entendiéndose, que el ser humano es la especie dominante por lo que la naturaleza y demás especies han de saciar sus necesidades, en consecuencia, el valor/utilidad de las mismas será medido en función a las necesidades del ser humano. Ya lo decía Protágoras *“el hombre es la medida de todas las cosas”*¹⁸¹. Al hablar de este hombre capitalista y el valor que le da a la naturaleza, desde la visión de Carlos Marx *“la riqueza de las sociedades en que impera el régimen capitalista de producción se nos aparece como un “inmenso arsenal de mercancías” y la mercancía como su forma elemental”*.¹⁸² El hombre extrae recursos de la Naturaleza, ingresa a un proceso de

¹⁷⁸ SALAZAR, Víctor Hugo & Juan José LARÍZ, A HERENCIA DE LA VISIÓN ANTROPOCÉNTRICA Y SU ORIGEN HISTÓRICO, OBSTÁCULO PARA EL DESARROLLO SUSTENTABLE, 20° Encuentro Nacional sobre Desarrollo Regional en México. Cuernavaca, Morelos del 17 al 20 de noviembre de 2015. AMECIDER –CRIM, UNAM. Pág. 13. Disponible en: <https://docplayer.es/90351314-La-herencia-de-la-vision-antropocentrica-y-su-origen-historico-obstaculo-para-el-desarrollo-sustentable.html>

¹⁷⁹ FELIPE MARTÍN, Vanessa, Antropocentrismo y ética ecológica, Universidad de la Laguna, España, disponible en <https://riull.ull.es/xmlui/handle/915/2941>

¹⁸⁰ Citado por SORIANO CASTRO, Bernardo, Derechos de la naturaleza; las nociones del antropocentrismo y biocentrismo en las constituciones de México y Ecuador, Universidad Autónoma De Baja California Sur, pág. 57

¹⁸¹ Protágoras, Los discursos demolidores

¹⁸² Citado por RAMÍREZ VÉLEZ, Pablo Mauricio, Óp. Cit., pág. 21

producción donde él trabaja sobre estas, son intercambiadas en el mercado y cubren necesidades humanas. Por ende, son consideradas mercancías. Se ha mercantilizado la naturaleza y los seres vivos que habitan en ella. Preponderando la visión capitalista antropocentrista de la naturaleza, puesto que es vista como una mercancía puesta para usos y disfruta del hombre.

En la actualidad, el crecimiento desmesurado de la población, el incremento de necesidades provoca un crecimiento económico irracional, provocando no solo escasez de recursos, sino alteraciones irreversibles al ecosistema¹⁸³, no siendo suficientes las medidas adoptadas por parte de los Estados para la protección de la Naturaleza. Ya afirmaba Capra, *“El hombre ha contribuido con el deterioro del ambiente por la ingobernable certidumbre que como centro vital de la existencia, le ha dado rienda suelta a su capacidad de degradación ambiental, anclado en la concepción antropocéntrica que lo erige como especie superior.”*¹⁸⁴ Nos lleva a repensar la visión con la que se toman las decisiones a nivel personal, institucional y político, por su repercusión, ante ello surge el biocentrismo/ecocentrismo.

Felipe Martin¹⁸⁵ indica que el biocentrismo surge a finales de la década de los 70, siendo Arne Naess uno de los más reconocidos representantes, Carmen Velayos¹⁸⁶ resume los principios de Naess¹⁸⁷:

- Los seres vivientes que habitan en la tierra poseen un valor intrínseco.
- El ser humano no puede dejar de lado ese valor para la satisfacción de sus necesidades.
- Si bien existe interferencia del ser humano esta no debe ser desmedida ni excesiva.

¹⁸³ En América del Sur son 25 las especies animales desaparecidas y en el mundo 79 especies de mamíferos, 23 de reptiles, 36 de anfibios y 134 de aves están extintas. Actualmente, la existencia de 1.143 mamíferos están amenazadas sobre un total de las 5.506 especies del Planeta, según evaluó la International Union for Conservation of Nature (IUCN). Según Fernanda Jara, “El #10YearChallenge más triste: las especies animales que se extinguieron en la última década”, Infobae, citado el 02.08.2019, disponible en: <https://www.infobae.com/sociedad/2019/01/19/el-10yearchallenge-mas-triste-las-especies-animales-extintas-en-la-ultima-decada/>

¹⁸⁴ Citado por EREÚ DE MANTILLA, Evelyn, “Del antropocentrismo al biocentrismo: un recorrido hacia la Educación para el desarrollo sostenible”, *Revista Agrollanía. Vol 16 (2): 20-25. 2018. Edición Especial ISSN: 1690-8066, pág. 21*

¹⁸⁵ FELIPE MARTÍN, Vanessa, Óp. Cit. Pág. 17

¹⁸⁶ Citado por Ídem.

¹⁸⁷ FELIPE MARTÍN Vanessa, Óp. Cit. Pág. 17

- Se deben propiciar factores de cambio político, económico y social para un cambio ideológico.
- Es necesario una participación activa para el cambio.

El cambio de enfoque que presenta el biocentrismo precisa no solo un cambio de actitud del ser humano sino la perspectiva con la que él se concibe a la naturaleza repercutiendo en cambio estructurales en la política e instituciones de un Estado.

Como crítica se plantea que se estaría frente a una mera creencia y/o mito, en palabras de Martín Mateo “*la integración de la lógica de la naturaleza en la regulación de las conductas humanas constituye para muchos espíritus sensibles de hoy más una creencia — desprovista de elementos metafísicos— que un imperativo racional; esta supuesta novedad se entroncaría con antiguos valores, dogmas y mitos humanos*”¹⁸⁸. No es acaso una creencia aquel “firme asentimiento y conformidad con algo”¹⁸⁹ nuestro sistema jurídico está basado en creencias la propia evolución de nuestras instituciones jurídicas se basa en creencias, nosotros creemos en el poder de la constitución como norma suprema, caso contrario dicho poder se deslegitimaría.

Las constituciones actuales sobre las que se fundamenta el modelo del Estado Constitucional de derecho contienen una serie de aspiraciones las cuales han sido introducidas como principios y fines por lo que es posible identificar que esta asuma compromisos derivados de creencias respecto a lo que resulta deseable como sociedad y los deberes que debe asumir el Estado.

Para ilustrar el papel de las creencias en un Estado de Derecho siguiendo a Paul Khan “*El estado de derecho como una formación cultural existe en el uso que hace el individuo de sus categorías y conceptos en su experiencia. Las creencias y prácticas del derecho son, entonces, constitutivos del individuo al mismo tiempo que sostienen a la comunidad política.*”¹⁹⁰ Evidenciando que la propia idea de Estado de Derecho encierra un conjunto de creencias.

¹⁸⁸ Citado por FOY VALENCIA, Pierre. Óp. Cit. Pág. 487

¹⁸⁹ Real Academia Española disponible en: <https://dle.rae.es/?id=BDmkp0F>

¹⁹⁰ Magdalena Holguín, El Análisis Cultural del Derecho de Paul Kahn: Algunos Interrogantes Teóricos, UNA Revista de Derecho Vol. 3: 2018, pp. 139, disponible en: <https://una.uniandes.edu.co/images/volumen3/3.-Holgun-V3-publicacin.pdf>

Presentándose una desconexión entre el hombre y la naturaleza, Lord Ashby, afirma si bien el ser humano se ha reconectado, reconciliado o identificado con él, este aún debe reconciliarse con tres aspectos:

- *solucionar la creciente escasez de recursos;*
- *moderar la demanda de recursos energéticos y materias primas; y*
- *la del hombre con los otros hombres.*¹⁹¹

Dicha reconciliación aún no se ha dado, si bien existen intentos para que el hombre comprenda la magnitud de sus actos y sus consecuencias, la comunidad científica¹⁹² y sus innumerables investigaciones no han producido el cambio esperado. Jouvenal se preguntaba *“si para corregir los errores en que incurrimos por nuestro modo de pensar, no deberíamos devolver a los ríos la jerarquía de personas que se les atribuía en los tiempos paganos”*¹⁹³. No cabe duda que la idea de que la naturaleza pueda ser considerada sujeto de derechos pueda hacernos pensar que estamos ante un retroceso, sin embargo, ante los acontecimientos acaecidos en detrimento de la naturaleza, el pensamiento de reconocer a la naturaleza como sujeto de derecho se va reforzando.

Ello no significa que se deba ver manera negativa el avance tecnológico, la crítica radica en la relación hombre naturaleza, mientras que esta relación sea vertical, quien seguirá perjudicándose será la naturaleza y los seres que habitan en ella. Gudynas¹⁹⁴ explica que:

Al reconocerse los derechos de la naturaleza se reconocen:

- El ciclo vital de las especies, el cual se desarrolla conforme esta se desenvuelva en su entorno.
- El aprovechamiento de la tierra, no debe propiciar la destrucción de estos ciclos vitales ni la extinción de las especies. En consecuencia debemos reajustar la

¹⁹¹ Citado por FOY VALENCIA, Pierre. Óp. Cit. Pág. 486

¹⁹² Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, IPCC (Intergovernmental Panel on Climate Change) en su Cuarto Informe de Evaluación del Panel Intergubernamental sobre Cambio Climático, disponible en: https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/02/ar4_syr_sp.pdf

¹⁹³ Citado por FOY VALENCIA, Pierre. Óp. Cit. Págs. 486-487.

¹⁹⁴ NARANJO RIVAS Mónica Patricia, Derechos de la Naturaleza y la Gestión de la Defensoría del Pueblo de Ecuador, Tesis para Obtener el Título de Maestría en Estudios Socioambientales, JULIO, 2016, pp. 15, disponible en: <http://hdl.handle.net/10469/10206>

forma en que intervenimos y damos uso de la tierra reajustándolo a los “*ritmos de la naturaleza*”.

Lo que se pretende es propiciar una relación horizontal para asegurar el respeto a la naturaleza.

El Perú es participe en un considerable número de tratados¹⁹⁵, pactos y/o compromisos sin embargo como es típico de los países latinoamericanos se tiene una forma de pensar respecto a la consagración de los derechos, en palabras de Gargarella se tiende a una “*estrategia de acumulación*”¹⁹⁶, en consecuencia para que se tutele un derecho (haciendo referencia a los derechos económicos sociales y culturales) debe estar reconocido en la constitución, produciendo una suerte de acopio descontrolado de derechos.

Encajar estos enfoques si bien resulta complejo al ser un Estado pluricultural se debe brindar los canales necesarios para que las comunidades indígenas y su cosmovisión de la naturaleza puedan participar y solicitar resguardo, deben crearse espacios que propicien el dialogo intercultural.

2.12.2. Medio ambiente y naturaleza

Si bien existe normativa nacional e internacional respecto a la protección del medio ambiente se debe tener en cuenta la diferencia entre la concepción de medio ambiente y naturaleza para el derecho.

En primer lugar Sutzin¹⁹⁷ explica que se debe entender como derecho ambiental al “*conjunto de normas para defender el medio ambiente humano*”, por su parte Martínez y Acosta señalan que “*El ambiente nació como un concepto que permitía describir el entorno físico que rodeaba a las personas, incorporaba a la Naturaleza pero solo en la medida en que ésta servía a los seres humanos. Las relaciones de los seres humanos*

¹⁹⁵ La Constitución Política del Perú en su Capítulo II, De los Tratados, Art. 55, establece que: "Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional".

¹⁹⁶ Cátedra "El nuevo constitucionalismo latinoamericano" con Roberto Gargarella, minuto 56:37, disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=ntJQf7k8BBc>

¹⁹⁷ NARANJO RIVAS Mónica Patricia, Óp. Cit. Pág. 28.

*“en” y “con” la Naturaleza han sufrido de severas simplificaciones no sólo en el ámbito jurídico.”*¹⁹⁸

Serrano sostiene que *“el Derecho ambiental no regula los sistemas ambientales. Primero, porque el medio ambiental no es un sistema, sino un entorno. Y segundo, porque —aun admitiendo, lo cual no es lo mismo, que sí hay sistemas ecológicos o ecosistemas en el entorno de los sistemas sociales— lo que regula el Derecho no es el transcurso de un río, ni los movimientos migratorios de las aves —todo eso se [sic] solo—, sino las conductas individuales, las prácticas sociales y las intervenciones públicas relevantes para el transcurso de los ríos o los movimientos de las aves”*¹⁹⁹

De lo expresado se denota el enfoque antropocéntrico, el medio ambiente es concebido como aquel espacio/lugar donde el ser humano habrá de desarrollarse, no se hace diferencia en los ecosistemas que se desarrollan en él, usándose el mismo significado para los significantes medio ambiente y ecosistema, conforme explica Martínez y Acosta que un *“ecosistema es el conjunto de sistemas dinámicos en los que intervienen e interactúan entre sí los elementos bióticos y abióticos. Ambas simplificaciones excluyen las relaciones sociales y los vínculos estrechos entre la sociedad y la naturaleza.”*²⁰⁰

Si bien en algunos casos se trata de tomar parte de la visión biocéntrica, por ejemplo la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre (CITES), Convención Sobre Humedales de Importancia Internacional Especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas (RAMSAR), Convenio de Diversidad Biológica (CDB), Convención para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales de los Países de América, Convención Sobre la Conservación de Especies Migratorias de Animales Silvestres (CMS), donde se aborda la protección de la naturaleza tomando un punto de vista biocéntrico puesto que se tratan puntos referentes a la protección de ecosistemas y biodiversidad.

¹⁹⁸ MARTINEZ, Esperanza y ACOSTA, Alberto. Los Derechos de la Naturaleza como puerta de entrada a otro mundo posible. *Rev. Direito Práx.* [online]. 2017, vol.8, n.4 [cited 2019-09-02], pp.2927-2961. Available from: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662017000402927&lng=en&nrm=iso>. ISSN 2179-8966. <http://dx.doi.org/10.1590/2179-8966/2017/31220>.

¹⁹⁹ Citado por FOY VALENCIA, Óp. Cit. Págs. 488-489

²⁰⁰ MARTINEZ, Esperanza y ACOSTA, Alberto. Óp. Cit.

Entendiéndose que si bien el ser humano es consciente que el medio ambiente va más allá del lugar donde se desarrolla, puesto que presenta un conjunto de ecosistemas, en la práctica no los concibe como un todo, sino que bajo la teoría jurídica va desmembrando y generando expresiones jurídicas materializándose en múltiples disposiciones normativas que las regularan (agua, bosques, mares, ríos, flora, fauna, etc.) Para ilustrar lo afirmado Foy Valencia²⁰¹ explica que:

Las dinámicas entre hombre naturaleza conforme plantea la teoría jurídica clásica es hombre – recurso manifestándose a través de normas que regulan el agua, mares, bosques, etc. Sin embargo cada relación conlleva un impacto al ambiente. La problemática radica que al no tener esta visión en conjunto, empezamos a referirnos solo a infracciones normativas de determinados recursos, elementos identificados individualmente.

Siguiendo a Salazar Ortiz describe cuáles son las diferencias de las normas que son antropocéntricas y biocéntricas puesto poseen diferente forma para ser argumentadas y sustentadas, *“la relación de una especie con su entorno, resaltando que a diferencia del derecho ambiental, no se trata de demostrar la infracción a una norma ambiental, sobrepasando un límite máximo o impactando determinado organismo, sino que la prueba debe concretarse en demostrar el irrespeto a alguno o varios de los elementos protegidos por la norma (ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos).”*²⁰² El derecho ambiental busca tutelar el medio ambiente teniendo como base normas ambientales, en cambio el significado que encierra el término naturaleza encierra es mucho más amplio, siendo que al vulnerarla se configuran situaciones pluriofensivas.

Aunado a ello la mayoría de Estados (exceptuando a Ecuador y Bolivia) el derecho ambiental encierra un enfoque dual (derecho ambiental –derecho al desarrollo). Naranjo Rivas describe que, *“el sentido es la protección ambiental considerando adicionalmente el derecho al desarrollo, por tanto gran parte de la normativa ambiental tiene este enfoque dual, que en la práctica resultó una limitante para la protección efectiva de la naturaleza, prueba de ello es el incremento de la conflictividad generada por razones de su explotación y/o contaminación, esto no*

²⁰¹ FOY VALENCIA, Pierre. Óp. Cit. Págs. 488-489.

²⁰² SALAZAR ORTIZ, Víctor Hugo y Juan José LÁRIZ DURÓN, Óp. Cit. Pág. 40

quiere decir que el derecho ambiental haya sido ineficaz, por el contrario, desde su surgimiento ha evolucionado jurídicamente y sea convertido en el medio a través del cual la naturaleza se ha transformado ideológicamente desde un objeto hasta un sujeto de protección.”²⁰³ Entendiéndose a la declaración de los derechos de la Naturaleza como el siguiente paso al derecho ambiental.

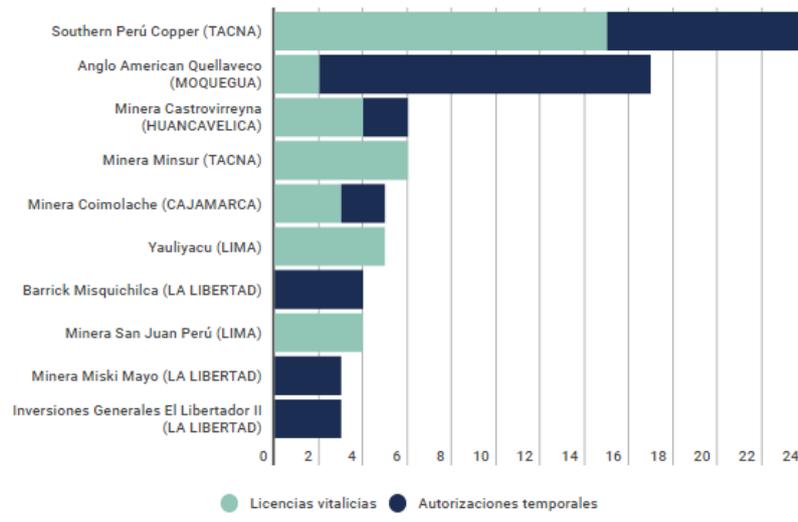
Badillo²⁰⁴ desarrolla este punto afirmando que si bien puede parecer irreconciliable el derecho a un medio ambiente saludable y el derecho al desarrollo, dado que el derecho al desarrollo implica la realización e implementación por parte del Estado de políticas extractivas, mientras que el derecho ambiental visto desde una óptica biocéntrica sostiene la defensa de la naturaleza, genera un debate amplio que al día de hoy sigue generando revuelo, Sin embargo, *“El mero hecho de que no exista un marco legal suficiente [en la óptica del biocentrismo] para defender de manera efectiva los derechos de la Naturaleza; no significa, de ninguna manera que de pauta para que el Estado [entiéndase Administración Pública, Ejecutivo] se ‘aproveche’”*²⁰⁵.

El derecho al desarrollo no solo como derecho individual sino como derecho colectivo, el Estado materializa este derecho a través de sus políticas en pos del bienestar social, sin embargo no debemos olvidarnos que en el derecho al desarrollo también están inmersos los derechos civiles y políticos y además los económicos sociales y culturales, siempre partiendo desde un punto de vista antropocéntrico y por ende al confrontarse con el derecho al medio ambiente en la gran mayoría de casos son las normas ambientales las que terminan cediendo, razón por la cual se producen tantas controversias. Es por ello que, no sorprende que en el Perú se hayan otorgado tantos permisos de uso de aguas en zonas de riesgo de sequías, como documenta el siguiente gráfico:

²⁰³ NARANJO RIVAS Mónica Patricia, Óp. Cit. Pág. 28.

²⁰⁴ BADILLO SALGADO, Andrés Vicente, La judicialización de los derechos de la naturaleza en el Ecuador, Tesis de maestría, jun-2018, Quito, Ecuador: Flacso Ecuador, pp. 69, disponible en: <http://hdl.handle.net/10469/13962>

²⁰⁵ BADILLO SALGADO, Andrés Vicente, La judicialización de los derechos de la naturaleza en el Ecuador, Tesis de maestría, jun-2018, Quito, Ecuador: Flacso Ecuador, pp. 69, disponible en: <http://hdl.handle.net/10469/13962>



Cuadro elaborado por: SALAZAR VEGA, Elizabeth, “Mineras extraen agua de zonas en riesgo de sequía”, en: Portal Ojo Público, 02 de Febrero, 2018, Disponible en: <https://duenosdelagua.ojo-publico.com/especiales/mapadelagua/>

Referimos a la naturaleza como sujeto de derecho resalta la no pertenencia de esta para con el ser humano, en palabras de Naranjo “*la naturaleza no le pertenece al ser humano, el ser humano pertenece a la naturaleza, por ello, la naturaleza no debe ser considerada como un medio, pues en su esencia es un fin, y es por tanto un sujeto de derechos; se debe considerar que la protección de la naturaleza asegura su uso intergeneracional desde una perspectiva completa de desarrollo sostenible.*”²⁰⁶

Ello no implica una disminución de los derechos individuales sino todo lo contrario, debemos tener presente que una de las características de los derechos humanos es la no jerarquización y la interrelación, en base a esto debemos comprender que en la interioridad de los derechos individuales se encuentran los derechos económicos sociales y culturales, no pudiendo descartarse las visiones holísticas de la naturaleza con la que las colectividades se identifican, toda vez que el colectivo es una de las formas en que el individuo puede desarrollarse en plenitud sus posibilidades.

²⁰⁶ NARANJO RIVAS Mónica Patricia, Derechos de la Naturaleza y la Gestión de la Defensoría del Pueblo de Ecuador, Tesis para Obtener el Título de Maestría en Estudios Socioambientales, JULIO, 2016, pp. 29, disponible en: <http://hdl.handle.net/10469/10206>

CAPITULO III
MARCO METODOLÓGICO

I. FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS

i. HIPÓTESIS GENERAL

La consagración del derecho al agua potable en el Perú a la luz de la comprensión del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano implica que, si bien su reconocimiento obliga al Estado garantizar el acceso, la calidad y la suficiencia del servicio, al no haber reconocido la dimensión cultural de este derecho podría generar vulneraciones a los derechos de grupos indígenas.

ii. HIPÓTESIS ESPECÍFICAS

HIPÓTESIS ESPECÍFICA 1

El contenido del derecho al agua potable en tanto derecho de carácter prestacional comprende el deber del Estado de asegurar las condiciones para el acceso al recurso hídrico, en cantidad suficiente y de una calidad aceptable, priorizando el consumo humano por sobre otros usos.

HIPÓTESIS ESPECÍFICA 2

El estatus jurídico del agua, como parte de la naturaleza, en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, es el de sujeto de derechos, en tanto se inspira en los principios ético-morales del “buen vivir” y la crítica a la concepción antropocéntrica de los derechos.

II. VARIABLES DE ESTUDIO E INDICADORES:

1. HIPÓTESIS PRINCIPAL:

- **Variable A:** La consagración del derecho al agua potable en el Perú
- **Variable B:** Vulnerar los derechos de grupos indígenas.

2. HIPÓTESIS SECUNDARIAS:

HIPÓTESIS SECUNDARIA (1):

- **Variable A:** El contenido del derecho al agua potable en el Perú
- **Indicador:** Desarrollo legislativo y jurisprudencial del derecho al agua.

- **Variable B:** Deberes del Estado de asegurar el acceso al recurso hídrico
- **Indicador:** Políticas públicas sobre acceso al agua potable en el Perú

HIPÓTESIS SECUNDARIA (2):

- **Variable A:** El estatus jurídico del agua en el NCL
- **Indicador:** Características del NCL
- **Variable B:** La naturaleza como sujeto de derechos
- **Indicador:** Dicotomía sujeto/objeto en el NCL.

III. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN:

- a) Por la finalidad o propósito de la presente, se trata de una investigación básica o pura, al presentar un carácter preponderantemente teórico, el mismo que permitirá el desarrollo y comprensión del derecho fundamental al agua en el Perú desde las herramientas teórico-conceptuales del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano.
- b) Por las fuentes de información se trata de una investigación documental o bibliográfica, puesto que la fuente principal de la que se partirá resulta del análisis y estudio documental, tanto doctrinal como jurisprudencial y normativo, en cuanto corresponda.
- c) Por el ámbito en el que se desarrolla se trata de una investigación dogmática, puesto que se pretende el desarrollo de interpretación y argumentación en relación a instituciones y categorías jurídicas a la luz de normas jurídicas y doctrina de la materia.

3.2. NIVEL DE INVESTIGACIÓN

El nivel de investigación es descriptivo, puesto que se pretende evidenciar las características que configuran el derecho al agua potable, a partir de su reciente incorporación en la Constitución Política del Perú, con el fin de determinar su contenido en tanto derecho fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, así como sus alcances y límites desde el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano.

3.3. DETERMINACIÓN METODOLÓGICA

Conforme al ámbito en el que se desarrolla la presente, el Método de Investigación idóneo, conforme al origen de los datos, será Documental, imperando una indagación a través del examen, análisis y estudio de fuentes documentales, tales como dispositivos legales, normas jurídicas, de orden supranacional y nacional, jurisprudencia internacional, así como doctrina jurídica de la materia, contenida en diversos tipos de documentos.

3.4. UNIVERSO Y MUESTRA DE ESTUDIO:

3.4.1. UNIVERSO

Tal como se refirió con anterioridad, la fuente primordial de información para la presente investigación es de índole documental, en tal sentido, se pretende analizar dispositivos legales y normas jurídicas, así como doctrina relevante, en tal sentido podemos citar la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, recomendaciones esbozadas por las Naciones Unidas, así como por el Consejo de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Sentencias relevantes de las Altas Cortes de carácter representativo para la tutela del derecho agua, Sentencias emitidas por las cortes nacionales, en especial las emitidas por el Tribunal Constitucional peruano, informes, libros, revistas y artículos jurídicos, en soporte tanto físico como electrónico.

3.4.2. MUESTRA

Considerándose que la población resulta extensa en cuanto implica Legislación, Jurisprudencia así como Doctrina en la materia, el tamaño de la muestra será determinada en función al universo de los elementos existentes, y en tal sentido, se tomará conforme el criterio del investigador.

3.4.3. SELECCIÓN DE LA MUESTRA

A efectos de seleccionar la muestra, teniendo presente lo expresado con anterioridad, se va a delimitar deliberadamente el número de elementos contenidos en la población descrita, empleando un Método de Muestreo No Aleatorio o No Probabilístico, en la modalidad de Casos Típicos, incidiendo en la justiciabilidad del Derecho al Agua.

3.4.4. CRITERIOS DE INCLUSIÓN Y EXCLUSIÓN DE SELECCIÓN DE LA MUESTRA

a) CRITERIOS DE INCLUSIÓN

Los criterios de inclusión para la selección de las muestras de las poblaciones en abstracto mencionadas pueden ser referidos de manera siguiente:

- Tratados Internacionales que versen sobre Derechos Humanos Económicos, Sociales y Culturales.
- Recomendaciones e instrumentos esbozados por Organismos Internacionales sobre el Derecho al Agua.
- Sentencias Judiciales de Altas Cortes Foráneas, Internacionales y Supranacionales que otorguen Tutela Jurisdiccional respecto al Derecho al Agua.
- Sentencias del Tribunal Constitucional Peruano, que versen sobre la tutela del Derecho fundamental al Agua.
- Doctrina de la materia en general.
- Legislación extranjera relacionada con la tutela del derecho al agua.

b) CRITERIOS DE EXCLUSIÓN

Básicamente se tomará en consideración un criterio de exclusión para la selección de las muestras, siendo el siguiente:

- Sentencias Judiciales no definitivas anuladas por Altas Cortes Internacionales que otorguen Tutela Jurisdiccional al Derecho al Agua.

3.5. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN, PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS

3.5.1. TÉCNICAS

Teniendo a consideración y en vista los elementos que conforman la población, los mismos que implican fuente de la presente investigación jurídica, se utilizará la Técnica de Revisión Documental, mediante el análisis teórico de los datos que se obtengan, para así extraer, condensar, sistematizar e interpretar las características de los mismos.

3.5.2. INSTRUMENTOS

El instrumento a emplearse en la presente investigación, con un carácter cualitativo, y conforme a la técnica elegida, será la Guía de Revisión Documental, en tal sentido, esta Guía va a consistir en un esquema organizado donde se sistematizarán los datos y el Fichado de las fuentes documentales a utilizarse en el desarrollo de la investigación.

3.5.3. PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS

En la presente investigación se recurrirá a distintos métodos de investigación jurídica, tales como:

- A) Método Exegético: Para la crítica a los dispositivos jurídicos referidos al derecho fundamental al agua.
- B) Método Sistemático: Para una interpretación más amplia y armónica de la Doctrina y el Sistema Jurídico Nacional e Internacional, conforme a los objetivos en la presente investigación.
- C) Método Dogmático: Recurriendo a la doctrina, a la jurisprudencia y al Derecho comparado, en referencia a los objetivos planteados para el desarrollo de la investigación.

CAPÍTULO IV:
PRESENTACIÓN, INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA
DE LOS RESULTADOS

I. DESCRIPCIÓN DEL TRABAJO DE CAMPO

FASES DEL PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN

La información fue obtenida de diversas fuentes de tipo: fuentes de carácter doctrinal, jurisprudencial y normativa.

En el caso de las fuentes normativas, fueron utilizadas preponderantemente aquellas normas contenidas en la Constitución, el Código Procesal Constitucional y normas conexas. Asimismo, han sido objeto de análisis las Constituciones Políticas de Bolivia y Ecuador, con el fin de realizar apreciaciones comparativas respecto a los alcances y el contenido del derecho al agua. Asimismo, se ha recurrido a instrumentos internacionales referidos al derecho al agua y derechos conexos.

En el caso de la jurisprudencia, se ha tomado en cuenta pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por resultar jurídicamente vinculantes, así como los pronunciamientos contenidos en las sentencias del Tribunal Constitucional.

Este conjunto de fuentes documentales han sido tomadas durante la formación universitaria llevada por el titulado.

PROCESAMIENTO DE LOS DATOS

El análisis de las fuentes documentales mencionadas se ha realizado en forma sintética en la presente investigación, expresado en el cuerpo del texto así como en notas al pie cuando corresponda.

Así, en un sentido interno, el análisis ha sido netamente de carácter cualitativo, habiendo realizado interpretación en cada fuente documental, aunque tratando de guardar las posturas expuestas en cada una de las mismas, para determinar el contenido y alcance del derecho al agua en el Perú a raíz de su incorporación en la Constitución Política, así como –en un segundo nivel- se han modelado alternativos, con la finalidad de identificar las falencias institucionales relativas a la satisfacción del derecho al agua en el Perú en sus diversos aspectos.

II. SUSTENTACIÓN DE LAS HIPÓTESIS

1. HIPÓTESIS ESPECÍFICAS

1.1. HIPÓTESIS 01:

“El contenido del derecho al agua potable en tanto derecho de carácter prestacional comprende el deber del Estado de asegurar las condiciones para el acceso al recurso hídrico, en cantidad suficiente y de una calidad aceptable, priorizando el consumo humano por sobre otros usos.”

El artículo 7-A de la Constitución Política del Perú, señala que explícitamente que el Estado peruano debe garantizar a toda persona el acceso de forma progresiva y universal al agua potable priorizando el consumo humano. Asimismo, lo reconoce como un recurso natural esencial, un bien público y patrimonio nacional, por lo que su dominio resulta inalienable e imprescriptible. A primera vista, resulta difícil identificar con claridad los alcances y límites de este derecho recurriendo únicamente al texto de la norma fundamental, por lo que debemos de recurrir a otras fuentes.

Sin embargo, como hemos advertido con anterioridad, si bien la Ley N° 30588 del año 2017 introduce este derecho de manera explícita en la Constitución Política, su reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico tiene una data anterior. El Tribunal Constitucional se ha referido al derecho al agua en las sentencias Expedientes N°s. 06546-2006-PA y 06534-2006-PA, en ellas ha desarrollado el contenido de este derecho en los términos siguientes.

En la primera de ellas, se establece que el derecho al agua es un derecho de carácter prestacional, en tanto corresponde al Estado fundamentalmente su promoción, en tanto es un elemento básico para la existencia y desarrollo del ser humano, el cual se encuentra vinculado a otros derechos de vital importancia, como el derecho a

la salud, el trabajo y el medio ambiente los cuales se encuentran reconocidos por nuestra Constitución Política.

En la segunda sentencia, se desarrolla el contenido propiamente dicho de este derecho. Según el Tribunal Constitucional, el derecho al agua comprende el acceso, la suficiencia y la calidad del recurso hídrico, por lo que el derecho al agua no implica una declaración de intenciones sino que deben asegurarse ciertas condiciones que permiten su goce a los beneficiarios. Dentro de las condiciones que reconoce el Tribunal Constitucional en dicha sentencia para asegurar el acceso, la suficiencia y la calidad del recurso hídrico, está el asegurar agua, servicios e instalaciones físicamente cerca a los lugares donde las personas realizan sus actividades cotidianas; asimismo debe asegurarse que el agua, los servicios e instalaciones se brinden a un precio accesible para la población (excepcionalmente se podrá incrementar su precio con motivo de mejora del servicio o cuando los gastos de instalación hayan sido muy elevados), prohibiéndose la discriminación en condiciones iguales, así como promover políticas de favorecimiento de la población más vulnerable, así como de conservación y uso responsable del recurso natural. Hasta aquí lo referido a acceso al recurso hídrico.

Respecto a la suficiencia y calidad, es necesario remitirnos a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (la cual tiene fuerza vinculante), en el Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay, la Alta Corte Gha expresado que se debe asegurar por lo menos 7.5 litros de agua por persona al día para efectos de realizar actividades como alimentación e higiene, de una calidad que represente un nivel de riesgo tolerable.

Así, a partir de las normas y la jurisprudencia de las altas cortes en el ámbito nacional y regional bajo análisis queda SUSTENTADO que el derecho al agua potable es un derecho de carácter prestacional que implica que el Estado debe asegurar las

condiciones para el acceso al recurso hídrico, en cantidad suficiente y de una calidad aceptable, priorizando el consumo humano por sobre otros usos, CONFIRMANDO la hipótesis expresada.

1.2. HIPOTESIS 02

“El estatus jurídico del agua, como parte de la naturaleza, en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, es el de sujeto de derechos, en tanto se inspira en los principios ético-morales del “buen vivir” y la crítica a la concepción antropocéntrica de los derechos.”.

El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano tiene como origen procesos constituyentes en América Latina, impulsados por los movimientos sociales en países como Bolivia y Ecuador. Estos grupos reclamaban el cese de la postergación y el fin de la exclusión sufrida a través de la historia colonial y republicana, siendo los grupos indígenas quienes actores importantes en dichos procesos. Sin embargo, la pluralidad cultural de los países latinoamericanos llevó a estos grupos a dialogar respecto a la manera en la que el Estado podría garantizar la convivencia entre los individuos y los pueblos. Es así que se identifica como uno de los factores que sostienen y permiten la reproducción de un sistema de desigualdad y exclusión social, a las ideas que sostienen a la modernidad occidental capitalista: la racionalidad costo-beneficio.

Frente a ello, los pueblos indígenas, a través de las experiencias compartidas, proponen un modelo alternativo de desarrollo basado en los principios que han regido ancestralmente su vida comunitaria. Estos principios se denominaron “los principios del buen vivir”, los cuales se basan en una relación armónica entre ser humano y naturaleza, rompiendo la visión antropocéntrica predominante. Es así, que ese fue el punto de partida para incorporar una serie de innovaciones en la Constituciones de Ecuador y Bolivia.

Dentro de las innovaciones más importantes y la que ha tenido mayor repercusión respecto a la gobernanza ambiental, ha sido la elevación de la naturaleza al estatus de sujeto de derechos. Ello se explica, toda vez que para armonizar es necesario igualar las condiciones y anular la posición hegemónica en la que se encuentra el ser humano respecto a la naturaleza, al tener esta el estatus de objeto. Así, la consagración de derechos de la naturaleza en ambas constituciones, legitima a la ciudadanía a exigir tutela judicial efectiva frente a la vulneración de los derechos de la naturaleza de la misma manera en la que se exigiría frente a una violación de derechos humanos.

Así, a partir de las fuentes doctrinarias y las normas bajo análisis queda **SUSTENTADO** que el Nuevo Constitucionalismo latinoamericano considera al agua (así como a la naturaleza en general) como sujeto de derecho con el fin lograr una relación armoniosa entre seres humanos y naturaleza, **CONFIRMANDO** la hipótesis expresada, en tanto al inspirarse en los principios ético-morales del “buen vivir”, rompe con el antropocentrismo jurídico característico de la modernidad occidental

2. HIPOTESIS GENERAL:

“La consagración del derecho al agua potable en el Perú a la luz de la comprensión del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano implica que, si bien su reconocimiento obliga al Estado garantizar el acceso, la calidad y la suficiencia del servicio, al no haber reconocido la dimensión cultural de este derecho podría generar vulneraciones a los derechos de grupos indígenas.”

La consagración del derecho al agua potable en el Perú, si bien resulta un avance importante en materia de derechos económicos y sociales, ha dejado de lado la dimensión cultural de este derecho.

Es así que el reconocimiento de este derecho en el artículo 7-A de la Constitución Política del Perú, se refiere principalmente al acceso a los

servicios de saneamiento y agua potable, garantizando el uso para fines domésticos. Sin embargo, en dicho artículo no se incluye de manera expresa su dimensión sociocultural, por lo que no resulta por sí misma un aporte significativo para la resolución de los conflictos que se producen entre los derechos de las empresas privadas que realizan actividades extractivas y los derechos de los pueblos indígenas.

Esta respuesta podría hallarse de una interpretación sistemática del derecho al agua, reconociendo las obligaciones del Estado de proteger el medioambiente y a los pueblos indígenas a través de mecanismos como la consulta previa (Convenio 169 de la OIT). Sin embargo, la incorporación expresa de esta dimensión del derecho al agua en incorporación del artículo 7-A pondría de realce la fuerza normativa de dichos derechos de origen convencional y las obligaciones del Estado, por lo que se deja la puerta abierta a que persistan las vulneraciones de derechos de los pueblos indígenas ante la falta de voluntad política de las autoridades. Asimismo, las carencias institucionales podrían corregirse a través de figuras como la declaración de inconstitucional por omisión y la exhortación y el facultad de exhortar a los órganos públicos encargados del desarrollo de las políticas públicas que permitan el goce del derecho al agua de los pueblos indígenas, extendiendo la interpretación del artículo 7-A para hacerlo compatible con los instrumentos internacionales que versan sobre la materia.

A modo de comparación, las Constituciones del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, contienen un desarrollo mucho más amplio del derecho al agua, el cual se ve atravesado a través de todo su desarrollo por la noción de “buen vivir”, lo que exige que el Estado no solo debe actuar sobre la administración del recurso, sino que esta actuación debe realizarse de manera armoniosa con el medio ambiente y en base al respeto a las cosmovisiones tradicionales y las prácticas culturales de los pueblos indígenas, advirtiendo que estos derechos son la base del desarrollo económico, debiendo este adecuarse a ellos y no viceversa.

Así, a partir de las fuentes doctrinarias y las normas bajo análisis queda **SUSTENTADO** que la consagración del derecho al agua potable en el Perú, al no haber reconocido la dimensión cultural de este derecho podría generar vulneraciones a los derechos de grupos indígenas, y por tanto **CONFIRMANDO** la hipótesis expresada, en tanto enfatiza solamente las obligaciones del Estado orientadas a garantizar el acceso, la calidad y la suficiencia del servicio de agua potable en el Perú.

CAPÍTULO V
CONCLUSIONES

PRIMERA:

La consagración del derecho al agua a través de la incorporación del artículo 7-A en la Constitución Política del Perú, al no reconocer la dimensión cultural de este derecho implica desde el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano la posibilidad de que se puedan vulnerar los derechos de los pueblos indígenas, al adoptar una concepción antropocéntrica que resulta insuficiente para comprender la relación de estos grupos con la naturaleza (expresada a través de las ideas del “buen vivir”).

SEGUNDA:

El contenido del derecho al agua potable en tanto derecho de carácter prestacional comprende el deber del Estado de asegurar las condiciones para el acceso al recurso hídrico, en cantidad suficiente y de una calidad aceptable, priorizando el uso doméstico por sobre otros usos. Si bien, se ha dejado de lado la dimensión sociocultural de este derecho, una interpretación sistemática de la Constitución y a la luz de instrumentos internacionales como el Convenio 169 de la OIT, así como de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, permitiría en cierta medida suplir esta falencia y hacer exigible cierto grado de tutela del derecho al agua en su dimensión socio-cultural.

TERCERA:

De la comparación efectuada con las constituciones del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano (Ecuador y Bolivia concretamente), al haber asumido como punto de partida los principios del buen vivir y haberle otorgado el estatus jurídico de sujeto de derechos a la naturaleza y por ende al agua, se ha podido determinar que dichos ordenamientos jurídicos se encuentran en una mejor posición al momento de tutelar este derecho en sus dimensiones medioambiental, cultural, económica y social, al fijar estándares más altos de protección.

RECOMENDACIÓN

Promulgar una ley de reforma constitucional que modifique el artículo 7-A adicionando lo siguiente

“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.

El derecho al agua en tanto derecho de la Naturaleza, incluye la preservación de la existencia del agua, el respeto a sus ciclos de vida, el respeto a sus ciclos de regeneración y protección frente a la contaminación, en tanto esta impida la reproducción de la vida en los ecosistemas

Cuando exista conflicto entre el ejercicio de los derechos individuales y derechos colectivos, estos se resolverán bajo el criterio de no afectar irreversiblemente los ecosistemas y los derechos de los pueblos que allí habiten.”

BIBLIOGRAFÍA:

- ACOSTA Alberto (2008), “Hacia la Declaración Universal de los Derechos de la Naturaleza Reflexiones para la acción”, Revista de la Asociación de Funcionarios y Empleados del Servicio Exterior Ecuatoriano, n° 54 pp. 11-32.
- AGUILERA, Rafael, “Estado constitucional, derechos fundamentales e interpretación constitucional”. En: Cienfuegos, D. & Rodríguez, L. (Coord.), Estado, derecho y democracia en el momento actual, contexto y crisis de las instituciones contemporáneas. UNAM, Fondo Editorial Jurídico, México, pp. 19-39. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2990/3.pdf>
- AHUMADA, Ángeles, “El Control de Constitucionalidad de las Omisiones Legislativas”, Revista del Centro de Estudios Constitucionales Núm. 8. Enero-Abril 1991, Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1050867.pdf>
- ALTERIO, Ana Micaela, “Corrientes del constitucionalismo contemporáneo a debate”. Problema Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho, n° 08, 2014,
- ARROJO AGUDO Pedro, Lo Público y lo Privado en la Gestión del Agua, Dpto. de Análisis Económico de la Universidad de Zaragoza, disponible en: <http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/8cigpa/article/viewFile/318/pdf>
- Asamblea Nacional de la republica de Ecuador, La Constitución de Montecristi, un sueño colectivo, el cambio hacia el buen vivir, disponible en: https://issuu.com/direccion.comunicacion/docs/memorias_asamblea_constituyente pág. 16
- AUTORIDAD NACIONAL DEL AGUA, ¿Qué es el Derecho al Agua? Disponible en: <http://www.ana.gob.pe/contenido/que-es-el-derecho-al-agua>
- AYLWIN, José, “Los Derechos de los Pueblos Indígenas en América Latina: Avances Jurídicos y Brechas de Implementación”. En: Derechos Humanos de los Grupos Vulnerables, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2014, Barcelona.
- BAZÁN, Víctor, Control de las omisiones inconstitucionales e inconventionales, Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 2014.
- BEDÓN GARZÓN René, Contenido y aplicación de los derechos de la naturaleza, IusHumani, vol. 5 (2016), ISSN: 1390-440X,
- BELLOSO, Nuria, “El Neoconstitucionalismo y el ‘Nuevo’ Constitucionalismo Latinoamericano: ¿Dos corrientes llamadas a entenderse?”, Universidad de Burgos, Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, N° 32, 2015, pp. 21-53.
- BENAVIDES ORDÓÑEZ Jorge, Neoconstitucionalismo, Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano y Procesos Constituyentes en la Región Andina, Ius Humani. Revista de Derecho
- BLANCO VIZARRETA, Cristina, El derecho humano al agua: apuntes sobre avances recientes”. En: Mecanismos internacionales de derechos humanos, Guevara Gil,

Urteaga Crovetto, y Segura Urrunaga (eds.), El derecho humano al agua, el derecho de las inversiones y el derecho administrativo, Cuartas jornadas de derecho de aguas, Primera edición, junio 2017, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 206-222,

- BOLUARTE PINTO, Gonzalo, Aurora CASTILLO FUERMAN, Víctor , CORANTE MORALES, Dina DAVILA MARIN y Luis FLORES VALDERAS, Las atribuciones como legislador positivo o negativo del Tribunal Constitucional, Universidad Particular San Martín de Porres, 2006, Lima., Disponible en: http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/doctorado/LAS%20ATRIBUCIONES%20COMO%20LEGISLADOR%20POSITIVO%20O%20NEGATIVO%20DEL%20TRIBUNAL%20CONSTITUCIONAL%202006/LAS_ATRIBUCIONES_COMO_LEGISLADOR_POSITIVO_O_NEGATIVO_DEL_TR2.PDF
- BUOB CONCHA, Luis Carlos, Criterios y Mecanismos para la Protección Jurídica del Derecho Humano al Agua de los Pueblos Indígenas en su Dimensión Colectiva a través de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Tesis para optar el título profesional de Abogado, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2012, Lima.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis, El contenido constitucional de los derechos fundamentales como objeto de protección del amparo, Dialnet, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3331524.pdf>
- CASTRO José Esteban, La privatización de los servicios de agua y saneamiento en América Latina, revista Nueva Sociedad N° 207, enero-febrero de 2007, ISSN: 0251-3552, disponible en: http://nuso.org/media/articles/downloads/3408_1.pdf
- CHAMOCHIN Miguel, Partenariado Público Privado para el desarrollo: la universalización de la energía, Cuadernos de Energía 49, setiembre 2016, V.V.A.A., Club Español de la Energía, Deloitte y Garrigues, [18-04-2018], disponible en: http://www.enerclub.es/frontNotebookAction/Biblioteca_/Publicaciones_Enerclub/Cuadernos/CE_N49
- CIDH. Comunidades indígenas maya y sus miembros Vs. Belice. Informe No 78/00. Admisibilidad. Caso 12.053. 5 de octubre.
- COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico. Traducido por Miguel Carbonell. Isonomía [online]. 2002, n.16 [citado 2018-04-18]. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182002000100089&lng=es&nrm=iso. ISSN 1405-0218.
- Comité De Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Cuestiones Sustantivas que se Plantean en la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N° 15, 2002, Ginebra. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8789.pdf?view=1>
- COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Observación General No 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.
- Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 166

- Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) AwasTingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 149. Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párrs. 124, 131. Corte IDH. Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre 2004. Serie C No. 116, párr. 85.
- Corte IDH. Caso Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 264
- CRESCI VASSALLO Giancarlo E., “El proceso de amparo entre particulares: La protección de los derechos fundamentales en las asociaciones según el TC.” En: Tipos de Amparo en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional por materia, titulares del derecho, origen del acto lesivo y efectos de sus sentencias, Gaceta Jurídica, lima, 2014
- CRESPO FLORES Carlos, La guerra del agua en Cochabamba: movimientos sociales y crisis de dispositivos del poder, Debates Ambientales – Agua, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/153441.pdf>
- Cuadernos de Energía 49, setiembre 2016, V.V.A.A., Club Español de la Energía, Deloitte y Garrigues, [18-04-2018]. Disponible en: http://www.enerclub.es/frontNotebookAction/Biblioteca_/Publicaciones_Enerclub/Cuadernos/CE_N49
- DELGADO SELLEY, Orlando. El neoliberalismo y los derechos sociales: Una visión desde la economía y la política. Andamios [online]. 2006, vol.3, n.5 [citado 2018-04-11], Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-00632006000200010&lng=es&nrm=iso. ISSN 1870-0063.
- Diario de debates, primera legislatura ordinaria de 2016 - 21.ª Sesión (matinal), 01 de diciembre de 2016, [en línea 20.06.18], disponible en: [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/DiarioDebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/05256D6E0073DFE90525807D000E6F5D/\\$FILE/PLO-2016-21.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/DiarioDebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/05256D6E0073DFE90525807D000E6F5D/$FILE/PLO-2016-21.pdf)
- DÍAZ MUÑOZ, Oscar; El Derecho al Agua Potable como Derecho Fundamental no enumerado; De la Puente Abogados; disponible en: http://www.delapunte.com.pe/admin/recursos/libros/der_agua.pdf
- EGUIGUREN PRAELI Francisco José, La Finalidad Restitutoria del Proceso Constitucional de Amparo y los Alcances de sus Sentencias, Derecho y Sociedad [online], 2015, [citado 2018-03-27], disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17018/17316>
- El derecho humano al agua y al saneamiento Guía de lectura Programa de ONU-Agua para la Promoción y la Comunicación en el marco del Decenio (UNW-DPAC), [en línea 02.07.2018], pág. 5, disponible en: http://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/pdf/05_2011_human_right_to_water_reader_spa.pdf
- ESTEVEA Marc, YSAA Tamyko, y LONGOA Francisco, La generación de innovación a través de la colaboración público-privada, revista española en Cardiología. 2012;65:835-42 - Vol. 65 Núm.09 DOI: 10.1016/j.recesp.2012.04.007, disponible en: http://apps.wl.elsevier.es/watermark/ctl_servlet?_f=10&pid=90150857&pid

ent_usuario=0&pcontactid=&pident_revista=25&ty=170&accion=L&origen=cardio&web=www.revespcardiol.org&lan=es&fichero=25v65n09a90150857pdf001.pdf&anuncioPdf=ERROR_publico_pdf

- ETO CRUZ Gerardo, Una propuesta de tipologías de amparo en el Perú, ETO CRUZ Gerardo, CASTILLO FREYRE Mario, SABROSO MINAYA Rita, DE LA PUENTE PARODI Jaime / CRESCI VASSALLO Giancarlo, LA SERNA JORDÁN Fiorella, HUANCAHUARI PAUCAR Carín, BOTTON GIRÓN Dante, ROJAS BERNAL José, PICHÓN DE LA CRUZ Junior, Tipos de Amparo en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional por materia, titulares del derecho, origen del acto lesivo y efectos de sus sentencias, Gaceta Jurídica, Lima, 2014,
- Exp N° 2064-2004-AA/TC y del Exp. N° 6534-2006-PA/TC
- Exp. N.° 06534-2006-PA/TC, caso: Santos Eresminda Távara Ceferino, disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/06534-2006-AA.pdf>
- Exp. N° 02988-2013-PA/TC, Lima, caso: Edmundo Cesar Coicochea Alvarado.
- Exp. N° 02988-2013-PA/TC, Lima, caso: Edmundo Cesar Coicochea Alvarado, disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/02988-2013-AA.pdf>
- Exp. N° 02988-2013-PA/TC, Lima, caso: Edmundo Cesar Coicochea Alvarado, disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/02988-2013-AA.pdf>
- Exp. N° 06534-2006-PA/TC, Lima, caso Santos Eresminda Távara Ceferino, disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/06534-2006-AA.pdf>
- Expediente N° 006-2008-PI/TC
- FIGUEROA GUTARRA Edwin, Contenido Constitucionalmente Protegido de un Derecho Fundamental: Reglas para su Determinación, 2014. Disponible en: <https://edwinfigueroa.wordpress.com/2014/04/16/derechos-fundamentales-el-contenido-constitucionalmente-prottegido-articulo/>
- GALVIS, María Clara y Ángela RAMÍREZ, Manual para defender los derechos de los pueblos indígenas, Fundación para el Debido Proceso Legal. 2011. Washington D.C.
- GARGARELLA, “Cátedra ‘El nuevo constitucionalismo latinoamericano’, YouTube. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=ntJQf7k8BBc>
- GONZÁLEZ GARCETE, Juan Marcelino, Jaime Alfonso CUBIDES CÁRDENAS y María Paula SANTOFIMIO DÍAZ, “La inconstitucionalidad por omisión legislativa: a escena la omisión legislativa convencional”, Iustitia N° 13, 2015, pp. 177-216. Pág. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5979042.pdf>
- GRIJALVA JIMÉNEZ Agustín, Constitucionalismo en Ecuador, Corte Constitucional para el Período de Transición, Pensamiento Jurídico Contemporáneo N.° 5, Quito, 2011, disponible en: http://bivicce.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblio/texto/Constitucionalismo/Constitucionalismo_en_Ecuador.pdf
- GUDYNAS Eduardo (2011), Desarrollo, derechos de la naturaleza y buen vivir después de Montecristi, Centro de Investigaciones Ciudad y Observatorio de la Cooperación al Desarrollo, Quito.

- Guillermo Alexander Arévalo Luna, Economía y política del modelo boliviano 2006-2014: evaluación preliminar, disponible en: <https://revistas.uptc.edu.co/index.php/cenes/article/view/4152/5194>
- HOYOS ROJAS, Luis Miguel, y Laura CERA RODRIGUEZ, “El derecho humano al agua como reivindicación neoconstitucional del sistema internacional de los derechos humanos: un nuevo derecho constitucional en Colombia”, Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Palermo, Año II, N. 2, Noviembre de 2013, pp. 141-174. Disponible en: http://www.palermo.edu/derecho/pdf/DA_N3_04.pdf
- HUANACUNI, Fernando (2010), Buen Vivir / Vivir Bien: Filosofía, políticas, estrategias y experiencias regionales andinas, Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas – CAOI, Lima.
- HUANCAHUARI PAUCAR Carín, La tipología del amparo por acto lesivo, ETO CRUZ Gerardo, CASTILLO FREYRE Mario, SABROSO MINAYA Rita, DE LA PUENTE PARODI Jaime / CRESCI VASSALLO Giancarlo, LA SERNA JORDÁN Fiorella, HUANCAHUARI PAUCAR Carín, BOTTON GIRÓN Dante, ROJAS BERNAL José, PICHÓN DE LA CRUZ Júnior Tipos de Amparo en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional por materia, titulares del derecho, origen del acto lesivo y efectos de sus sentencias, Gaceta Jurídica, lima, 2014
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA, Perú: Formas de acceso al agua y Saneamiento Básico – Síntesis Estadística, 2016.
- Jaime Araujo Frías: En el Estado de Derecho Legal se estudiaba el Derecho estáticamente, puesto que se creía que el Derecho se reducía a lo que estaba contenido en la ley. ARAUJO FRIAS Jaime, El Abogado: Entre el Estado de Derecho Legal y el Estado de Derecho Constitucional, publicado el 01-10-2014, Derecho y Cambio social, Número 38, Año XI – 2014, Lima, [18.04.2018], disponible en: https://www.derechocambiosocial.com/revista038/EL_ABOGADO_ENTRE_EL_ESTADO_DE_DERECHO_LEGAL_Y_EL_ESTADO_DE_DERECHO_CONSTITUCION_AL.pdf
- José Luis Osuna Llana, Carmen Vélez Méndez, Ana Cirera León, Juan Murciano Rosado, Landa Arroyo, Cesar; Los derechos fundamentales, Primera edición, Fondo editorial PUCP, 2017, Lima,
- LANDA Cesar, Tribunal Constitucional y Jurado Nacional de Elecciones, [online], 2007, Oficina Nacional de Procesos Electorales, [citado 2018-03-27] disponible en: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/E0A5FB44937AC8D9052575AC007B0BBA/\\$FILE/1jurado.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/E0A5FB44937AC8D9052575AC007B0BBA/$FILE/1jurado.pdf)
- LLACSAHUANGA, Richard y Juan Carlos DÍAZ COLCHADO, Mesa Temática N°2: El derecho fundamental al agua. Presentación, 09 de octubre de 2017. Disponible en: <themis.pe/wp-content/uploads/2017/09/Mesa-2.docx>
- MEREMISKAYA Elina, “El Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales”, Estudios Públicos, 2011,
- MITRE GUERRA, Eduardo, La protección del derecho al agua en el derecho constitucional comparado y su introducción en los criterios de tribunales internacionales de derechos humanos, Pensamiento Jurídico, No. 35, septiembre-diciembre, Bogotá, 2012, disponible en: <https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/38414>

- MOLINA, Aurora, “Nuevo constitucionalismo en América Latina. Contexto sociopolítico, derechos sociales. Entrevista a Carlos Rivera Lugo”. Universidad Autónoma de México, Crítica Jurídica No. 35, 2013, pp. 315-330.
- MURCIANO, Juan et al. Redes de cooperación público-privada y partenariados: retos y pistas para su evaluación. El caso de la Iniciativa Comunitaria Equal en Andalucía. Gestión y Análisis de Políticas Públicas, [S.l.], may. 2011. ISSN 1989-8991, [18-04-2018], doi: <http://dx.doi.org/10.24965/gapp.v0i4.442>, Disponible en: <<https://revistasonline.inap.es/index.php?journal=GAPP&page=article&op=view&path%5B%5D=442&path%5B%5D=488>>. [18-04-2018], doi:<http://dx.doi.org/10.24965/gapp.v0i4.442>.
- NUNEZ LEIVA, J. Ignacio. Estado Constitucional de Derecho y Ponderación: Hacia La Superación de la Falsa Disyuntiva entre Libertad y Satisfacción de los Derechos Sociales Fundamentales. Vniversitas [online]. 2014, n.128 [citado 18-04-2018]. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-90602014000100006&lng=en&nrm=iso>. ISSN 0041-9060.
- Objetivos de Desarrollo Sostenibles 12, Organización de las Naciones Unidas, [online], [18-04-2018], disponible en: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/sustainable-consumption-production/>
- Observación general N° 15: El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), El fundamento jurídico del derecho al agua, [en línea 02.07.2018] disponible en: <https://www.escrenet.org/es/recursos/observacion-general-no-15-derecho-al-agua-articulos-11-y-12-del-pacto-internacional>
- OLIVEIRA, Thiago Guedes De and LIMA, Sonaly Cristina Rezende Borges De. Privatização Das Companhias Estaduais De Saneamento: a Partir da Experiência de Minas Gerais. Ambient. soc. [online]. 2015, vol.18, n.3 [cited 2018-04-11]. Available from: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-753X2015000300015&lng=en&nrm=iso>. ISSN 1414-753X. <http://dx.doi.org/10.1590/1809-4422ASOC1234V1832015>.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Comité sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N. 15.
- Organización de las Naciones Unidas, El derecho humano al agua y al saneamiento, nota para los medios, pág. 4. Disponible en: http://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/pdf/human_right_to_water_and_sanitation_media_brief_spa.pdf
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, El derecho al agua, Folleto informativo No 35, disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet35sp.pdf>
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Resolución de la Asamblea General A/64/L.63/Rev.1. 26 de julio de 2010.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Doc. E/CN.4/Sub.2/1983/21/add.8 párrafos 379
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, Agua Saneamiento y Salud. Disponible en: http://www.who.int/water_sanitation_health/diseases/wsh0302/es/

- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, El Derecho al agua, folleto Informativo N° 35. Disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet35sp.pdf>
- PLAZA, Carlos, Derecho Humano al Agua, Edición Ideasmares, 2008. Disponible en: <http://alianzaporelagua.org/documentos/MONOGRAFICO4.pdf>
- PRIETO Julio Marcelo, Derechos de la naturaleza: Fundamento, contenido y exigibilidad jurisdiccional, Corte Constitucional de Ecuador, 2013, Quito.
- RAMIREZ, María Fernanda y YEPES, María José. Geopolítica de los Recursos Estratégicos: Conflictos por Agua en América Latina. *rev.relac.int.estrateg.segur.* [online]. 2011, vol.6, n.1 [citado 2018-04-10], Available from: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1909-30632011000100008&lng=en&nrm=iso>. ISSN 1909-3063.
- RIOS Lautaro, La Soberanía, el Poder Constituyente y una nueva constitución para Chile, *Estudios Constitucionales*, Año 15, N° 2, 2017, pp. 167- 202. Pág. 183
- RIVERA GOMEZ Luis Manolo, Estado Constitucional de Derecho y Derechos Humanos, Tesis para optar el grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Rafael Landívar, 2013, Guatemala, [citado 18-04-2018], disponible en: <http://biblio3.url.edu.gt/Tesario/2013/07/01/Rivera-Luis.pdf>
- RODRÍGUEZ VÁSQUEZ Julio, Estado de Derecho y Corrupción, Área penal del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú – IDEHPUCP, comentario académico, [citado 18-04-2018], disponible en: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/comentario-julio.pdf>
- RODRIGUEZ, Ignacio, “La tesis de los límites físicos del crecimiento: una revisión de los informes del Club de Roma”, *PERSPECTIVAS. Revista de Análisis de Economía, Comercio y Negocios Internacionales*, Vol. 5, N° 02, 2011,
- ROSILLO, Alejandro, “Pluralismo Jurídico en el constitucionalismo mexicano frente al nuevo Constitucionalismo Latinoamericano”. *Revista Direito e Práxis*, vol.8, n.4, 2017,
- SABSAY Daniel Alberto, EL "Amparo Colectivo" Consagrado por la Reforma Constitucional del 1994, Publicado en: Cuadernos de análisis jurídico, N° 7, serie publicaciones especiales, abril de 1997, Ed. Felipe González Morales, Buenos Aires, pp. 387-405. [versión online], [citado 2018-03-27], disponible en <<http://www.farn.org.ar/wp-content/uploads/2014/06/art02.pdf>>
- SALAZAR LAYNES, Juan, El contenido esencial de los derechos constitucionalmente protegidos, *Revista Foro Jurídico* N° 8, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008, Lima, disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/viewFile/18503/18743>
- SALAZAR UGARTE Pedro, El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3271/22.pdf>
- SALMÓN, Elizabeth, “El Derecho Humano al Agua y los aportes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n° 16, julio 2012, ISSN 1698-7950. Disponible en: <http://universitas.idhbc.es/n16/16-11.pdf>

- SANTIAGO, Alfonso, “Neoconstitucionalismo”, Anales de la Academia de Ciencias Morales y Políticas – Instituto de Política Constitucional, 2008, Disponible en: <https://ancmyp.org.ar/user/files/02neoconstitucionalismo.pdf>
- Sentencia expedida por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 014-2003-AI/TC-Lima-Alberto Borea Odría y más de 5,000 ciudadanos.
- SISTEMA NACIONAL DE INFORMACIÓN AMBIENTAL, Monitoreo de la calidad de agua de los ríos en el Perú, disponible en: <https://www.sinia.minam.gob.pe/tematica/parametros-calidad-agua-dulce> (visitado 07.11.2017)
- SORIANO OSORIO Claudia Morena; JACOBO ALVARADO Yancy María y NÚÑEZ AGUILAR Juan José, El reconocimiento constitucional del derecho al agua en El Salvador, Licenciatura tesis, Universidad de El Salvador, 2012, [citado 18-04-2018], disponible en: <http://ri.ues.edu.sv/3355/>
- SORIANO OSORIO, Claudia, Yancy JACOBO y Juan NÚÑEZ, El Reconocimiento Constitucional del Derecho al Agua en el Salvador, Trabajo de Investigación para obtener el grado de licenciado en Ciencias jurídicas, Universidad de el Salvador, 2012, San Salvador. Disponible en: <http://ri.ues.edu.sv/3355/1/El%20reconocimiento%20constitucional%20del%20derecho%20al%20agua%20en%20El%20Salvador.pdf>
- SOTILLO, Aquiles Ricardo. “La nueva clasificación de los derechos fundamentales en el nuevo constitucionalismo latinoamericano”. Revista Ciencia y Cultura, vol. 19, N° 35, 2015. pp. 163-183.
- STEVENHAGEN, Rodolfo, “Los derechos de los pueblos indígenas: desafíos y problemas”, Revista IIDH. -- N 48 Jul.-Dic., 2008,
- The Carter Center, Informe sobre la Asamblea Constituyente de la República del Ecuador, disponible en: https://www.cartercenter.org/resources/pdfs/peace/americas/Informe_Final_AC_-_Centro_Carter_distribuido.pdf
- TÓRTORA ARAVENA Hugo, Los derechos sociales en el nuevo constitucionalismo latinoamericano, Revista de Derechos Fundamentales - UNIVERSIDAD VIÑA DEL MAR - N° 13 (2015), disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5605954.pdf>
- TÓRTORA ARAVENA Hugo, Los derechos sociales en el nuevo constitucionalismo latinoamericano, Revista de Derechos Fundamentales - UNIVERSIDAD VIÑA DEL MAR - N° 13 (2015), disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5605954.pdf>
- VELAZQUEZ-GUTIERREZ, José Manuel, “Constitucionalismo verde en Ecuador: Derechos de la Madre Tierra y Buen Vivir”. Entramado, vol.10, n.1, 2014
- VERGARA ESTÉVEZ Jorge, El mito de las privatizaciones en Chile, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1350654.pdf>
- VERGARA ESTÉVEZ Jorge, El mito de las privatizaciones en Chile, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1350654.pdf>

- VERGÉS Joaquim, Privatización de Empresas Públicas y Liberalización, Abril 2010, Privatización de EPs y Liberalización, disponible en: <http://webs2002.uab.es/Jverges/pdf%20GEP&R/GEPyR%207,%20Privatizacion%20de%20EP%20y%20Liberalizacion.pdf>
- VIDAL DE LLOBATERA Núria, La problemática del agua, La Revolución por la Vida – Agua, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1068716.pdf>
- VILLOTA, Maria, “El control de constitucionalidad a las omisiones legislativas en el contexto del Estado social de derecho”, Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Vol. 42, No. 117, 2012, Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/rfdcp/v42n117/v42n117a06.pdf>