

EL SERVICIO DE AGUA POTABLE Y SU RECONOCIMIENTO COMO DERECHO FUNDAMENTAL EN EL PERÚ

Fernando Rafael VELEZMORO PINTO

SUMARIO: I. *La consolidación del derecho al agua.* II. *El servicio público de agua potable y la participación privada.* III. *El agua: de servicio público a derecho.*

I. LA CONSOLIDACIÓN DEL DERECHO AL AGUA

1. *Derechos humanos y derechos fundamentales*

En la teoría de los derechos, es común la diferenciación que se hace entre derechos humanos y derechos fundamentales. Tal distinción se presenta en dos planos. En el formal, el término derechos humanos es utilizado para reconocer atributos subjetivos (facultades) atribuibles a todas las personas en general en los instrumentos internacionales, mientras que derechos fundamentales representarían esas facultades o derechos que son reconocidos en cada ordenamiento en particular. Así, los derechos fundamentales sirven para designar los derechos humanos positivados en el ámbito interno.¹

Sin embargo, de mayor importancia es la diferenciación de estos dos términos en el plano conceptual. Así, los derechos humanos representan el conjunto de facultades e instituciones que (sin estarlo) deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos, tanto nacionales como internacionales, mientras que son derechos fundamentales aquellos derechos humanos que por su carácter básico o fundamentador del siste-

¹ Pérez Luño, A. E., *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 6a. ed., Madrid, Tecnos, 1999, p. 31

ma ya se encuentran reconocidos y garantizados en un determinado ordenamiento, sea éste nacional o internacional.²

Al margen de la posición que se asuma al respecto, en términos semánticos, no puede dejar de destacarse la utilidad de la mencionada distinción en especial en el tema del agua. Como se verá el *iter* que ha seguido el reconocimiento del agua como derecho ha transitado, y lo hace aún, por su calificación de derecho humano hacia derecho fundamental. En otras palabras de ser una pretensión moral justifica a un derecho plenamente exigible. Pero también, por otro lado, porque dichos instrumentos internacionales no constituyen convencionalismos que los países se hayan comprometido a respetar sino más bien son documentos que expresan, y por tanto, disposiciones *lege ferenda*, sin vincular positivamente a los países.

2. *Del contexto internacional al reconocimiento constitucional.*

Los casos de Uruguay y Perú

Conocidos son por todos los antecedentes del derecho al agua como derecho humanos. Así, sólo para recordar no podemos dejar de mencionar a la Convención sobre la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención sobre los Derechos del Niño. Sin embargo, su formulación como derecho humano, y por ende planteado en términos generales y no de un grupo o sector específico, no ha sido establecido en una norma convencional. Más bien, ha sido la opinión de expertos del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas que en noviembre de 2002 aprobó la observación número 15, denominada Derecho al Agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, So-

² *Ibidem*, pp. 46 y ss. No obstante, ser esta la posición mayoritaria, debe destacarse a otro sector que sostiene que mientras estos “derechos” no sean reconocidos ni garantizados en un concreto ordenamiento están fuera del ámbito de la juricidad y por lo tanto no obligan ni vinculan a nadie. Por ello, los derechos humanos, entendidos en esos términos, o no son derechos o, si se prefiere, son derechos con existencia pre-jurídica de similares contornos que los antiguos derechos naturales. *Cfr.* Peces Barba, G., *Lecciones de derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2004, pp. 21-28. En Perú, comparte esta crítica, Castillo Córdova, L., *Elementos de una teoría general de los derechos constitucionales*, Lima, Ara, 2003, pp. 14-18.

ciales y Culturales)³ ha expresado en términos categóricos que “derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos”. Esta observación si bien no es fuente de derecho internacional público directamente aplicable ha generado sí una reacción de la sociedad y del Estado, especialmente en Sudamérica que tiende hacia el progresivo reconocimiento expreso del agua como derecho fundamental.

El primer caso que podemos mencionar es Uruguay. Allí, por primera vez se ha reconocido al más alto nivel de ordenamiento nacional, la existencia del derecho al agua.⁴ Así, el 31 de octubre de 2004 y por consulta popular, se modificó el artículo 47 de la Constitución estableciéndose que “El agua es un recurso natural esencial para la vida. El acceso al agua y el acceso al saneamiento, constituyen derechos humanos fundamentales...”

Por nuestra parte, en Perú, el Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la Constitución y órgano último que garantiza los derechos fundamentales, ha señalado que “El agua constituye un elemento esencial para la salud básica y el desarrollo de toda actividad económica, por lo que resulta vital para la supervivencia de todo ser humano... Por ello, se reconoce en los ciudadanos el derecho al agua que impone en los Estados los deberes de respetar, proteger y realizar tal derecho”.⁵

Más interesante aún es el ejercicio interpretativo que realiza la Defensoría del Pueblo del Perú, que a pesar de no tener carácter jurisdiccional emite pronunciamientos o informes sobre los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y la prestación de los servicios públicos, de conformidad con el artículo 162 de la Constitución.

Su reconocimiento como un derecho fundamental es posible incorporarlo al catálogo de derechos constitucionales mediante la utilización del artículo 3o. (o cláusula de los derechos innominados) a través del cual se garantizan otros derechos no explícitamente reconocidos o que se derivan de la dignidad humana, la soberanía popular, la fórmula republicana de gobierno o el Estado democrático de derecho. Seguidamente, señala, que se trata de un derecho que se deriva de la dignidad humana y hace

³ Índice General de las Naciones Unidas E/C 12/2002/11.

⁴ El texto completo del artículo reformado puede verse en Santos, Carlos, *Uruguay: el agua es un derecho humano por democracia directa*, en: www.ecoport.com.

⁵ Expediente número 2064-2004-AA/TC, fundamentos jurídicos 6 y 7.

posible el ejercicio de otros derechos constitucionales como, el derecho al respeto de la dignidad, la vida, libre desarrollo y bienestar, al goce de un ambiente equilibrado y a la salud.⁶

Así, también ha expresado que de acuerdo al artículo 55 y la cuarta disposición final de la Constitución se reconoce el carácter vinculante de los tratados internacionales al formar parte del derecho nacional y, además, que los derechos se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por el Perú. Sin embargo, completando lo dicho por la Defensoría, se puede sostener que el pronunciamiento del comité de expertos del Consejo de Derechos Económicos Sociales y Culturales en su observación número 15, que reconoce expresamente el derecho al agua, es plenamente aplicable por cuanto constituye una interpretación de los artículos 11 y 12 del PIDESC suscrito y ratificado por el Perú.

3. El contenido del derecho al agua y las obligaciones que de él se derivan

Con meridiana claridad ha expresado el Comité de DESC, en la observación número 15 antes citada, que el contenido del derecho al agua implica su *disponibilidad*, esto es un abastecimiento continuo y suficiente para usos personales como consumo, higiene personal y doméstica, y saneamiento, su *accesibilidad*, es decir, que el agua y las instalaciones y servicios de agua deban ser accesibles a todos sin discriminación de ningún tipo. Ello implica las siguientes cuatro dimensiones: 1) accesibilidad física o alcance físico a todos los sectores de la población incluyendo a los de menores recursos; 2) accesibilidad económica, por la cual los costos y cargos deben ser asequibles para todos; 3) no discriminación; 4) acceso a la información sobre cuestiones relativas al agua. Además, forma parte del contenido del derecho al agua en cuanto a su calidad, que esta sea abastecida en condiciones *salubres*.

Este contenido del agua como derecho genera obligaciones tanto positivas como negativas, de hacer y de no hacer, que el Tribunal Constitucional (TC) peruano ha expresado en:

⁶ Defensoría del Pueblo, “Ciudadanos sin Agua. Análisis de un derecho vulnerado”, Informe número 94, Lima, 2005.

El deber de *respeto*, supone que los Estados aseguren que las actividades de sus instituciones, agencias y representantes no interfieran con el acceso de las personas al agua; el deber de *protección* frente a terceros manifiesta la implementación de medidas a fin de evitar la contaminación y que asegure el abastecimiento, la seguridad y la accesibilidad del agua para la población; y el deber de *realizar* implica implementar políticas que posibiliten progresivamente el acceso de la población al agua potable segura y a instalaciones de saneamiento.

II. EL SERVICIO PÚBLICO DE AGUA POTABLE Y LA PARTICIPACIÓN PRIVADA

1. *Papel del Estado y los servicios públicos en Perú*

Antes que la definición de servicio público —que desde siempre ha estado sujeto a controversias— conviene señalar, siguiendo a Sorace,⁷ que la calificación de un servicio económico como público surge como consecuencia de una intervención pública en tres momentos: primero, la apreciación por parte del Estado de asegurar la satisfacción de una determinada necesidad como de interés prioritario; segundo, la atribución por parte de la ley al Estado o a otro ente local de la “titularidad” de los servicios idóneos para satisfacer aquellas necesidades o una autónoma decisión de la “asunción” del servicio por parte del poder público; en tercer lugar, la administración pública competente se ocupaba de la gestión (producción o distribución del servicio) directa o indirectamente. Las características del servicio público se podía resumir, en el modelo francés, como *igualdad*, es decir acceso sin discriminaciones; *continuidad*, o sea que la prestación se realice de manera ininterrumpida, y *mutabilidad*, que significa la constante adaptación a los cambios técnicos y económicos. Sin embargo, el elemento distintivo de dicha etapa está en el componente subjetivo, es decir, en la participación del Estado en la propia prestación del servicio. Tal era el panorama que recogía la derogada Constitución de 1979 que fomentaba la creación de empresas estatales que prestaban directamente el servicio público.

Sin embargo, pronto la ineficiencia en la prestación de servicios y consecuentemente la insatisfacción de dichas necesidades, junto con el colapso de la economía y la necesidad de reactivarla con el ingreso de

⁷ Sorace, Doménico, *Estado y servicios públicos. La perspectiva europea*, Lima, Pa-lestra, 2006, pp. 19 y 20.

capitales, dio paso a la liberalización de la pesada carga estatal en los inicios de la década de los años noventa. Las privatizaciones de las empresas públicas, primero en la modalidad de venta directa de activos y luego en la forma de concesiones públicas, fueron la nota característica después de aprobada la Constitución de 1993.

El régimen económico peruano, desde 1993, está definido por la garantía de la libre competencia, la libre iniciativa privada y la participación subsidiaria del Estado en aquellas zonas de la economía donde el mercado no ha funcionado y quedan necesidades insatisfechas, restituyendo así la igualdad material de los partícipes, siempre de manera excepcional y primordialmente en las áreas de promoción del empleo, salud, educación, servicios públicos, seguridad e infraestructura.

Justamente, uno de las principales áreas en donde la ineficiencia del Estado ha sido notoria antes de la década de los noventa era en los servicios públicos domiciliarios: agua, luz, teléfono, etcétera. Por ello, en una segunda etapa el proceso de liberalización económica peruana se da ya no con la privatización o venta directa de activos de las empresas públicas encargadas de estos servicios, sino con su entrega en concesión. Es decir, con la cesión temporal de gestión de la infraestructura que sustenta el servicio público, así como su explotación y aprovechamiento económico. A través de la concesión el Estado mantiene la titularidad del servicio público y lo legitima, por tanto, a funciones de mayor supervisión y control. Asimismo, también, se transforman las relaciones de los individuos con el Estado e interviniendo de por medio el gestor del servicio que es un operador privado. Tenemos, pues, que las relaciones entre Estado y gestor del servicio es una típica relación de derecho administrativo, mientras que la relación entre gestor y usuario es típica de derecho privado.

2. La realidad del servicio de agua potable en Perú

Sin embargo, el típico esquema de la concesión antes reseñado se rompe para el caso de los servicios públicos domiciliarios. En el caso de la electricidad, agua, telefonía, intervienen, en el modelo peruano, los organismos reguladores. A similitud de las *agencias* norteamericanas los organismos reguladores son entidades estatales especializadas que tienen por finalidad la supervisión y regulación del servicio. La intensidad de la intervención del Estado, a través de estos organismos reguladores se puede medir por las facultades de vigilancia, control, fijación de tarifas, ex-

pedición de normas técnicas y hasta de sanción en caso de incumplimiento. Merece también mencionarse, como nota característica, que actúan como instancia administrativa en la resolución de controversias entre los usuarios y los gestores del servicio.

En el caso particular del servicio de agua potable y saneamiento, en el Perú, hasta el año 2005, tanto la titularidad del servicio como el gestor recaían en el Estado. Así, las empresas gestoras del servicio eran empresas estatales, dependientes del gobierno central, en el caso de Servicio de Agua Potable y Alcantarillado para Lima (Sedapal), adscrita al Ministerio de Vivienda, o a través de las entidades prestadoras del servicio (EPS), adscritas a las municipalidades (corporaciones locales estatales).

Debido a la ineficiencia en la prestación del servicio, en especial al limitado acceso de la población al abastecimiento de agua y saneamiento, lo que implicaría fuertes inversiones de capital, se han empezado a desarrollar esquemas de concesión en manos privadas del servicio. El primer caso es la EPS Emfapa Tumbes, en el departamento del mismo nombre y que se encuentra ubicado en el extremo norte del país. Tumbes tiene un territorio pequeño si se le considera respecto a otros departamentos del país y cuya población es incluso menor a alguno de los distritos de la gran Lima. Es muy corto el tiempo que ha pasado desde la fecha de la concesión para que se pueda evaluar los resultados.

El inicio de la ola privatizadora de la gestión del servicio de agua y saneamiento tiene como mira, sin duda alguna, la ciudad capital, gestionada por empresa privada de titularidad estatal: Sedapal, que no ha podido revertir los graves problemas de acceso al agua y desagüe y los altos índices de desabastecimiento en las zonas marginales o cinturones de pobreza en los extremos de la ciudad. En dichos lugares, el abastecimiento es a través de servidores informales mediante camiones cisternas trasladan y venden pequeñas cantidades de agua a precios mucho mayores que los que cobra Sedapal en las zonas abastecidas por ella. El alto costo que conlleva la extensión de las redes de agua y alcantarillado a esas zonas urbano-marginales (muchas de ellas ubicadas en colinas en los alrededores de Lima) ha impedido revertir esta situación. De allí que cada vez más, desde sectores del mismo Estado planteen la necesidad de privatizar los servicios de agua y saneamiento en la misma modalidad que el resto de servicios públicos domiciliarios.

III. EL AGUA: DE SERVICIO PÚBLICO A DERECHO

Como se ha descrito a lo largo del presente trabajo, se hace necesario conciliar la evolución del acceso al agua potable de servicio público con la de derecho fundamental. La principal mutación se da en el hecho de que no sólo es una obligación del Estado, como servicio público, sino que es un derecho que el ciudadano puede reclamar para sí.

Así, es de resaltar que hoy el acceso al agua se puede reclamar incluso ante órganos jurisdiccionales para conseguir su prestación efectiva. Al ser derecho fundamental, vincula plenamente a los poderes públicos y cuya efectividad si bien es progresiva no puede ser soslayada por el Estado. En efecto, al ser un derecho social que demanda inversión económica no puede reclamarse el cumplimiento inmediato del deber estatal de satisfacción del derecho, pero sí la aplicación progresiva mediante la adopción de políticas públicas tendentes a la satisfacción plena del derecho.

En este punto, la controversia gira en determinar si la satisfacción del derecho de acceso al agua potable impone siempre que el servicio prestado exclusivamente por personas jurídicas estatales, como ocurre en el caso uruguayo. Creo que no, en tanto que las políticas públicas que exige la satisfacción progresiva del derecho al agua no importa necesariamente que su prestación sea hecha por el Estado. En tanto la finalidad sea satisfecha, y cada vez más personas tengan acceso al agua potable y al saneamiento en condiciones de salubridad, el medio por el cual se consiga es irrelevante. En consecuencia, sea cual fuere el medio por el que se opte, gestión pública o privada, en tanto no se consiga la finalidad perseguida, el Estado estará legitimado, con mayor razón si se trata de un verdadero fundamental, en revertir dicha situación. Tanto las empresas públicas como privadas que gestionen el servicio estarán sujetas a mayores controles, sea a través de los organismos reguladores, conforme se ha descrito o, en casos extremos, mediante la resolución o rescisión de los contrato de concesión, en razón de que ya no sólo se salvaguarda un servicio de interés público, cuya titularidad es estatal, sino un derecho fundamental como lo es hoy el agua, cuya titularidad es siempre la persona humana.