

Por:
Oscar Díaz Muñoz*

EL DERECHO HUMANO AL AGUA POTABLE EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Resumen

En el ordenamiento jurídico peruano se ha reconocido el derecho al agua potable como un derecho fundamental, al considerar que el agua es el principal recurso natural por ser imprescindible para la vida y la salud. Sin embargo, se mantiene la discusión de si podría reconocerse como un derecho autónomo, y si su reconocimiento se debe sustentar en la cláusula de los derechos no enumerados o en instrumentos internacionales ratificados por el Perú. El presente artículo aborda esos temas, así como el análisis y contenido esencial de este derecho, tomando como referencia la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano.

Palabras claves: Derecho fundamental al agua potable, Derechos fundamentales autónomos, Reconocimiento de derechos, Cláusula de los derechos no enumerados, Instrumentos internacionales.

Abstract

In Peruvian legal order, the right to potable water has been recognized as a fundamental right, when considering that water is the main natural resource for being essential to life and health. Nonetheless, discussion is kept as to whether it could be regarded as an autonomous right, and whether its acknowledgement must be supported in the clause of not listed rights or in international instruments ratified by Peru. The present article deals with such issues, as well as the analysis and essential content of this right, taking the Peruvian Constitutional court's jurisprudence as reference.

Key words: Fundamental right to potable water, Autonomous fundamental rights, Acknowledgement of rights, Clause of not listed rights, International instruments.

* Doctor en Derecho por la Universidad de Zaragoza (España). Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional. Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Peruana de Ciencia Aplicadas (UPC). Email: odiazmunoz@gmail.com

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. II. EL DERECHO AL AGUA POTABLE COMO DERECHO FUNDAMENTAL NO ENUMERADO. III. NATURALEZA DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL AGUA POTABLE. IV. CONTENIDO MÍNIMO DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL AGUA POTABLE. 1. *El acceso*. 2. *La calidad*. 3. *La suficiencia*. V. SUSPENSIÓN DEL SERVICIO DE AGUA POTABLE POR DEUDAS. VI. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Dentro de los recursos naturales, no cabe duda que el agua es el principal de todos, por ser imprescindible para la vida y la salud. Pero, al mismo tiempo, es un recurso limitado y por lo general mal aprovechado, resultando impostergable tomar conciencia de esta realidad.

De ahí la gran importancia de que la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU) reconociera, el 28 de julio de 2010, que «el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos», tras constatar que «aproximadamente 884 millones de personas carecen de agua potable y más de 2,600 millones de personas no tienen acceso a saneamiento básico», así como que «cada año fallecen aproximadamente 1,5 millones de niños menores de 5 años y se pierden 443 millones de días lectivos a consecuencia de enfermedades relacionadas con el agua y el saneamiento»¹.

Siendo el derecho a la vida «el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible»², no cabe duda que el agua comparte su importancia, al ser la sustancia que le resulta esencial, por lo que es indiscutible que el goce de ese recurso natural es fundamental para el respeto de la dignidad de la persona (artículo 1º de la Constitución). Téngase en cuenta al respecto que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el derecho a la vida «comprende no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también *el derecho a que no se generen condiciones que le impidan o dificulten el acceso a una existencia digna*» (la cursiva es nuestra)³, por lo que «una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida, es (...) adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria»⁴.

¹ Resolución A/RES/64/292.

² Sentencia del Tribunal Constitucional español n. 53/1985, de 11 de abril de 1985, FJ 3.

³ Caso *Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Sentencia del 17 de junio de 2005. Serie C Nº 125, párr. 161.

⁴ Caso *Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, 2005, párr. 162.

Desde esta perspectiva, el derecho humano al agua potable impone al Estado el deber de adoptar medidas de protección, en garantía del derecho a una vida digna.

En esta línea, tres años antes del citado reconocimiento de la ONU, el Tribunal Constitucional peruano (TC) , en la STC N° 6546-2006-PA/TC del 7 de noviembre de 2007, reconoció el derecho al agua potable como derecho fundamental autónomo, contenido implícitamente en el artículo 3º de la Constitución (*cláusula de los derechos no enumerados*), retirando su jurisprudencia en las SSTC 6534-2006-PA/TC, del 15 de noviembre de 2007; 03668-2009-PA/TC, del 8 de setiembre de 2010 y 01985-2011-PA/TC, del 22 de setiembre de 2011. En este trabajo nos proponemos resaltar el fundamento de este derecho, su contenido y ámbito de protección, a partir de la mencionada jurisprudencia constitucional.

II. EL DERECHO AL AGUA POTABLE COMO DERECHO FUNDAMENTAL NO ENUMERADO

Como es sabido, los instrumentos internacionales y las constituciones no hacen más que reconocer los derechos humanos, pues éstos son exigencia de la dignidad de la persona, mínimos de justicia imprescindibles para ella. Por tal motivo, la jurisdicción constitucional podrá, a través de la interpretación conforme al criterio de *fuerza normativa de la Constitución*⁵, actualizar el texto constitucional, reconociendo derechos humanos ante las nuevas afectaciones a la dignidad de la persona que puedan presentarse en la sociedad.

Frente a derechos fundamentales no expresamente reconocidos en la Constitución, el TC considera que la individualización de éstos puede operar no sólo a partir del artículo 3º de la Constitución⁶ (la llamada *cláusula de los derechos implícitos o de los derechos no enumerados*), sino también con los instrumentos internacionales de derechos humanos⁷.

Tratándose del derecho al agua potable, el TC considera que a nivel internacional aún se encuentran pendientes de desarrollo muchos de los ámbitos que comprendería el derecho al agua potable. En vista de ello, para el TC este derecho estaría contenido en la *cláusula de los derechos no enumerados*, pues su «reconocimiento se encontraría ligado directamente a valores tan importantes como la dignidad del ser humano y el Estado social y democrático de derecho»⁸.

⁵ Cfr. HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, p. 50.

⁶ «La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno».

⁷ STC 06534-2006-PA/TC, fundamento 16.

⁸ STC 06534-2006-PA/TC, fundamento 17.

Como es sabido, la *cláusula de los derechos no enumerados*, del artículo 3º de la Constitución, tiene como antecedente el artículo 4º de la Constitución de 1979º. Se trata de una disposición de clara inspiración en la Enmienda IX de la Constitución norteamericana de 1787, conforme a la cual: «No por el hecho de que la Constitución enumera ciertos derechos ha de entenderse que niega o menosprecia otros que retiene el pueblo»¹⁰.

No compartimos la apreciación del TC cuando afirma que en el ámbito internacional aún se encuentra pendiente de desarrollo el derecho al agua potable. Debemos empezar por citar el artículo 11º, párrafo 1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), que prescribe:

«Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento».

Como puede verse, el Pacto considera que el derecho a un nivel de vida adecuado *incluye* alimentación, vestido y vivienda adecuados. Pero hay que advertir - como lo ha hecho el Comité de la ONU sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales - que en tanto que el Pacto usa la palabra «incluso» indica que ese catálogo (alimentación, vestido, vivienda) no tiene carácter taxativo, por lo que el «derecho al agua está claramente dentro de la categoría de garantías esenciales para asegurar un nivel de vida adecuado, particularmente en tanto que es una de las condiciones más fundamentales para la supervivencia»¹¹. Consecuentemente, el derecho humano al agua potable encuentra reconocimiento en el artículo 11º, párrafo 1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Además, podemos encontrar reconocido el derecho al agua potable en otros tratados sobre derechos humanos de la ONU. Así, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación en contra de la Mujer (1979), establece, en su

⁹ Constitución 1979, artículo 4º: «La enumeración de los derechos reconocidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que derivan de la dignidad del hombre, del principio de soberanía del pueblo, del Estado social y democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno».

¹⁰ La influencia de la Enmienda IX de la Constitución norteamericana también se ha hecho presente en otras constituciones americanas, como la argentina de 1853, donde la cláusula de los derechos no enumerados estuvo contenida en su artículo 33º y permitió que la Corte Suprema de ese país sostuviera, en el caso Samuel Kot SRL de 1958, que en dicha estipulación estaba contenido el amparo, como «garantía tácita o implícita que protege los diversos aspectos de libertad individual» (SAGÜÉS Nestor Pedro. *Derecho Procesal Constitucional. Acción de Amparo*, Volumen 3, 2a Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1988, p. 12).

¹¹ COMITÉ DE LA ONU SOBRE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Observación General n. 15*, Ginebra, 11-29 de noviembre de 2002.

artículo 14º, párrafo 2.h, que los Estados Partes asegurarán el derecho de la mujer a «gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de (...) abastecimiento de agua». También, la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), en su artículo 24º, párrafo 2.c, obliga a los Estados a adoptar medidas apropiadas para «combatir las enfermedades y la malnutrición (...) mediante, entre otras cosas (...) agua potable salubre». Y en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006) los Estados Partes se comprometen a asegurar el acceso en condiciones de igualdad de las personas con discapacidad a servicios de agua potable (artículo 28º.2.a).

Por ello, en nuestra opinión, la condición de derecho fundamental del derecho al agua potable ha podido sustentarse apelando no necesariamente a la *cláusula de los derechos no enumerados* del artículo 3º de la Constitución, sino a los tratados internacionales sobre derechos humanos, como estipula la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, que, al decir del TC, obligatoriamente informan el ejercicio interpretativo de los derechos humanos que realice todo órgano jurisdiccional del Estado¹².

III. NATURALEZA DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL AGUA POTABLE

El TC parte por reconocer que el derecho al agua potable «supone primariamente un derecho de naturaleza *positiva o prestacional*, cuya concretización correspondería promover fundamentalmente al Estado» (la cursiva es nuestra)¹³.

Resalta también el TC la vinculación del derecho al agua potable con otros derechos fundamentales, pues tiene como objeto el aprovechamiento de un recurso natural que es «un elemento básico para el mantenimiento y desarrollo no sólo de la existencia y la calidad de vida del ser humano sino de otros derechos tan elementales como la salud, el trabajo y el medio ambiente, resultando prácticamente imposible imaginar que sin la presencia de dicho elemento el individuo pueda ver satisfechas sus necesidades elementales y aún aquellas otras que sin serlo, permiten la mejora y aprovechamiento de sus condiciones de existencia»¹⁴.

Como puede verse, estamos frente a un derecho fundamental de naturaleza prestacional, vinculado a otros derechos, como el derecho a la vida, el derecho a la salud, el derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado, y el derecho al trabajo. Y es que, como ha dicho el TC en otro lugar, «todos los derechos humanos constituyen un complejo integral único e indivisible, en el que los diferentes derechos se encuentran necesariamente interrelacionados y son interdependientes entre sí»¹⁵.

Pero no sólo el TC pone de relieve que el derecho al agua potable se relaciona con otros derechos fundamentales, sino también destaca la importancia del agua en el

¹² Cfr. STC 00007-2007-PI/TC, fundamento16.

¹³ STC 06534-2006-PA/TC, fundamento18.

¹⁴ STC 06534-2006-PA/TC, fundamento18.

¹⁵ STC 2945-2003-AA/TC, fundamento 11.

desarrollo social y económico del país, a través de las políticas que el Estado emprende en una serie de sectores como la agricultura, la minería, el transporte o la industria¹⁶.

Por todo ello, para el supremo intérprete de la Constitución el agua tiene un papel esencial en pro del individuo y de la sociedad en su conjunto, lo que «permite considerar su estatus no sólo a nivel de un derecho fundamental, sino de un valor objetivo que al Estado Constitucional corresponde privilegiar»¹⁷.

Para el TC el derecho al agua potable tiene carácter *prestacional*, por lo que correspondería ubicarlo dentro de los llamados derechos sociales. De hecho, según hemos visto, se ha ocupado de este derecho el Comité de la ONU sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que sostiene que se encuentra reconocido en el artículo 11º, párrafo 1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En otra oportunidad, ha señalado el TC que los derechos sociales no pueden ser exigidos de la misma manera en todos los casos, pues

«No se trata de prestaciones específicas, en tanto dependen de la ejecución presupuestal para el cumplimiento de lo exigido, lo contrario supondría que cada individuo podría exigir judicialmente al Estado un puesto de trabajo o una prestación específica de vivienda o salud en cualquier momento...

... En consecuencia, la exigencia judicial de un derecho social dependerá de factores tales como la gravedad y razonabilidad del caso, su vinculación o afectación de otros derechos y la disponibilidad presupuestal del Estado, siempre y cuando puedan comprobarse acciones concretas de su parte para la ejecución de políticas sociales»¹⁸.

Aun cuando se alegara el principio de progresividad en el gasto público, al que hace referencia la Undécima Disposición Final y Transitoria de la Constitución¹⁹, debe tenerse en cuenta que dicho principio «no puede ser entendido con carácter indeterminado y, de este modo, servir de alegato frecuente ante la inacción del Estado, pues (...) la progresividad del gasto no está exenta de observar el establecimiento de plazos razonables, ni de acciones concretas y constantes del Estado para la implementación de políticas públicas»²⁰. Lo contrario podría acarrear una inconstitucionalidad por omisión²¹.

A esto debemos añadir que los derechos sociales son derechos progresivos, no meramente programáticos. En efecto, «mientras que lo programático implica que los derechos sociales no constituyen más que simples declaraciones y, por ende, pueden

¹⁶ STC 06534-2006-PA/TC, fundamento 19.

¹⁷ STC 06534-2006-PA/TC, fundamento 20.

¹⁸ STC 2945-2003-AA/TC, fundamentos 31 y 32.

¹⁹ «Las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos o mayores gastos públicos se aplican progresivamente».

²⁰ STC 2945-2003-AA/TC, fundamento 36.

²¹ Cfr., STC 2945-2003-AA/TC, fundamento 49.

ser respetados o no, el entenderlos como derechos progresivos comporta, ya de por sí, un deber ineludible para el Estado de proveer las condiciones materiales mínimas para su mayor realización posible»²². Otro principio aplicable a los derechos sociales es el de *prohibición de su regresividad*, en el sentido que «el Estado se obliga a mejorar la situación de estos derechos y simultáneamente asume la prohibición de disminuir el ámbito de protección de los derechos vigentes o derogar los ya existentes»²³.

En consecuencia, por la condición de prestacional del derecho al agua potable, un Estado no viola este derecho cuando no todos sus habitantes tienen acceso al agua potable²⁴. Pero el Estado debe hacer efectivo este derecho para todos en plazos razonables, así como ir hacia un progresivo mejoramiento en su disfrute por todas las personas.

IV. CONTENIDO MÍNIMO DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL AGUA POTABLE

El TC considera que, a fin de tutelar el derecho fundamental al agua potable, el Estado debe, como mínimo, garantizar a toda persona: el acceso, la calidad y la suficiencia del agua. Para el TC, «sin la presencia de estos tres requisitos, dicho atributo se vería desnaturalizado notoriamente al margen de la existencia misma del recurso. No se trata, por consiguiente, 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»²⁵.

A nuestro juicio, bien podemos entender que las obligaciones del Estado de garantizar el acceso, la calidad y la suficiencia del agua forman parte del *contenido esencial* del derecho al agua potable, por lo que el legislador en ningún caso podrá desconocer dichas responsabilidades estatales; de lo contrario, el derecho terminaría desnaturalizado, como afirma el TC²⁶. Se trata, pues, de que respetar obligatoriamente

²² LANDA ARROYO, César. *Constitución y Fuentes del Derecho*, Palestra, Lima 2006, p. 45.

²³ LANDA ARROYO, César, 2006, p. 46.

²⁴ Cfr. PROGRAMA DE ONU-AGUA PARA LA PROMOCIÓN Y LA COMUNICACIÓN EN EL MARCO DEL DECENIO Y CONSEJO DE COLABORACIÓN PARA EL ABASTECIMIENTO DE AGUA Y SANEAMIENTO, *El derecho humano al agua y al saneamiento. Nota para los medios*.

²⁵ STC 06534-2006-PA/TC, fundamento 21.

²⁶ La garantía del contenido esencial es un límite de límites a la ley reguladora de un derecho fundamental. Como escribe Parejo Alfonso, es «límite último, residual e infranqueable, de cualesquiera límites propios de los derechos fundamentales o que legítimamente puedan ser impuestos a éstos» (PAREJO ALFONSO Luciano. *El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981*, en «Revista Española de Derecho Constitucional» 3, 1981, p. 182). Su función es «proporcionar un parámetro conforme al cual apreciar si el legislador que restringe el contenido constitucionalmente protegido *prima facie* de un derecho fundamental para preservar otros derechos o bienes constitucionales comprime, o no, tan acusadamente dicho contenido que, en la práctica, equivale a su total desvirtuación» (MEDINA GUERRERO Manuel. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid 1996, p. 146).

este *núcleo* mínimo, a partir del cual el legislador pueda operar ampliando más o menos expansivamente las condiciones de ejercicio del derecho²⁷.

1. *El acceso*

Desde el Estado deben crearse, directa o indirectamente (vía concesionarios), condiciones de acercamiento del agua a favor de sus destinatarios, con las siguientes consideraciones:

«a) ...debe existir agua, servicios e instalaciones físicamente cercanos al lugar donde las personas residen, trabajan, estudian, etc.;

b) el agua, los servicios y las instalaciones deben ser plenamente accesibles en términos económicos, es decir, en cuanto a costos deben encontrarse al alcance de cualquier persona, salvo en los casos en que por la naturaleza mejorada o especializada del servicio ofrecido, se haya requerido de una mayor inversión en su habilitación;

c) acorde con la regla anterior, no debe permitirse ningún tipo de discriminación o distinción, cuando se trata de condiciones iguales en el suministro del líquido elemento; desde el Estado debe tutelarse preferentemente a los sectores más vulnerables de la población;

d) debe promoverse una política de información permanente sobre la utilización del agua así como sobre la necesidad de protegerla en cuanto recurso natural»²⁸.

Muy importante resulta la distinción que, al respecto, hace el Comité de la ONU sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre *accesibilidad física* y *accesibilidad económica*. Conforme a la primera, «el agua suficiente, salubre y aceptable debe ser accesible dentro de, o en la inmediata vecindad de cada casa, institución educativa y lugar de trabajo»²⁹. Por su parte, la *accesibilidad económica* consiste en que el agua y las instalaciones y servicios hídricos deben estar al alcance económico de todos, y que los costos y gravámenes directos asociados con la seguridad hídrica deben tener un costo razonable³⁰.

Es importante mencionar que la accesibilidad económica, también llamada asequibilidad, no determina un derecho al agua gratis para todos, sino que todas las

²⁷ Cfr. GARCÍA MORILLO Joaquín. *Las garantías de los derechos fundamentales (I). Las garantías genéricas. La suspensión de los derechos fundamentales*, en LÓPEZ GUERRA Luis y otros, *Derecho Constitucional*, Vol. I, Tirant Lo Blanc, Valencia, 2000, p. 444.

²⁸ STC 06534-2006-PA/TC, fundamento 22.

²⁹ COMITÉ DE LA ONU SOBRE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, 2002, n. 15.

³⁰ COMITÉ DE LA ONU SOBRE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, 2002, n. 15.

personas contribuyan financieramente o de otra manera a este servicio, pero a costos razonables, tratándose de un servicio que compromete a un derecho fundamental³¹.

2. *La calidad*

Para el TC, «la calidad (...) ha de significar la obligación de garantizar condiciones plenas de salubridad en el líquido elemento así como la necesidad de mantener en óptimos niveles los servicios e instalaciones con las que el mismo ha de ser suministrado. Inaceptable, por tanto, resultaría que el agua pueda ser dispensada de una forma que ponga en peligro la vida, la salud o la seguridad de las personas, debiéndose para tal efecto adoptar las medidas preventivas que resulten necesarias para evitar su contaminación mediante microorganismos o sustancias nocivas o, incluso, mediante mecanismos industriales que puedan perjudicarla en cuanto recurso natural»³².

A este propósito, el Comité de la ONU sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala que «el agua requerida para cada uso personal o doméstico debe ser salubre, por lo tanto debe estar libre de microorganismos, sustancias químicas y *peligros* radiológicos que constituyan una amenaza a la salud de la persona. Además, el agua debe tener un color, olor y gusto aceptables para cada uso personal o doméstico»³³.

3. *La suficiencia*

Según el TC, el agua potable debe ser dispensada «en condiciones cuantitativas adecuadas que permitan cuando menos satisfacer las necesidades elementales o primarias de la persona, como las vinculadas a los usos personales y domésticos o incluso aquellas referidas a la salud, pues de éstas depende la existencia de cada individuo»³⁴.

Con la *suficiencia*, denominada también *disponibilidad*, se trata, entonces, de garantizar a las personas que el agua potable les sea suficiente para su uso personal y doméstico y para prevenir enfermedades³⁵. Esos usos ordinariamente incluyen: «las bebidas, el saneamiento personal, el lavado de la ropa, la preparación de alimentos, y la higiene personal y familiar»³⁶.

³¹ Cfr. PROGRAMA DE ONU-AGUA PARA LA PROMOCIÓN Y LA COMUNICACIÓN EN EL MARCO DEL DECENIO Y CONSEJO DE COLABORACIÓN PARA EL ABASTECIMIENTO DE AGUA Y SANEAMIENTO, *El derecho humano al agua y al saneamiento. Nota para los medios*.

³² STC 06534-2006-PA/TC, fundamento 23.

³³ COMITÉ DE LA ONU SOBRE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, 2002, n. 15.

³⁴ STC 06534-2006-PA/TC, fundamento 24.

³⁵ Cfr. GARCÍA Aniza. *El derecho humano al agua y el derecho a la alimentación*, en: http://www.fundacionhenrydunant.org/documentos/derecho_agua_alimentacion/derecho_agua_alimentacion.pdf. Consulta: 29 de octubre de 2008.

³⁶ COMITÉ DE LA ONU SOBRE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, 2002, n. 15.

V. SUSPENSIÓN DEL SERVICIO DE AGUA POTABLE POR DEUDAS

En la STC 6534-2006-PA/TC el demandante interpuso un proceso de amparo contra el Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima (SEDAPAL), solicitando que se le restituya el servicio de agua potable, en protección de sus derechos constitucionales a la vida, a gozar de un medio equilibrado y adecuado, su derecho a la salud, entre otros. Afirmaba no tener deuda por la prestación del servicio de agua potable.

El demandado alegó que el servicio fue cortado conforme a la cláusula novena del denominado *Contrato Privado de Servicio de Facturación Individualizada*, debido a que más del 25% del total de usuarios del edificio donde habitaba el demandante alcanzó una morosidad mayor a los dos meses.

El TC consideró que el derecho fundamental a la *libertad de contrato* no puede interpretarse en el sentido que «lo estipulado en un contrato sea absoluto, bajo la sola condición de que haya sido convenido por las partes. Por el contrario resulta imperativo que sus estipulaciones sean compatibles con el orden público, el cual, en el contexto de un Estado constitucional de derecho, tiene un contenido primario y básico en el conjunto de valores, principios y derechos constitucionales»³⁷. Por tal razón, el TC examinó si la mencionada cláusula contractual novena constituía «una “irrazonable auto restricción” de determinados derechos constitucionales»³⁸.

Para el TC la referida estipulación incidía irrazonablemente sobre derechos fundamentales como el derecho a la salud, pues constituía una habilitación a la suspensión del servicio de provisión de agua potable, la cual constituye un elemento indispensable para la vida y la salud de las personas³⁹. Por ello, el TC resolvió declarando inaplicable al demandante la citada cláusula novena del *Contrato Privado de Servicio de Facturación Individualizada*.

De esta forma, el TC proscribe la suspensión del servicio de agua potable por parte del proveedor como medida coercitiva para el pago de deudas. Sustenta este criterio en los siguientes términos:

«La empresa puede invocar a favor suyo el derecho de propiedad en la medida que la suspensión del servicio es medio del que la empresa se sirve para poder recuperar el dinero que le está adeudado. Puede por ello convenirse en que la medida prevista en la cláusula constituye una medida *idónea*, pero no es indispensable y, por ello, no supera la exigencia del principio de *necesidad*.

En efecto la empresa puede disponer de medios alternativos que pueden alcanzar el objetivo de recuperar el monto adeudado, pero sin afectar el derecho a la salud y el derecho a la dignidad de la recurrente. Entre tales medios, se halla,

³⁷ STC 06534-2006-PA/TC, fundamento 6.

³⁸ STC 06534-2006-PA/TC, fundamento 6.

³⁹ STC 06534-2006-PA/TC, fundamento 9.

por ejemplo, la cobranza a través de vía judicial del monto adeudado, *pero con la continuación de la prestación del servicio, pudiendo el usuario pagar por el mismo de manera regular sin que para ello tenga que ser necesario el pago del monto adeudado*. De esta forma se posibilita que tanto el derecho a la salud y a la dignidad, como también, el derecho a la propiedad, pueden alcanzar simultáneamente realización. En efecto, el usuario continúa gozando del servicio de agua y, así, goza de sus derechos a la salud y a la dignidad y la empresa prestadora del servicio no ve afectada la recuperación del monto adeudado y, con ello, lesionado su derecho de propiedad» (la cursiva es nuestra)⁴⁰.

Esta doctrina jurisprudencial ha sido reiterada en la STC 01985-2011-PA/TC, donde el supremo intérprete de la Constitución ha señalado que «la existencia de una deuda por parte de los usuarios del servicio de agua *no justifica la omisión en la prestación del servicio*, pues la cobranza de dichas deudas puede ser solicitada a través de la vía judicial respectiva a efectos del retorno de la inversión que la empresa concesionaria efectúa para hacer efectivo el servicio (Cfr. 06534-2006-PA/TC, fundamento 10 a 14), sin que ello implique restringir o extinguir su prestación» (fundamento 11) (la cursiva es nuestra).

A partir de estos casos, puede advertirse una línea jurisprudencial en el TC según la cual no resultaría constitucional la medida de suspensión del servicio de agua potable por deudas al proveedor del servicio, aun amparada en un contrato, pues frente al incumplimiento de pago cabe que éste recurra a la vía judicial. Con ello, el TC buscaría privilegiar el mantenimiento del servicio de agua potable por su incidencia en derechos fundamentales como la vida y la protección de la salud, frente al interés patrimonial del proveedor del servicio que puede verse tutelado a través del proceso judicial.

Similar criterio encontramos en la Corte Constitucional de Colombia, aunque adoptado en función a las circunstancias particulares de la demandante. En el caso, la demandante solicitaba que por vía de tutela se ordene la reconexión de los servicios públicos domiciliarios de agua y luz, los cuales le fueron suspendidos por las Empresas Públicas de Medellín por incumplimiento de pago. Alegaba que debía practicársele una diálisis peritoneal en su domicilio (dada la frecuencia del tratamiento: cada seis horas, con una duración de 30 minutos), el cual exigía un exhaustivo aseo personal y una buena iluminación. Al respecto, señaló la Corte:

«...la situación de salud de la peticionaria, la ubica como sujeto de especial protección para el Estado por sus condiciones de debilidad manifiesta, por cuanto no está en condiciones normales para desempeñar una actividad laboral, pues el sólo cuidado de su enfermedad le demanda gran parte del día y de acuerdo con su propia versión, la cual no fue desvirtuada por la entidad demandada, carece de los medios y posibilidades económicas necesarios para sufragar la deuda

⁴⁰ STC 06534-2006-PA/TC, fundamento 13 y 14.

contraída con las Empresas Públicas de Medellín y obtener la reconexión de los servicios de agua y luz que le son vitales en su tratamiento»⁴¹.

En atención a ello, la Corte consideró que al no recibir la peticionaria la prestación de los referidos servicios públicos se afecta ostensiblemente su vida en las más elementales condiciones de dignidad, por lo que no es posible suspenderle tales servicios debido a la mora en el pago de la contraprestación económica, sin perjuicio de las acciones judiciales a que hubiere lugar en favor de la demandada Empresas Públicas de Medellín⁴².

VI. CONCLUSIONES

Los derechos humanos constituyen exigencias de la dignidad de la persona, mínimos de justicia indispensables para su desarrollo y la consecución de sus fines. El respeto de esa dignidad exige el derecho de tener acceso al agua potable, en condición suficiente, salubre y asequible, para el uso personal y doméstico.

Desde esta perspectiva, el TC ha reconocido el derecho al agua potable como un derecho fundamental, contenido implícitamente en el artículo 3º de la Constitución, llamada *cláusula de los derechos no enumerados*.

Consideramos que su reconocimiento antes que vía la *cláusula de los derechos no enumerados*, pudo haberse hecho a partir de los tratados internacionales de derechos humanos, empezando del artículo 11º, párrafo 1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Asimismo, debe tenerse en cuenta que podrían haber objeciones respecto a su configuración como derecho autónomo, puesto que bien podría argumentarse que su estrecha vinculación con el derecho a la vida y a la protección de la salud hacen posible que los aspectos entendidos como su *contenido mínimo* sean también tutelables como parte de los derechos mencionados.

Debe destacarse que el TC muestra una línea jurisprudencial tuitiva ante deudas por el suministro de agua potable, rechazando la suspensión del servicio por parte del proveedor como mecanismo de coerción al pago, y advirtiendo que la vía correspondiente para las medidas de cobranza es la judicial. Con ello, se estaría privilegiando la continuación en la prestación del servicio de agua potable, por su clara incidencia en derechos fundamentales, sobre el interés patrimonial del proveedor, pero sin descuidarse este último, que puede encontrar tutela en la vía judicial.

El derecho al agua potable impone al Estado la obligación de garantizar, como mínimo, las condiciones de acceso, calidad y suficiencia del agua, lo cual, en nuestra opinión, forma parte del *contenido esencial* del derecho al agua potable, que el legislador en ningún caso podrá desconocer sin desnaturalizar tal derecho. Por tanto, toda regulación

⁴¹ Sentencia T-270 de 2007, fundamento 6, párr. 6.1.

⁴² Sentencia T-270 de 2007, fundamento 6, párr. 6.2.

legal que involucre el derecho al agua potable deberá cuidar que estén debidamente garantizadas esas tres exigencias mínimas.

BIBLIOGRAFÍA

GARCÍA, Aniza. *El derecho humano al agua y el derecho a la alimentación*, en: http://www.fundacionhenrydunant.org/documentos/derecho_agua_alimentacion/derecho_agua_alimentacion.pdf. Consulta: 29 de octubre de 2008.

GARCÍA MORILLO, Joaquín. “Las garantías de los derechos fundamentales (I). Las garantías genéricas. La suspensión de los derechos fundamentales”, en LÓPEZ GUERRA, Luis y otros, *Derecho Constitucional*, Vol. I, Tirant Lo Blanc, Valencia, 2000.

HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.

LANDA ARROYO, César. *Constitución y Fuentes del Derecho*, Palestra, Lima 2006.

MEDINA GUERRERO Manuel. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.

PAREJO ALFONSO Luciano. “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 3, 1981.

SAGÜÉS, Nestor Pedro. *Derecho Procesal Constitucional. Acción de Amparo*, Volumen 3, 2a Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1988.

