



UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**“NATURALEZA JURÍDICA DEL AGUA Y EL TRATAMIENTO DE
LOS LÍMITES DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL AGUA
POTABLE EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL”**

TESIS

PRESENTADA POR:

YELTSIN HAMMERLY JULIO HUAYNASI PARI

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:

ABOGADO

PUNO - PERÚ

2022



DEDICATORIA

Dedico mi tesis principalmente a Dios, por darme la fuerza necesaria para culminar esta meta.

A mis padres Don Julio H. Huaynasi Muñoz y Doña Cristina Pari Mamani. Gracias por enseñarme a afrontar las dificultades.

Yeltsin Hammerly Julio Huaynasi Pari



AGRADECIMIENTOS

A la Universidad Nacional del Altiplano, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Escuela Profesional de Derecho, a mi asesor Dr. Jesús Leonidas Belón Frisancho, por el apoyo y dirección brindado a este trabajo, a los miembros del jurado Dr. José Alfredo Pineda Gonzales; Dr. Oswaldo Mamani Coaquira; y Dr. Juan Casazola Ccama, quienes fueron mis docentes, agradeciendo por los conocimientos otorgados y que permitieron mi desarrollo como estudiante y futuro profesional, mi agradecimiento al Abog. Renzo Halanoca Ito y Abog. Yuliana K. Coaquira Cusi, gracias por su amabilidad, su tiempo y orientación. A todos muchas gracias.

Yeltsin Hammerly Julio Huaynasi Pari



ÍNDICE GENERAL

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTOS

ÍNDICE GENERAL

LISTA DE ACRÓNIMOS

RESUMEN 9

ABSTRACT 10

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

1.1. OBJETIVO GENERAL..... 13

1.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS..... 13

CAPÍTULO II

REVISIÓN DE LITERATURA

2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN 14

2.1.1. A Nivel Local..... 14

2.1.2. A Nivel Nacional 14

2.1.3. A Nivel Internacional 17

2.1. SUSTENTO TEÓRICO DE LA INVESTIGACIÓN 19

2.1.1. Definiciones preliminares del estudio 19

2.2.2. Naturaleza jurídica del agua 28

**2.2.3. Tratamiento de los límites del derecho fundamental al agua potable en la
jurisprudencia del Tribunal Constitucional. 36**



2.2.4. Marco normativo	46
-------------------------------------	-----------

2.2.5. Marco conceptual de la investigación	49
--	-----------

CAPÍTULO III

MATERIALES Y MÉTODOS

3.1. ENFOQUE DE INVESTIGACIÓN	52
--	-----------

3.2. TIPO DE INVESTIGACIÓN	52
---	-----------

3.3. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN	53
---	-----------

3.4. OBJETO DE ESTUDIO	53
-------------------------------------	-----------

3.5. MÉTODOS.....	54
--------------------------	-----------

3.6. TÉCNICAS	55
----------------------------	-----------

3.7. INSTRUMENTOS.....	56
-------------------------------	-----------

3.8. DELIMITACIÓN GEOGRÁFICA	56
---	-----------

3.9. DELIMITACIÓN TEMPORAL.....	57
--	-----------

3.10. OPERACIONALIZACIÓN DE LOS EJES TEMÁTICOS	57
---	-----------

CAPÍTULO IV

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1. ANÁLISIS DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL AGUA	58
---	-----------

4.1.1. Derechos humanos.....	58
-------------------------------------	-----------

4.1.2. El agua	59
-----------------------------	-----------

4.1.3. Derecho al agua.....	60
------------------------------------	-----------

4.1.4. Derecho humano al agua potable.....	61
---	-----------



4.1.5. Características del derecho humano al agua en la contemporaneidad	64
4.1.6. Naturaleza jurídica de los bienes de dominio público.....	65
4.1.7. Sobre la naturaleza jurídica del agua	66
4.1.8. Sobre la naturaleza jurídica del agua en la legislación peruana.....	70
4.2. ANÁLISIS DEL TRATAMIENTO DE LOS LÍMITES DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL AGUA POTABLE EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	72
4.2.1. (Expediente N° 2064-2004-AA/TC).....	74
4.2.2. (Expediente N° 6546-2006-PA/TC)	74
4.2.3. (Expediente N° 6534-2006-PA/TC)	75
4.2.4. (Expediente N° 03668-2009-PA/TC)	76
4.2.5. (Expediente N° 01985-2011-PA/TC)	76
4.2.6. (Expediente N° 03333-2012-PA/TC)	77
4.2.7. (Expediente N° 05713-2015-PA/TC)	77
4.2.8. (Expediente N° 03673-2015-PA/TC)	78
4.2.9. (Expediente N° 05081-2014-PHC/TC)	79
4.2.10. (Expediente N° 01571-2021-PA/TC)	79
4.3. DISCUSIÓN.....	80
4.3.1. Sobre la Naturaleza Jurídica del Agua.....	80
4.3.2. Sobre el Tratamiento de los Límites del Derecho Fundamental al Agua Potable en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.....	82
V. CONCLUSIONES	90



VI. RECOMENDACIONES.....	92
V. REFERENCIAS.....	93
ANEXOS	96

ÁREA : Ciencias Sociales.

LÍNEA : Derecho.

SUB LINEA : Derechos humanos y derecho constitucional.

TEMA : Generaciones de los derechos humanos.

FECHA DE SUSTENTACIÓN: 14 de noviembre de 2022.



LISTA DE ACRÓNIMOS

Art.	: Artículo
AAA	: Autoridades Administrativas del Agua.
ANA	: Autoridad Nacional del Agua.
Const.	: Constitución.
CIDH	: Corte Interamericana de los Derechos Humanos.
CADH	: Convención Americana sobre Derechos Humanos.
D. Leg.	: Decreto Legislativo.
DUDH	: Declaración Universal de Derechos Humanos.
LGSNBE	: Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales.
LGA	: Ley General de Aguas.
LRH	: Ley de Recursos Hídricos.
ONU	: Organización de Naciones Unidas.
p.	: Página.
SNGRH	: Sistema Nacional de General de los Recursos Hídricos.
TC	: Tribunal Constitucional.



RESUMEN

Mediante la investigación denominada “Naturaleza jurídica del agua y el tratamiento de los límites del derecho fundamental al agua potable en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, primero se efectúa el análisis del problema de indefinición de la naturaleza jurídica del agua, ya que hasta la actualidad no está delimitada este problema, por un lado, se sostiene como bien de uso público y bien de uso exclusivo; por otro lado, también se sostiene que no existiría propiedad pública ni privada sobre el agua; asimismo, se sostiene que el agua tendría una naturaleza distinta a la de los bienes de dominio público. Como el segundo problema, se analiza sobre el problema relacionado a los límites del derecho fundamental al agua potable en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, porque hay serias discordancias entre las sentencias, no existiendo uniformidad hasta la actualidad. **Pregunta general:** ¿Cuál será la naturaleza jurídica del agua y el tratamiento de los límites del derecho fundamental al agua potable en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional? **Objetivo general:** Conocer la naturaleza jurídica del agua y el tratamiento de los límites del derecho fundamental al agua potable en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En cuanto a la metodología, se siguió el enfoque cualitativo, tipo de investigación es dogmático y analítico prospectivo. **RESULTADOS:** (i) Como producto del primer objetivo se propone la modificación del artículo 7-A de la Constitución Política del Perú, sobre la naturaleza del agua; por ser concordantes también los artículos 2 y 7 de la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos. (ii) A través del segundo objetivo del estudio, se establece los criterios de interpretación de los límites del derecho esencial al agua potable, este aporte es dirigido a los operadores del derecho.

Palabras clave: Derecho fundamental, Derecho al agua, Naturaleza jurídica del agua, Límites del derecho fundamental al agua potable, el abuso del derecho.



ABSTRACT

Through the investigation called "Juridical nature of water and the treatment of the limits of the fundamental right to drinking water in the jurisprudence of the Constitutional Court", first the analysis of the problem of lack of definition of the legal nature of water is carried out, since until now this problem is not delimited, on the one hand, it is maintained as a good for public use and good for exclusive use; On the other hand, it is also argued that there is no public or private ownership of water; Likewise, it is argued that water has a different nature from that of public domain assets. As the second problem, the problem related to the limits of the fundamental right to drinking water in the jurisprudence of the Constitutional Court is analyzed, because there are discrepancies between the sentences, and there is no uniformity to date. General question: What will be the legal nature of water and the treatment of the limits of the fundamental right to drinking water in the jurisprudence of the Constitutional Court? Course objective: Know the legal nature of water and the treatment of the limits of the fundamental right to drinking water in the jurisprudence of the Constitutional Court. Regarding the methodology used, qualitative approach, type of research is dogmatic and analytical prospective. RESULTS: (i) As a result of the first objective, the modification of article 7-A of the Political Constitution of Peru, on the nature of water, is proposed; as articles 2 and 7 of Law No. 29338, Water Resources Law, are also concordant. (ii) Through the second objective of the study, the interpretation criteria of the limits of the essential right to drinking water are established, this contribution is directed to the operators of the right.

Keywords: Fundamental right, Right to water, Legal nature of water, Limits of the fundamental right to drinking water, Abuse of the right.



CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

Mediante la presente investigación se pretende encontrar una respuesta jurídico-científica de la naturaleza jurídica del agua y los límites del derecho fundamental al agua potable en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Siendo el primer componente del estudio, el problema de indefinición de la naturaleza jurídica del agua, porque hasta la actualidad no se sabe, si la naturaleza jurídica del agua es de dominio público, uso público o tiene otra naturaleza distinta. Como el segundo componente del estudio, se ha desarrollado sobre el tratamiento de los límites del derecho fundamental al agua potable en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, porque en la práctica se concibe como un derecho ilimitado o absoluta, generándose serios problemas entre los usuarios del agua potable, asimismo, en los suministradores del servicio de agua, ya que muchas veces los usuarios del agua potable se resisten al pago de los servicios, creyendo que su derecho al agua sería ilimitado.

Por medio de la Ley N° 30588 publicada (2017 junio 22), fue incorporada el artículo 7-A de la Constitución Política del Perú, con el siguiente contenido: “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 forma, el derecho al agua potable ha sido reconocido como un derecho fundamental; empero, no se sabe aún la naturaleza jurídica del agua, porque no se ha definido bien, existiendo varias teorías en debate que tratan de definir como bien de



dominio público, como bien de dominio privado, como recurso natural y como un bien de dominio Nacional, lo que causa enormes confusiones en los usuarios del agua potable y también en los deberes del Estado.

Por otro lado, se encuentra vigente el problema respecto al tratamiento de los límites del derecho fundamental al agua potable, porque en las distintas sentencias emitidas del Tribunal Constitucional, existen discordancias, es decir, no hay uniformidad. Muestra de ello, en la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída al Expediente N° 06534-2006-PA/TC mediante el cual se amparó el derecho al agua potable, pero no se ha precisado los límites del derecho fundamental al agua potable, lo que viene ocasionando serios problemas en la realidad, porque la gran parte de la población entienden que sus derechos al agua potable son absolutas, por lo que, incluso muestran resistencia al pago de los servicios del agua potable. Prueba de la contradicción, tenemos la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída al Expediente N° 03333-2012-PA/TC, en donde se ha declarado infundada la demanda por no existir la vulneración del derecho fundamental al agua, ni mucho menos a la dignidad de la persona humana; advirtiéndose al contrario el ejercicio abusivo del derecho.

Ante esta problemática, se ha respondido las siguientes interrogantes: pregunta general, ¿Cuál será la naturaleza jurídica del agua y el tratamiento de los límites del derecho fundamental al agua potable en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional?; preguntas específicas: ¿Cuál es la naturaleza jurídica del agua en la legislación peruana? ¿Cuál es el tratamiento de los límites del derecho fundamental al agua potable en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional?

En cuanto a la organización de la investigación, concretamente está constituido del subsecuente modo:



En el **CAPÍTULO I** se establece el planteamiento del problema de investigación, el mismo que abarca la descripción del problema, formulación del problema, justificación del problema y los objetivos de la investigación.

En el **CAPÍTULO II** se considera la revisión de la literatura, donde se desarrollan los antecedentes, sustento teórico, marco normativo, marco conceptual del estudio. Así, se muestra una visión de los pormenores teóricos utilizadas en el desarrollo de esta investigación.

En el **CAPÍTULO III** se encuentra el diseño metodológico de la investigación, considerando el tipo y diseño de la investigación, así como el objeto de estudio, los métodos, las técnicas y los instrumentos utilizados.

En el **CAPÍTULO IV** se hace referencia a los resultados de la investigación, tomando en cuenta los objetivos logrados en cuanto al eje temático, dimensiones del estudio analizadas, discutidas con teorías, jurisprudencia y doctrina.

Finalmente, en los **CAPÍTULOS V, VI y VII**. Se muestran las conclusiones, recomendaciones, referencias utilizadas y los anexos correspondientes.

1.1. OBJETIVO GENERAL

Conocer la naturaleza jurídica del agua y el tratamiento de los límites del derecho fundamental al agua potable en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

1.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- a) Analizar la naturaleza jurídica del agua en la legislación peruana.
- b) Analizar el tratamiento de los límites del derecho fundamental al agua potable en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.



CAPÍTULO II

REVISIÓN DE LITERATURA

2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

2.1.1. A Nivel Local

1. (Pineda, 2011) Sobre la accesibilidad al agua potable llegó a las siguientes conclusiones principales: “(i) Se ha comprobado que las empresas prestadoras del servicio de agua potable y saneamiento de nuestra región si bien están, prontas a alcanzar las metas establecidas en el Plan Nacional de Saneamiento, sobre el número de conexiones de agua potable y saneamiento ello no significa que presten un servicio con niveles que el derecho humano al agua potable y saneamiento exigen. (ii) Las empresas de saneamiento en nuestra región son influenciadas por el manejo político, lo que ha llevado a que los principales funcionarios, busquen mostrar empresas con un cierto nivel de ganancia, sacrificando acciones como la de reposición de activos o el pago de deudas. Asimismo, los precios medios no se han incrementado desde el 2001, debido a la presión política que crearía un aumento de precios. (iii) El derecho humano al saneamiento no es considerado como adjunto al derecho humano al agua potable en nuestra legislación” (pág. 178).

2.1.2. A Nivel Nacional

2. (García, 2018) Sobre el derecho al mínimo vital de agua en el servicio público peruano, ha llegado las siguientes principales conclusiones: para garantizar el derecho fundamental del acceso al agua potable. “(i) Artículo 7-A de la Constitución Política del Perú. - 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, no establece



excepciones al acceso de aquellas personas que se encuentran en situaciones concretas de vulnerabilidad. (ii) La calidad de vida y la salud de las personas, incluida su supervivencia, dependen del acceso al agua, y que siendo éste un recurso natural finito, su escasez es una amenaza real para la sociedad humana; es así que a fin de no vulnerar derecho fundamental determinando el contenido del derecho humano al agua potable” (pág. 128).

3. (Mendoza, 2016) En el estudio de la gestión de agua, llegó a las siguientes conclusiones principales: “En lo sustancial, el tesista concluye que, en nuestra legislación peruana, la política del agua solo estaría proyectada para favorecer a los grandes monopolios, lo que ocasiona el problema de concentración de la gestión, a lo que tendrían acceso solamente la Sedapal o empresa privada. Relacionada a nuestra tesis, este problema se presenta por la falta de definición de la naturaleza jurídica del agua, ya que, no se sabe con claridad los deberes del Estado sobre sus obligaciones de brindar acceso, calidad y suficiencia del agua a favor de la población mayoritaria. Además, tampoco se advierte los límites del derecho fundamental al agua potable en nuestra legislación” (pág. 88).
4. (Arbulú, 2012) En un estudio de análisis del derecho al agua desde distintos enfoques, arribó a las siguientes conclusiones principales: “(i) El autor, llega a la conclusión que, el derecho fundamental al agua se encuentra en continuo progresivo en nuestro país, destacando la importancia de garantizar el acceso al agua, por estar principalmente vinculada a la salud. Asimismo, considera que las políticas del Estado, en cuanto al acceso al agua, debe estar enfocado a los sectores más vulnerables por sus especiales condiciones particulares. Por otro lado, el autor advierte que el derecho al agua potable como derecho humano, ya estaría reconocido en los distintos instrumentos internacionales, por lo que, ya debe



uniformizarse la jurisprudencia al respecto, por su importancia para la vida. (ii) Relacionado a la tesis, podemos considerar que, todavía se mantiene vigente el problema de indefinición de la naturaleza jurídica del agua, porque solamente se analiza como derecho humano, olvidándose su naturaleza real del agua, porque hasta la fecha no se sabe, si es un bien de dominio público, de dominio privado, o tiene una naturaleza distinta, ya que de ello depende en gran medida los deberes del Estado. Por otro lado, tampoco se ha abordado el problema de los límites del derecho fundamental al agua potable” (pág. 129).

5. (Villegas, 2020) En un estudio sobre la gestión de recursos hídricos en contexto de Covid-19, arribó a las siguientes conclusiones principales: “(i) Existe una buena internalización de los indicadores sobre Principios de Gobernanza del Agua, reconocimiento del Sistema de Gobernanza del Agua mediante las políticas públicas, marco institucional e instrumentos existentes, a partir de los cuales se espera cumplir con los ODS 3 y 6. (ii) La Autoridad Nacional del Agua es la autoridad competente para realizar acciones de fiscalización y sanción en materia de aguas, y siguen el procedimiento administrativo establecido en la Ley de Recursos Hídricos y su reglamento, así como demás disposiciones aplicables. (iii) El otorgamiento del Certificado Azul constituye el reconocimiento que realiza la Autoridad Nacional del Agua a las instituciones, empresas y organizaciones de usuarios que contribuyen a la mitigación de la escasez del agua en la zona; es decir, es un reconocimiento a las buenas prácticas en el uso de los recursos hídricos” (pág. 27).
6. (Gonzales, 2017) En un estudio sobre condición jurídica del agua. Concluyó que la naturaleza jurídica del agua no podría ser considerada de dominio privada, porque se permite el beneficio personal; tampoco sería conveniente como recurso



natural, porque se permite el aprovechamiento personal. Considerando como la condición jurídica del agua, como dominio público, porque así sería mejor protegido.

2.1.3. A Nivel Internacional

7. (Brage, 2015) En un estudio realizado sobre los límites a los Derechos Fundamentales, llegó a la siguiente conclusión principal: “El concepto de limitación a los derechos fundamentales debe entenderse en un sentido amplio, de manera que cualquier actuación u omisión de un poder público que tenga, de cualquier modo, una incidencia restrictiva sobre el ámbito prima facie protegido por el derecho fundamental ha de considerarse como una limitación a ese derecho y sólo las actuaciones que incidan sobre el derecho fundamental sin restringido podrán considerarse como configuración o conformación del mismo. Entre las posibles clasificaciones de las limitaciones a los derechos fundamentales pueden destacarse las que distinguen entre: límites constitucionales directas e indirectas; límites inmanentes estricto sensu y límites externos (explícitos e implícitos o inmanentes lato sensu) límites de la garantía y límites de reserva; límites de reserva materiales, formales, de leyes generales y no expresas; límites generales, específicos y relativos al ejercicio del derecho” (pág. 703).
8. (Tórtora, 2010) Sobre Limitaciones a los Derechos Fundamentales, llegó a las siguientes principales conclusiones: “(i) Las limitaciones a los derechos fundamentales son elementos perfectamente compatibles con la debida protección del ser humano, son herramientas aptas para la defensa de la persona. (ii) Estas limitaciones pueden ser ordinarias o extraordinarias, según si operen en todo momento, o sólo bajo estados de excepción constitucional. También pueden provenir del respeto por los derechos fundamentales de los demás sujetos, o de



condiciones materiales o físicas (en el caso de derechos prestacionales), o bien soberanamente consagradas en el ordenamiento jurídico positivo. Estas últimas, finalmente deben siempre tener sustento constitucional, por lo que hemos distinguido entre limitaciones directamente constitucionales e indirectamente constitucionales. (iii) Para que las limitaciones a los derechos fundamentales sean legítimas deben cumplir con diversas condiciones. En primer lugar, deben ser generadas por quien tenga las competencias para ello, cuestión que debe quedar resuelta en el plano constitucional. En segundo término, deben cumplir los estándares jurídicos que establece el derecho internacional de los derechos humanos, el cual fija reglas claras en este punto. Por último, las limitaciones deben respetar el contenido esencial del derecho, así como ser justificadas y proporcionales. (pág. 197).

9. (Trujillo, 2005) Sobre la naturaleza jurídica del agua, llegó a la siguiente conclusión: “No hay derecho a alterar la calidad del agua ni a despilfarrar este precioso líquido, y vemos que los regímenes actuales no logran este fin, ya que los asimilamos como una apropiación fungible, y que como pagamos, tenemos todos los derechos. Pero con un régimen del agua como cosa común la carga de responsabilidad se invierte a todos los usuarios, porque debe ser preservada en nombre de todos y para todos, pero también en nombre de nuestro medio ambiente, entorno sin el cual la vida sería simplemente inviable” (pág. 165).
10. (Cianciardo, 2020) Sobre los Límites de los Derechos Fundamentales, arribó a las siguientes conclusiones principales: “(i) La Constitución establece por sí misma los límites de los derechos fundamentales en algunas ocasiones. En otras ocasiones el límite del derecho deriva de la Constitución sólo de una manera mediata o indirecta, en cuanto que ha de justificarse por la necesidad de proteger



o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos. (ii) Los derechos con reserva de limitación tienen, de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina constitucionales, dos clases de límites: a) los límites directos, que son los que surgen de la propia LF, y b) los límites indirectos, que son los creados por el legislador en uso de las reservas específicas establecidas en el texto constitucional. Desde otro punto de vista, que no tiene en cuenta tanto al sujeto limitador como al origen de la limitación, se ha hablado de: a) límites internos o intrínsecos, y b) límites externos o extrínsecos de los derechos fundamentales” (pág. 75).

2.1. SUSTENTO TEÓRICO DE LA INVESTIGACIÓN

2.1.1. Definiciones preliminares del estudio

El agua es un recurso natural indispensable para la existencia humana, de manera que, el derecho al agua debe ser garantizada en primer orden, esto en atención al marco legal internacional y las convenciones internacionales; sin embargo, ello no quiere decir que el derecho al agua potable sea ilimitado o absoluta, sino que tiene sus límites, lo que veremos más adelante.

De esta forma, para un desarrollo mejor del estudio, antes de abordar propiamente sobre la naturaleza jurídica del derecho al agua, es que resulta necesario definir algunos conceptos referidos a derechos humanos, agua, derecho al agua, derecho al agua potable, derecho al agua potable y saneamiento, derecho al agua potable como derecho fundamental, Autoridad Nacional del Agua (ANA).

2.1.1.1. Derechos humanos

Como el punto de partida, se hace necesario recordar la definición del derecho, donde la definición más clásica es entenderlo como un sistema de reglas y valores cuyo



respeto es imprescindible para convivir de manera organizada y pacífica dentro de la sociedad.

Ahora bien, respecto a los derechos humanos, tal como define el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Perú (2013): “Son derechos cuyo respeto, protección y promoción son indispensables para que cada ser humano, individualmente o en comunidad, pueda desarrollar su proyecto de vida dignamente y en libertad. Todos los seres humanos, por su sola condición de tal, gozan de derechos humanos, sin distinción por razón de raza, sexo, nacionalidad, religión, edad, condición económica, social o política, orientación sexual, identidad de género o de cualquier otra índole. Están reconocidos y protegidos por la Constitución Política del Perú y por los tratados internacionales sobre la materia” (p. 16).

Bajo esta perspectiva, para la efectiva vigencia de los derechos humanos, se hace necesario que cada persona comprenda que ellos no forman parte solamente de los textos jurídicos o de los argumentos de los tribunales, sino que, fundamentalmente, deben formar parte de los derechos humanos con el quehacer diario. Esto es, la vigencia de los derechos humanos se debe ejercer en la praxis haciendo el bien común para todos, desde nuestros hogares, en el trabajo, en el transporte público, en la escuela, en la universidad, entre otras.

En efecto, existen diversas instituciones del Estado encargadas de proteger y promover nuestros derechos, y a las que podemos acudir para que nos brinden asistencia. Éstas forman parte del Poder Ejecutivo, Poder Legislativo, Poder Judicial, así como de los organismos autónomos creados por la Constitución tales como: la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público, el Tribunal Constitucional, la Junta Nacional de Justicia, la Contraloría General de la República, entre otros. En esa línea, el principal responsable



de proteger, defender, respetar, promover y garantizar los derechos humanos es el Estado a través de sus diferentes poderes y niveles de gobierno. Sin embargo, tales deberes son exigibles también a la sociedad en su conjunto, así como a las organizaciones internacionales relacionadas con la materia.

2.1.1.2. El agua

Respecto a la importancia del agua como recurso natural, el destacado jurista (Díaz, 2012, pág. 01) señala que: “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”.

En esa línea interpretativa: “La primera cuestión que debemos plantear al referirnos al tema del agua tiene que ver con su importancia y con su significado. Probablemente no hay en el mundo un asunto que evoque más contenidos y perspectivas que el tema del agua. La humanidad tiene una especial relación con el tema, al punto de considerarlo sinónimo de lo que significa la vida” (Castro, 2015, pág. 79).

En el artículo 1 de la Ley N° 29338, precisamente sobre los Recursos Hídricos, el agua es considerada como recurso natural renovable, por lo que, no puede tener dominio del Estado, ni dominio de los privados. También en el reglamento de la mencionada ley, el agua es ratificada como recurso natural renovable, y considerándose también como patrimonio de la Nación, pero de manera contradictoria y ambigua estableciendo la prohibición de la propiedad privada del agua. Al respecto, nosotros consideramos que el Estado no puede ser propietario del agua, sino que sin ser propietario solo puede tener dominio inminente para el cuidado del agua, es decir, como guardián del agua, tal como ocurre en las legislaciones de México, Brasil y Bolivia.



Lo innegable es que, dentro de los recursos naturales, no cabe duda que el agua es el principal recurso de todos, por ser indispensable tanto para la existencia de la vida y la salud; sin embargo, el agua constituye un recurso limitado, de manera que se debe instar su buen aprovechamiento, resultando impostergable tomar conciencia de esta realidad.

2.1.1.3. Derecho al agua

Como se señala: “El derecho al agua tiene una historia interesante no solo en términos de su desarrollo normativo en el ámbito internacional, sino, especialmente, en las decisiones de los operadores del derecho. No pocas veces, los jueces y árbitros han suplido jurisprudencialmente los vacíos normativos en relación con este derecho, que se evidencian tanto en la esfera internacional como también en la nacional. El resultado es un conjunto variopinto de resoluciones que, por un lado, despliegan conceptos e instituciones jurídicas, recreando así los elementos del derecho al agua que tímidamente vienen apareciendo en los tratados e instrumentos internacionales, pero que, por otro lado, retardan el desarrollo de los mismos. En este panel se exploraron los avances que se han logrado en el campo jurisprudencial, en conflictos por el agua en Argentina y Perú, de manera que una mirada comparativa nos permita analizar con más rigurosidad cuál es la tendencia que se viene perfilando respecto al desarrollo del derecho al agua en el campo judicial” (Urteaga & Verona, 2015, pág. 13).

Según el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, para el apropiado ejercicio del derecho humano al agua se aplican los siguientes factores:

a) La disponibilidad. El abastecimiento de agua de cada persona debe ser continuo y suficiente para los usos personales y domésticos. Esos usos comprenden normalmente el consumo, el saneamiento, la colada, la preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica. La cantidad de agua disponible para cada persona debería



corresponder a las directrices de la Organización Mundial de la Salud (OMS). También es posible que algunos individuos y grupos necesiten recursos de agua adicionales en razón de la salud, el clima y las condiciones de trabajo.

b) La calidad. El agua necesaria para cada uso personal o doméstico debe ser salubre, y por lo tanto, no ha de contener microorganismos o sustancias químicas o radiactivas que puedan constituir una amenaza para la salud de las personas. Además, el agua debería tener un color, un olor y un sabor aceptables para cada uso personal o doméstico.

c) La accesibilidad. El agua y las instalaciones y servicios de agua deben ser accesibles para todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas:

c.1) Accesibilidad física. El agua y las instalaciones y servicios de agua deben estar al alcance físico de todos los sectores de la población. Debe poderse acceder a un suministro de agua suficiente, salubre y aceptable en cada hogar, institución educativa o lugar de trabajo o en sus cercanías inmediatas. Todos los servicios e instalaciones de agua deben ser de calidad suficiente y culturalmente adecuados, y deben tener en cuenta las necesidades relativas al género, el ciclo vital y la intimidad. La seguridad física no debe verse amenazada durante el acceso a los servicios e instalaciones de agua.

c.2) Accesibilidad económica. El agua y los servicios e instalaciones de agua deben estar al alcance de todos. Los costos y cargos directos e indirectos asociados con el abastecimiento de agua deben ser asequibles y no deben comprometer ni poner en peligro el ejercicio de otros derechos reconocidos en el Pacto.



c.3) No discriminación. El agua y los servicios e instalaciones de agua deben ser accesibles a todos de hecho y de derecho, incluso a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos.

c.4) Acceso a la información. La accesibilidad comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información sobre las cuestiones del agua.

2.2.1.4. Derecho al agua como derecho humano

Conviene recordar como suceso histórico es que: “el 28 de julio de 2010, la Asamblea General de las Naciones Unidas se pronunció mediante una Resolución, reconociendo el derecho al agua como derecho humano; aunque en los términos de tal pronunciamiento, el derecho al agua queda definido exclusivamente en relación con el agua potable y el saneamiento” (Martín & Bautista, 2015, pág. 28).

En concreto, en la citada Asamblea de las Naciones Unidas, se reconoce 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; de esta forma, esta organización internacional ha exhortado a todos los Estados partes, a efectos de que destinar recursos y promover para que toda la población pueda tener acceso al agua potable de calidad, donde se incluye también los servicios de saneamiento como derecho humano.

Así, desde el marco legal internacional se ha promovido el reconocimiento del derecho al agua potable como derecho humano, en esa línea interpretativa según señala (Anglés, 2016): “El acceso al agua se ha erigido en uno de los derechos humanos indispensables para el desarrollo de los seres humanos, ya que se trata de un *sine qua non* para la realización de otros derechos fundamentales, tales como el derecho a la vida, a un medio ambiente sano, a la salud y a la alimentación, por citar algunos. No obstante, el



acceso al agua tiene una relación estrecha con la situación de pobreza de las personas; generalmente, quienes viven en condiciones de marginación son los que padecen en mayor medida las consecuencias de la falta de acceso a este recurso vital. Por ello, desde el seno de las Naciones Unidas se ha trabajado a través de diversos esfuerzos para tratar de articular las acciones desde el ámbito internacional, a fin de que los Estados nacionales incorporen el reconocimiento formal del derecho humano al agua y al saneamiento a sus ordenamientos jurídicos y, por ende, a las políticas públicas” (p. 11).

Ahora bien, en el Informe Mundial de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos (2019) se señala que: “Todos los actores involucrados en el cumplimiento de los derechos humanos al agua y al saneamiento de forma no discriminatoria e igualitaria tienen obligaciones y responsabilidades específicas. Los derechos humanos definen a los individuos como titulares de derechos, con derecho al agua y al saneamiento, y a los estados como titulares de obligaciones que deben garantizarle el acceso a los servicios de agua, saneamiento e higiene a todo el mundo, utilizando todos los recursos a su disposición. Los actores no estatales también tienen responsabilidades en cuanto a derechos humanos y pueden ser considerados responsables de la violación de los mismos. Las ONG y las organizaciones internacionales pueden jugar un papel importante en la prestación de servicios y deben garantizar la igualdad y responsabilidad en dicha labor. Las organizaciones internacionales, como las Naciones Unidas, las instituciones financieras y de comercio internacional y los socios de la cooperación para el desarrollo deben asegurarse de que sus ayudas se canalicen hacia los países o regiones que tienen menos posibilidades de hacer realidad los derechos al agua y al saneamiento” (p. 11).

En nuestra legislación, sobre el derecho al agua potable, tres años antes de la citada Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas que reconoce el derecho al



agua potable como derecho humano, ya se reconocía jurisprudencialmente el derecho al agua potable como derecho humano no enumerado en la Constitución Política del Perú, muestra de ello es que la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 6546-2006-PA/TC, en su fundamento 5) señala lo siguiente: “En el caso específico del derecho al agua potable este Colegiado considera que aunque dicho atributo no se encuentra considerado a nivel positivo, existen no obstante una serie de razones que justifican su consideración o reconocimiento en calidad de derecho fundamental. Asumir dicha premisa supone sin embargo perfilar su individualización dentro del contexto que ofrecen algunas de las perspectivas anteriormente enunciadas. A tales efectos y en la medida en que no existe norma expresa que contenga dicho reconocimiento a nivel interno y que a nivel internacional aún se encuentra pendiente de desarrollo muchos de los ámbitos que comprendería dicho atributo, se hace permisible acudir para tal efecto principalmente a la opción valorativa o principialista a la cláusula de los derechos implícitos que le permite servir de referente. Así las cosas, la utilización de la fórmula de individualización antes descrita permitiría legitimar la existencia de un derecho al agua potable en calidad de atributo fundamental no enumerado. Su reconocimiento se encontraría ligado directamente a valores tan importantes como la Dignidad del ser humano y el Estado Social y Democrático de Derecho”.

Posteriormente, esa misma postura ha sido reiterada en la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 06534-2006-PA/TC, precisamente en su fundamento 21) señala lo siguiente: “Por lo que respecta a la posición del individuo en cuanto beneficiario del derecho fundamental al agua potable, el Estado se encuentra en la obligación de garantizarle cuando menos tres cosas esenciales: el acceso, la calidad y la 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”.

Así, la progresiva consolidación del derecho al agua potable categorizada como derecho fundamental, ha sido también reflejada mercedamente en las Sentencias del Tribunal Constitucional recaída en los Expedientes N° 03668-2009-PA/TC, de fecha 8 de setiembre de 2010 y N° 01985-2011-PA/TC, de fecha 22 de setiembre de 2011. Hechos que significan importantes avances; sin embargo, hay un grave descuido de nuestros legisladores, ya que solo se dedican a priorizar el beneficio de los grandes monopolios.

2.2.1.5. Derecho al agua potable y saneamiento como derechos humanos

En el año 2015, al derecho al agua potable como derecho humano se agrega el derecho al saneamiento, lo que se puede corroborar en el Informe Mundial de Naciones Unidas sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos (2019) que señala: “Además, desde 2015, la Asamblea General y el Consejo de Derechos Humanos han reconocido tanto el derecho al agua potable como el derecho al saneamiento como derechos humanos estrechamente relacionados pero distintos (...). El derecho internacional en materia de derechos humanos obliga a los estados a trabajar para lograr el acceso universal al agua y el saneamiento para todos, sin discriminación, al tiempo que da prioridad a los más necesitados” (p. 40).

El derecho internacional en materia de derechos humanos obliga a los Estados a trabajar para lograr el acceso universal al agua y el saneamiento para todos, sin discriminación, al tiempo que da prioridad a los más necesitados.

En nuestra legislación mediante el artículo único de la Ley N° 30588 publicada en fecha 22 de junio de 2017, fue incorporada el artículo 7-A de la Constitución Política del Perú, donde se reconoce el derecho de las personas a acceder al agua potable, además,



se prioriza el consumo humano. Considerándose al agua como recurso natural, como bien público y como patrimonio de la Nación. Asimismo, estableciendo que su condición es inalienable e imprescriptible. Como se puede apreciar, contradictoriamente se dispone que el agua constituye un bien público, ya que, también se considera como un recurso natural y patrimonio de la Nación; por otro lado, no se ha pronunciado nada sobre los límites del derecho fundamental al agua potable.

2.2.1.6. La Autoridad Nacional del Agua (ANA)

La ANA es un organismo con competencias especializadas en la administración de los Recursos Hídricos, en esa medida, el ejercicio de sus funciones depende en gran medida de los organismos nacionales como son el Ministerio de Agricultura y Riego “MINAGRI”. En lo sustancial, la ANA a través de sus sedes descentralizadas, administra y vigila la correcta distribución de los recursos hídricos, esto en coordinación con la Autoridad Administrativa de Agua, junta de usuarios y otros.

2.2.2. Naturaleza jurídica del agua

2.2.2.1. Naturaleza jurídica de los bienes de dominio público

Como señala (Gonzales, 2021): “En la doctrina se discute la naturaleza de los bienes de dominio público, centrándose el debate en tres teorías principales: a) no es propiedad, sino instrumento para el logro de fines públicos; b) es propiedad civil, con algunas diferencias; c) es propiedad pública, como categoría jurídica propia del derecho público, pero basada en el concepto de propiedad, del que no puede separarse” (p. 98). De esta forma, podemos advertir que existen hasta tres teorías que tratan de definir la naturaleza jurídica de los bienes de dominio público, manteniéndose vigente el debate hasta la actualidad en la doctrina.



En efecto, conforme a la doctrina, sobre la naturaleza jurídica de los bienes de dominio público, las principales teorías que siempre están en constante disputa son tres y son las siguientes:

- a) La teoría tradicional francesa. - Esta teoría defiende la propiedad de dominio público del Estado, clasificando como los bienes demaniales del Estado, pero por sus peculiares características, fue denominada como una propiedad privada especial del ente público.
- b) La teoría alemana que mantienen actualmente otros autores, es la denominada 'funcionalista'. Esta teoría sostiene que no habría propiedad del estado, solamente existiría relación jurídica de potestad, que daría lugar al cumplimiento de ciertos deberes destinadas a mantener el servicio público.
- c) En la actualidad, un sector de la doctrina alemana sigue la tesis privatista sobre el dominio de bienes del ente público. Esta teoría sostiene el dominio privado de los bienes del Estado, de este modo, el Estado podría ostentar la propiedad de los bienes.

2.2.2.2. Naturaleza jurídica del agua en la legislación peruana

Sobre la naturaleza jurídica del agua en nuestra legislación, (Gonzales G. H., 2021) nos ilustra que: “La Constitución de 1933 estableció que las aguas son bienes públicos, pero no se pronunció sobre los derechos adquiridos. Posteriormente, el D. Ley 17752, LGA, de fecha 24.7.1969, declaró que todas las aguas, cualquiera sea su estado físico, incluyendo sus cauces y álveos, le pertenecen al Estado” (pág. 113). De lo que se colige que la naturaleza jurídica del derecho al agua es de dominio público, es decir, la titularidad del agua es el Estado.

En esa misma línea, recientemente en el año 2017, mediante la Ley N° 30588, Ley de Reforma Constitucional que reconoce el derecho de acceso al agua como derecho



constitucional, se ha incorporado el artículo 7°-A de la Constitución Política del Perú, donde se dispone 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”. Como se puede advertir, la consolidación del derecho de acceso al agua como derecho constitucional, es concordante al artículo 73 de la Constitución, donde se dispone lo siguiente: “Los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles. Los bienes de uso público pueden ser concedidos a particulares conforme a ley, para su aprovechamiento económico”.

Por otro lado, en la Ley de Recursos Hídricos N° 29338, en su artículo 2) establece lo siguiente: “Dominio y uso público sobre el agua. El agua constituye patrimonio de la Nación. El dominio sobre ella es inalienable e imprescriptible. *Es un bien de uso público* y su administración solo puede ser otorgada y ejercida en armonía con el bien común, la protección ambiental y el interés de la Nación. No hay propiedad privada sobre el agua”. En concreto, se considera al agua como un bien de uso público; sin embargo, de manera contradictoria en el artículo 7) de la misma ley, se establece lo siguiente: “Bienes de dominio público hidráulico. Constituyen *bienes de dominio público hidráulico*, sujetos a las disposiciones de la presente Ley, el agua enunciada en el artículo 5 y los bienes naturales asociados a esta señalados en el numeral 1 del artículo 6. Toda intervención de los particulares que afecte o altere las características de estos bienes debe ser previamente autorizada por la Autoridad Administrativa del Agua, con excepción del uso primario del agua y las referentes a la navegación”.



En este punto, con las intenciones de delimitar la naturaleza jurídica del derecho al agua, resulta sumamente importante mostrar las posturas de la doctrina del derecho de aguas de Colombia, en la que se sostiene lo siguiente:

“se puede afirmar que la naturaleza del derecho al agua es muy relativa, esto genera distintos tipos de obligaciones pues todo depende de la situación concreta y la forma en como el derecho al agua se verá aplicada, por lo cual para efectos de nuestro estudio resulta necesario estudiar tal naturaleza desde cada uno de los enfoques correspondientes y así determinar las obligaciones que cada uno de estos genera. Tales enfoques son: a) El agua como derecho constitucional por su carácter de servicio público; b) El agua como derecho humano y su conexidad con otros derechos humanos; y c) El agua como derecho internacional ambiental” (Cano & Cano, 2018, pág. 110).

Asimismo, (Cano & Cano, 2018) sostienen que: “la naturaleza jurídica del concepto de agua es diversa, y por ende discutida, por lo que proponemos un esquema de las obligaciones internacionales de los estados respecto al tema, partiendo del mismo concepto y constituido en tres enfoques jurídicos diferentes, según la naturaleza jurídica en que se posicione. Los cuales son: el agua como Bien público; el agua como derecho humano; y el agua como recurso ambiental” (pág. 121).

En base a estas razones, resulta sumamente importante destacar que, nuestra Ley de Recursos Hídricos es importada de la legislación de aguas de España, motivo por el cual es que la naturaleza jurídica del derecho al agua es confusa, al respecto el jurista Yuri Pinto nos ilustra:

“Con relación a la naturaleza jurídica del agua, Yuri Pinto (Perú) reflexiona sobre el modelo establecido en la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos. Señala que el concepto de bien de dominio público hidráulico figura del derecho de aguas español tiene



connotaciones que el legislador de la Ley de Recursos Hídricos (LRH) no previó. El autor desentraña las consecuencias que se derivan del trasplante legal realizado en la Ley de Recursos Hídricos del Perú del término “bienes de dominio público hidráulico” inspirado en el Texto Refundido de la Ley de Aguas de España, que establece que las aguas son del dominio público estatal como dominio público hidráulico. El autor señala que si bien en la fuente natural, el agua es un bien de uso público, al salir de la misma, mediante un derecho otorgado por el Estado, el agua se convierte en un bien de uso privado de propiedad del titular del derecho. En la medida en que, en el Perú, el Estado no es propietario del agua, sino que ejerce un dominio eminente sobre esta, no resulta entonces técnicamente apropiado señalar que el agua es un bien de dominio público, pues al afirmarlo estaríamos implicando que el agua pertenece al Estado. Si bien se reconoce que la naturaleza jurídica del agua es la de un recurso natural, es decir, un bien común que le pertenece a toda la nación, la legislación no ha recogido de manera uniforme esta idea, lo cual se presta a confusiones. Las consecuencias del trasplante legal realizado, respecto a una figura del derecho de aguas español en la legislación peruana, se evidencian no solo en la confusión que genera la legislación de la materia, sino también y, sobre todo, en la práctica concreta del derecho de aguas” (Pinto Y. A., 2015, pág. 19).

Respecto a la naturaleza jurídica del agua, en nuestra legislación existen varias teorías que tratan de definir, según el jurista Yuri Pinto, son clasificadas de la siguiente forma: (i) El agua es un bien de uso público (en su fuente) y bien de uso exclusivo (en la infraestructura hidráulica); (ii) No existe propiedad ni pública ni privada sobre el agua; y (iii) El agua tiene una naturaleza distinta a la de los bienes de dominio público.

PRIMERO. - El agua como bien de dominio público: Al respecto, el destacado jurista (Gonzales G. H., 2021) indica que: “La Constitución de 1933 estableció que las aguas son bienes públicos, pero no se pronunció sobre los derechos adquiridos.



Posteriormente, el D. Ley 17752, LGA, de fecha 24.7.1969, declaró que todas las aguas, cualquiera sea su estado físico, incluyendo sus cauces y álveos, le pertenecen al Estado” (pág. 113). Lo que se puede destacar, es que mediante esta ley se consideró la condición de inalienable al agua, interrumpiendo todos los derechos adquiridos, posteriormente ha sido reemplazado por la Ley de Recursos Hídricos.

“En esta polémica, nuestra posición se inclina decididamente por la segunda hipótesis. La propiedad privada mira el interés individual, permite la exclusión de los demás; es enajenable, embargable y prescriptible. Nada de esto ocurre con el dominio público, por lo que es obvio que se trata de una categoría jurídica distinta, pues la titularidad estatal de las cosas se encuentra completamente intervenida, y no solo armonizada, por la función pública que tales activos deben acometer en orden a los intereses generales. En buena cuenta, la propiedad privada es derecho; mientras el dominio público es deber” (Gonzales G. H., 2017, pág. 7).

En la jurisprudencia, mediante el proceso de Acción de Amparo del Expediente N° 02064-2004, el Tribunal Constitucional, mediante su fundamento 13) Observando la Ley General de Aguas, se ha pronunciado en el sentido de que el estado tendría dominio sobre las aguas; además, prohibiendo la propiedad privada y derechos adquiridos sobre el agua. Sin embargo, esta sentencia del Tribunal Constitucional, resulta contrario al marco legal internacional, donde se establece que el agua es de dominio de la nación, que es distinto al Estado.

SEGUNDO. - No existe propiedad ni pública ni privada sobre el agua. En el artículo 2 de la Ley de Recursos Hídricos se ha dispuesto que el agua tiene condición de patrimonio de la Nación, que su dominio es inalienable e imprescriptible. Y prohibiendo la propiedad privada sobre el agua.



Al respecto, (Pinto Y. , 2018) señala que: “lo más importante de este artículo es que recoge la teoría del “dominio eminente” al señalar que el agua constituye patrimonio de la Nación. Según el primer enunciado del artículo 2 no existe propiedad estatal ni privada sobre el agua” (pág. 8). Nosotros compartimos esta postura, porque conforme a nuestra Constitución, el agua siendo considerada como recurso natural constituye patrimonio de la Nación, de manera que, no puede ser propietario el Estado ni los privados sobre el agua.

Asimismo, (Pinto Y. , 2018) toma su posición, sosteniendo que: “La naturaleza jurídica del agua es la de un recurso natural regulada por un régimen especial distinto al de los bienes de propiedad del Estado; según este régimen que recoge la “Teoría de Dominio Eminencial”, el Estado, sin ser propietario del recurso ejerce la facultad de regular, administrar y desplegar su *Ius Imperium* sobre el agua, el cual finalmente diremos que es un bien común que le pertenece a toda la Nación” (pág. 9).

En la misma línea, la politóloga Elinor Ostrom, una de las principales exponentes de los estudios sobre los bienes comunes y organizaciones colectivas, y a quien le fue concedido el Premio Nobel de Economía en el año 2009, hace alusión a los bienes procomunes, los cuales son definidos como aquellos bienes que se producen, se heredan o se transmiten en una situación de comunidad, dentro de los cuales se encuentra el agua. De esta manera, se puede afirmar que los bienes comunes son aquellos que son compartidos por una comunidad y que las personas que habitan en ella tienen derecho a disfrutar, utilizar o explotar.

(Mnéndez, 2012) refiriéndose a la legislación de España, señala que: “La naturaleza demanial del agua no excluye la existencia de regímenes jurídicos diferenciados en función de las distintas modalidades de utilización. El uso común supone



la aplicación de un régimen netamente de derecho público, mientras que los usos privativos o “aprovechamientos”, según la terminología tradicional implican ya la penetración del derecho privado” (pág. 191).

TERCERO. - El agua tiene una naturaleza distinta a la de los bienes de dominio público: Según la Ley N° 29151, Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales, los bienes de dominio público son bienes estatales (Adicionalmente, el artículo 2 del Reglamento de la LGSNBE, aprobado mediante D.S. N° 007-2008-VIVIENDA, dispone que los bienes de dominio público son aquellos destinados al uso público y aquellos que sirven de soporte para la prestación de cualquier servicio público.). Siendo así, concordando los artículos de esta ley, con la LRH (artículo 2) y lo establecido por el artículo 66 de la Constitución podemos concluir que no resulta técnicamente apropiado señalar que el agua es un bien de dominio público, toda vez que no existe propiedad pública o estatal sobre este recurso.

Sobre la categorización de bienes como “bienes de dominio público” el Tribunal Constitucional ha señalado en el expediente N° 00003-2007-PC/TC que algunos bienes de titularidad del Estado, pueden ser destinadas al uso o servicio público, mediante el derecho administrativo. Es decir que los bienes de dominio público por su finalidad pueden ser de uso público o de servicio público; siendo así, queda claro que el agua al no ser un bien de dominio público, tampoco tiene la condición de bien de uso público.

Así, (Trujillo, 2005) indica que: “Vemos que la apropiación, tanto privada como pública tiene sus límites. Los estados encuentran su más grande limitación en su espacio geográfico y sus fronteras políticas internacionales, que van en contra del principio de la unidad universal del agua, porque no se puede dividir o fraccionar el agua como la tierra” (pág. 44). Además, el mismo autor advierte que:



“Los derechos subjetivos, como la propiedad, tienden a crear principalmente derechos más que deberes, y en nuestro caso concreto es la necesaria constitución de deberes a los usuarios lo cual nos lleva a redescubrir la naturaleza jurídica del agua como un bien común que tanto los individuos como las personas jurídicas tienen que cuidar para poder satisfacer nuestras necesidades actuales y las de las generaciones futuras, y garantizar así la existencia misma de la vida sobre la tierra” (Trujillo, 2005, pág. 165).

2.2.3. Tratamiento de los límites del derecho fundamental al agua potable en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

El derecho al agua es un derecho humano fundamental para la existencia del ser humano, asimismo, es la base principal para la existencia de otros derechos. En esa línea, si bien el derecho al agua es reconocido en las Convenciones Internacionales, posteriormente reconocido como un derecho fundamental; sin embargo, este derecho no es absoluto. De esta forma, resulta necesario delimitar los límites del derecho fundamental al agua potable, para ello analizaremos su tratamiento en las principales jurisprudencias emitidas del Tribunal Constitucional, en base doctrinaria y marco legal internacional.

El estudio sobre los límites del derecho al agua potable, aún no están tratadas en nuestra legislación peruana. “La primera cuestión que debemos plantear al referirnos al tema del agua tiene que ver con su importancia y con su significado. Probablemente no hay en el mundo un asunto que evoque más contenidos y perspectivas que el tema del agua. La humanidad tiene una especial relación con el tema, al punto de considerarlo sinónimo de lo que significa la vida” (Castro, 2015, pág. 79).

(Nogueira, 2003) señala que: “Las limitaciones a los derechos son las que establece la Constitución o que ésta autoriza al legislador para hacerlo, limitando al derecho con efecto constitutivo” (pág. 245). Ejemplo, el derecho de reunión tiene como limitaciones constitucionales el de ejercerlo en forma pacífica y sin armas. A lo que el



mismo autor agrega que, el ejercicio de este derecho tiene límites la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional.

En similar sentido, (Prieto, 1990) refiere que: “no existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites que (...) en relación a los derechos fundamentales, establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no solo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionales protegidos” (págs. 61-62).

(Penagos, 2016, págs. 2-3) señala que: “existen limitaciones internas y externas, la primera referida a las fronteras de la propia norma, en cuanto a las limitaciones externas lo clasifica en las implícitas y explícitas”. En esa misma línea, (Cianciardo, 2020) refiere que: “Desarrolla como límites internos intrínsecos y límites externos o extrínsecos de los derechos fundamentales, primero, conceptualización del contenido de los derechos, es decir, de su interior, referido a las fronteras que delimitan su mismo contenido, de suerte que fuera de ellas ni hay ni nunca hubo derecho. Segundo, límites externos, tendrían su origen en la necesidad de armonizar los conflictos del derecho fundamental de que se trate con otros derechos fundamentales y con bienes constitucionales” (pág. 70).

“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. Posteriormente, varios otros planes de acción han mencionado el agua potable y el saneamiento como un derecho humano” (Pari, 2019, pág. 10).

En esa línea, conviene recordar que la Organización de Naciones Unidas- ONU, reconoce el derecho al agua potable y saneamiento como un derecho humano fundamental, considerando como esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos. De la misma forma, el Consejo Económico y Social de la ONU considera que el derecho al agua tiene los siguientes factores: disponibilidad, calidad y accesibilidad. De esta forma, queda claro que el derecho fundamental al agua potable se encuentra reconocido como derecho humano; empero, el derecho al agua potable tiene sus límites y se encuentran establecidas en la propia constitución de manera directa o indirecta, asimismo, conforme a la doctrina existen dos teorías: la teoría de los límites externos, que entiende que los límites de los derechos fundamentales son definidos desde afuera y la teoría de los límites internos, que sostiene que los derechos tienen sus fronteras; también constituyen límites, los principios, leyes y reglas administrativas. Al respecto, mostraremos las principales sentencias del Tribunal Constitucional.

1. (Sentencia del Exp. N° 2064-2004-AA/TC, 2005)

En la sentencia del Tribunal Constitucional citada, se ha reconocido por primera vez el derecho al agua potable como un derecho fundamental, pero con fundamentos muy escasos. Sin embargo, en dicha jurisprudencia primigenia, no se ha abordado el problema sobre los límites del derecho fundamental al agua potable.

En dicha sentencia, resulta importante mostrar el fundamento 6) donde se establece lo siguiente: “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. Así, se ha comprobado que los servicios deficientes de agua y



saneamiento son la causa directa del deterioro de las condiciones de salud, así como causa importante de enfermedades originadas en el medio ambiente”.

Asimismo, en el fundamento 7) se establece lo siguiente: “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. 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 aseguren 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”.

2. (Sentencia del Exp. N° 6546-2006-PA/TC, 2007)

Mediante esta jurisprudencia se reconoce el derecho al agua potable como derecho constitucional no enumerado, al respecto conviene mostrar el Fundamento 5) donde se ha establecido lo siguiente: “En el caso específico del derecho al agua potable este Colegiado considera que, aunque dicho atributo no se encuentra considerado a nivel positivo, existen no obstante una serie de razones que justifican su consideración o reconocimiento en calidad de derecho fundamental. (...)”.

Esta sentencia del Tribunal Constitucional, específicamente en su fundamento 6) reconoce el derecho al agua potable de manera expresa, calificando como positiva el acceso a dicho elemento vital, además, considerando como un recurso esencial y básico para la calidad de vida, siendo conexo también con otros derechos, como la salud, trabajo y medio ambiente.



Fundamento 9): “Por lo que respecta a la posición del individuo en cuanto beneficiario del derecho fundamental al agua potable, el Estado se encuentra en la obligación de garantizarle cuando menos tres cosas esenciales: El acceso, la calidad y la 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 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”.

3. (Sentencia del Exp. N° 6534-2006-PA/TC, 2007)

Como se podrá advertir, se sigue la misma línea interpretativa ya establecida mediante el Expediente N° 6546-2006-PA/TC, reiterándose que el Estado se encuentra obligado a garantizar cuando menos tres cosas esenciales: el acceso, la calidad y la suficiencia.

Fundamento 18): “El derecho al agua potable, a la luz del contexto descrito, supondría primariamente un derecho de naturaleza positiva o prestacional, cuya concretización correspondería promover fundamentalmente al Estado. Su condición de recurso natural esencial lo convierte en 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 del líquido elemento el individuo pueda ver satisfechas sus necesidades elementales y aun aquellas otras que, sin serlo, permiten la mejora y aprovechamiento de sus condiciones de existencia”.

Fundamento 21): “Por lo que respecta a la posición del individuo en cuanto beneficiario del derecho fundamental al agua potable, el Estado se encuentra en la



obligación de garantizarle cuando menos tres cosas esenciales: el acceso, la calidad y la 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”.

Fundamento 23): “La calidad, por su parte, 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 los que 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”.

4. (Sentencia del Exp. N° 03668-2009-PA/TC, 2010)

Mediante esta sentencia el Tribunal Constitucional reconoce y protege el derecho fundamental a los servicios del agua potable. Precisamente en su fundamento 12) establece que los problemas de otra naturaleza como el desalojo, no justifica limitar el derecho elemental al agua, por lo que, ha sido rechazada el proceso de amparo planteada por afectar un derecho fundamental al agua potable. En efecto, jurisprudencialmente se reconoce el derecho fundamental al agua potable; sin embargo, de acuerdo a los objetivos de nuestra tesis, no se ha tocado aun sobre los límites del derecho al agua potable, porque ningún derecho es absoluta o ilimitada.

5. (Sentencia del Exp. N° 01985-2011-PA/TC, 2011)



Mediante esta sentencia se declara infundada el recurso de agravio constitucional, porque no fue acreditada la vulneración al derecho fundamental al agua potable, ya que la demandante no tenía legitimidad, porque no había cumplido con sus obligaciones administrativas, con esta decisión implícitamente ya se aplica los límites del derecho al agua potable, al respecto resulta necesario mostrar los fundamentos 11 y 12.

Fundamento 11): “Sin perjuicio de lo expuesto corresponde recordar 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 12): “Finalmente, teniendo en cuenta que en el presente caso se encuentra en juego el uso adecuado de un recurso natural cuya licencia se ha otorgado a una Junta Administradora particular, corresponde ordenar la notificación de la presente sentencia a la Administración Técnica Distrito de Riego de la Dirección Regional de Agricultura de Cajamarca, para que actúe conforme a sus atribuciones”.

6. (Sentencia del Exp. N° 03333-2012-PA/TC, 2014)

Como se podrá advertir, en esta Sentencia del Tribunal Constitucional es que por primera vez se ha abordado el problema de los límites del derecho fundamental al agua potable, estableciéndose que dicho derecho no es absoluto, sino que tiene sus límites en los principios, otros derechos constitucionales, bienes de relevancia constitucional, las reglas administrativas, reglas económicas y el abuso de derecho, lo que se puede verificar en sus fundamentos 3.3.4 y 3.3.6.



De esta forma, si los usuarios del agua potable no cumplen sus deberes respecto al suministro del agua, como son los reglamentos administrativos, pagos del servicio, no se puede alegar la vulneración del derecho fundamental al agua potable, tampoco se afectaría la dignidad humana, porque este derecho no es absoluto y se puede cortar.

7. (Sentencia del Exp. N° 05713-2015-PA/TC, 2018)

En esta importante sentencia también se aborda sobre los límites del derecho al agua potable, porque no son absolutas, sino que están condicionadas al cumplimiento de los reglamentos administrativos que determinan las relaciones entre empresas prestadoras y los usuarios, de este modo, el derecho fundamental al agua potable no es ilimitado como se pretende entender en la práctica.

Fundamento 3): “Por lo que respecta a la posición del individuo en cuanto beneficiario del derecho fundamental al agua potable, ha dejado establecido que el Estado se encuentra en la obligación de garantizarle cuando menos tres cosas esenciales: el acceso, la calidad y la 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 existente, sino de facilitar un conjunto de supuestos mínimos que garanticen su goce o disfrute por parte del ser humano o individuo beneficiario (...)” (STC N° 6534-2006-AA/TC, Fundamento 21)”. Sin embargo, en su fundamento 4) se reitera que el derecho fundamental al agua potable no es absoluto, ya que tiene sus límites, y el ejercicio del derecho al agua potable está condicionada a no contravenir los principios, otros derechos constitucionales, las reglas administrativas, bienes de relevancia constitucional, reglas económicas y el abuso de derecho.

Ahora bien, mediante el artículo 7-A de la Constitución Política del Perú, 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. Sin embargo, los límites del derecho al agua potable también se encuentran en la propia Constitución; así, en el último párrafo del artículo 103, se dispone lo siguiente: “La Constitución no ampara el abuso de derecho”.

8. (Sentencia del Exp. N° 03673-2015-PA/TC, 2020)

En esta sentencia se declara infundada la demanda de agravio constitucional, por no actuarse dentro de los límites del derecho fundamental al agua potable, porque este derecho no es absoluto o ilimitado como se pretende entender en la práctica, sino que tiene sus limitaciones. Conforme consta en el fundamento 17), es que la recurrente había solicitado que, una vez advertida la inconstitucionalidad del Decreto Legislativo 148, así como del Decreto Supremo 008-82-VI, en lo que se refiere a la tarifa de uso de agua subterránea, a fin de que, se pueda impedir a la demandada de cobrar la tarifa, ya sea vencido o por vencer.

Fundamento 20): “La recurrente también ha solicitado que la entidad demandada se abstenga de realizar cualquier tipo de acto que implique restricción de los servicios de agua potable o subterránea. Respecto de ello, una vez más, debe hacerse hincapié en que el pronunciamiento de este Tribunal es relativo a la prestación por servicio de “agua subterránea” como consecuencia de la incompatibilidad del Decreto Legislativo 148 y del Decreto Supremo 008-82-VI con el artículo 74 de la Constitución. Por lo que corresponde estimar este extremo de la solicitud en tanto y en cuanto la restricción del servicio sea consecuencia de una deuda derivada de la aplicación de estas normas”.



9. (Sentencia del Exp. N° 05081-2014-PHC/TC, 2019)

Fundamento 6): “Asimismo, conviene precisar también que “el derecho al agua potable, como todo atributo fundamental, no es absoluto ni irrestricto en su ejercicio, pues encuentra límites en otros derechos constitucionales y en principios y bienes de relevancia constitucional. Es más, su ejercicio se encuentra condicionado al cumplimiento de los reglamentos administrativos que determinan las relaciones empresas prestadoras-usuarios, en consecuencia, si no son cumplidas las reglas de pago establecidas, procede el corte del servicio” (Sentencia 03333-2012-PA/TC, fundamento 10) o, en su defecto, no se podría acceder a ella”.

Así, queda claro que el derecho esencial de acceso al agua potable no es absoluto, sino que sus límites que están establecidos en la Constitución Política, como principios o bienes de relevancia constitucional; asimismo, este derecho está condicionada al cumplimiento de los reglamentos administrativos. Ahora bien, en la sentencia materia de análisis, no se ha acreditado ningún trámite de instalación del servicio de agua potable en SEDAPAL, por lo que no se ha presentado ninguna vulneración del derecho fundamental al agua potable. Quedando desestimada la demanda de agravio constitucional.

10. (Sentencia del Exp. N° 01571-2021-PA/TC, 2021)

Fundamento 4): “Contrariamente a lo señalado por los jueces que conocieron la presente demanda, el Tribunal estima que se ha cometido un error de apreciación, debido a que, según lo alegado por la demandante, y en aplicación del principio *iura novit curia*, el derecho que se habría vulnerado sería el derecho fundamental al agua potable, reconocido en la Constitución”. En concreto, se había vulnerado el derecho constitucional de acceso al agua potable, reconocido en nuestra legislación constitucional desde el año 2017, siendo incorporada mediante la Ley N° 30588 de Reforma Constitucional.



Concretamente, al exigirse el agotamiento de la vía administrativa y obligar a que recurra al proceso contencioso administrativo a la recurrente, se ha vulnerado el derecho fundamental al agua potable, porque el Estado se encuentra en la obligación de garantizar cuando menos tres cosas esenciales: el acceso, la calidad y la suficiencia del agua a los ciudadanos conforme a la STC N° 06534-2006-AA/TC., lo que no fue tomada en cuenta, vulnerándose el derecho fundamental al agua potable, ya que se ha actuado dentro de los límites del derecho fundamental al agua potable.

2.2.4. Marco normativo

2.2.4.1. Marco Legal Nacional

a) Constitución Política del Perú de 1993

Artículo 7.- Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad.

Artículo 7-A.- El Estado reconoce el derecho de toda persona a acceder de forma progresiva y universal al agua potable. El Estado garantiza este derecho priorizando el consumo humano sobre otros usos.

El Estado promueve el manejo sostenible del agua, el cual se reconoce como un recurso natural esencial y como tal, constituye un bien público y patrimonio de la Nación. Su dominio es inalienable e imprescriptible.

Artículo 66.- Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por ley orgánica se fijan



las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.

***Artículo 73.-** Los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles. Los bienes de uso público pueden ser concedidos a particulares conforme a ley, para su aprovechamiento económico.*

***Artículo 103.-** (...) “La Constitución no ampara el abuso del derecho”.*

b) Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos.

Artículo 1.- El agua: El agua es un recurso natural renovable, indispensable para la vida, vulnerable y estratégico para el desarrollo sostenible, el mantenimiento de los sistemas y ciclos naturales que la sustentan, y la seguridad de la Nación.

Artículo 2.- Dominio y uso público sobre el agua: El agua constituye patrimonio de la Nación. El dominio sobre ella es inalienable e imprescriptible. Es un bien de uso público y su administración solo puede ser otorgada y ejercida en armonía con el bien común, la protección ambiental y el interés de la Nación. No hay propiedad privada sobre el agua.

Artículo 7°. - Bienes de Dominio público hidráulico. Constituyen bienes de dominio público hidráulico, sujetos a las disposiciones de la presente ley, el agua enunciada en el artículo 5° y los bienes naturales asociados a esta señalados en el numeral 1 del artículo 6°. Toda intervención de los particulares que afecte o altere las características de estos bienes debe ser previamente autorizada por la autoridad administrativa del agua, con excepción del uso primario del agua y las referentes a la navegación.



c) Reglamento de la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos (Decreto Supremo N° 001-2010-AG)

Artículo 2.- Dominio de las aguas:

2.1 El agua es un recurso natural renovable, vulnerable, indispensable para la vida, insumo fundamental para las actividades humanas, estratégica para el desarrollo sostenible del país, el mantenimiento de los sistemas y ciclos naturales que la sustentan y la seguridad de la Nación.

2.2 El agua es patrimonio de la Nación y su dominio es inalienable e imprescriptible. No hay propiedad privada sobre el agua, sólo se otorga en uso a personas naturales o jurídicas.

2.3 El uso del agua se otorga y ejerce en armonía con la protección ambiental y el interés de la Nación.

2.2.4.2. Marco Legal Internacional

a) Convención sobre los Derechos del Niño.

La Convención sobre los Derechos del Niño ha sido aprobada en fecha 20 de noviembre de 1989. En lo que interesa al estudio, en el literal c) del artículo 24, se hace mención al agua potable, como uno de los elementos principales para combatir las enfermedades y evitar las malnutriciones, entre otros.

b) Sobre la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

En esta Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada en 2006. En el numeral 2 literal a) del artículo 28 se reconoce el derecho de acceso a los servicios del agua potable de los discapacitados, en condiciones de igualdad.



c) **Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer.**

Esta Convención fue aprobada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su Resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979; entrando en vigor el 3 de setiembre de 1981, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 27. En efecto, principalmente en el artículo 14 literal h) se reconoce como uno de los derechos de las mujeres, el acceso al abastecimiento de agua.

2.2.5. Marco conceptual de la investigación

2.2.5.1. Derecho fundamental

Los derechos fundamentales son aquellos inherentes al ser humano, que pertenecen a toda persona en razón a su dignidad. Concepto objetivo: el Estado está ligado a las leyes, normas y otros; por lo cual, ya es un Estado de derecho. Según el diccionario de la RAE, los derechos fundamentales son aquellos “derechos declarados por la Constitución que gozan del máximo nivel de protección”. Es decir, se trata de unos derechos inviolables e irrenunciables. Y pertenecen a todas las personas por su dignidad.

2.2.5.2. Derecho al agua

Mediante la presente Ley N° 30588 se incorporó el artículo 7°-A de la Constitución Política del Perú, donde menciona que 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 derecho al agua es imprescindible para una vida digna, ya que es vital para la realización de muchos otros derechos, como los derechos a la salud, la vida y nivel de vida adecuado. En esa línea, el Informe de Naciones Unidas de 2019, publicado por la



UNESCO nos muestra que: “Los derechos humanos al agua y el saneamiento y la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible. El agua potable y el saneamiento están reconocidos como derechos humanos fundamentales, ya que son indispensables para asegurar el sustento saludable de los hogares y fundamentales para mantener la dignidad de todos los seres humanos” (p. 01).

2.2.5.3. Naturaleza jurídica del agua

“El agua es un bien natural, que se caracteriza por su gran movilidad y por su presencia en todos los elementos de la naturaleza. Es un elemento que no puede ser totalmente destruido, e independientemente de cuál sea su uso, siempre será restituido de una forma o de otra al medio acuático. Esta movilidad impide toda apropiación real y permanente. Esta observación nos permite clasificar al agua bajo la categoría de cosas comunes. Los seres humanos, con toda la ciencia y tecnología que han desarrollado, no pueden ejercer el dominio exclusivo y absoluto, porque su producción y autorregeneración se nos escapa por completo. Por ello, sea cual sea el sistema aplicable al agua, el hombre siempre ha tenido conciencia de que el agua pertenece a todos, porque es un elemento que ordena la vida y tiene el carácter de un bien que se renueva sin cesar, por tanto, no puede ser la propiedad de uno solo. La imposibilidad de la apropiación se debe a sus características físicas y su papel indispensable en la vida y desarrollo de la vida humana. Solo la calificación jurídica de cosa común toma en cuenta la naturaleza de la misma, aunque algunos juristas afirmen que esa naturaleza jurídica es consecuencia de la falta de protección del agua, y postulan que el régimen de las libertades ligado con el estatus de la cosa común constituye la legitimación de los abusos. Pero el problema no es su naturaleza jurídica, sino los intereses sectoriales agroindustria, industria contaminante contradictorios a la preservación de este recurso. Empero, esta argumentación no es válida, porque como usuarios de un bien común no tenemos la total libertad de hacer lo



que queramos sobre el recurso. El agua es una *res communis*, y no una *res nullius*. Al ser común, un recurso solo puede ser sometido a un derecho de uso que no lo agote y que deje intacto el derecho de uso a los demás usuarios, además de que tiene un valor económico y ambiental innegable” (Trujillo, 2005, pp. 163-164).

2.2.5.4. Límites del derecho fundamental al agua potable

Como bien sostenía el destacado constitucionalista Prieto Sanchís, pues no existen derechos absolutos o ilimitados. Al respecto, en nuestra jurisprudencia constitucional, mediante la Sentencia del Exp. N° 03333-2012-PA/TC, se ha establecido que el derecho al agua potable no es absoluto, ya que tiene límites en otros derechos constitucionales, principios y reglamentos administrativos establecidas entre las empresas prestadoras y usuarios del agua potable; por consiguiente, como consecuencia de la falta de pago del servicio de agua potable, resulta justificada el corte de este servicio.

Nosotros consideramos que es justificada y razonable los límites del derecho al agua potable establecida, ya que esta decisión encuentra su fundamento en el artículo 103 de la Constitución Política del Perú, como abuso del derecho, porque al contrario se ha advertido un ejercicio abusivo del derecho.

2.2.5.5.El abuso del derecho

Montesquieu alguna vez dijo: “La libertad es el derecho a hacer lo que las leyes permiten. Si un ciudadano tuviera derecho a hacer lo que éstas prohíben, ya no sería libertad, pues cualquier otro tendría el mismo derecho”. Sin embargo, ¿qué sucede cuando el ejercicio de un derecho conlleva a la afectación de otro? ¿Se puede ejercer un derecho de forma ilegítima? Como respuesta a esta problemática nace la institución jurídica denominada “abuso de derecho”. Conforme al último párrafo del artículo 103 de la Constitución Política del Perú, no se ampara el abuso del derecho.



CAPÍTULO III

MATERIALES Y MÉTODOS

3.1. ENFOQUE DE INVESTIGACIÓN

En la investigación desarrollada se ha seguido el enfoque de investigación cualitativo, porque se ha recurrido al plano teórico, doctrina, derecho comparado y la jurisprudencia relevante. Así, los datos del estudio se han obtenido desde el plano teórico, primero con el fin de delimitar la naturaleza jurídica del agua; luego también recurriendo al plano teórico y jurisprudencia relevante se ha delimitado los límites del derecho fundamental al agua potable. Tal como sostienen (Hernández & Mendoza, 2019) sobre la ruta cualitativa como: “Abierto, emergente y que se enfoca conforme se desarrolla el proceso en cuestiones que nos permitan entender el fenómeno estudiado. Orientado hacia explorar, describir y comprender. Se afina en base a las experiencias y a la revisión analítica de la literatura” (p. 21).

3.2. TIPO DE INVESTIGACIÓN

El tipo de investigación que se ha realizado es dogmático y analítico prospectivo, ya que por un lado, hemos analizado la naturaleza jurídica del agua, con el propósito de delimitar la naturaleza jurídica del agua en nuestra legislación y buscando su protección; por otro lado, en base a los fundamentos teóricos encontrados, desplegamos el análisis de los límites del derecho fundamental al agua potable, citando las principales Sentencias del Tribunal Constitucional, a efectos de establecer criterios de interpretación, para que los operadores del derecho puedan aplicar.

Siguiendo las pautas orientadoras que señala que: “Se trata de determinar el tipo de investigación que queremos realizar, es decir, qué nos interesa investigar respecto del



tema que hemos identificado en el primer paso. Se trata de determinar nuestro interés investigativo” (Charaja, 2018, pág. 149).

3.3. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

En la presente investigación, el diseño que se ha seguido es dogmático y el estudio de casos. Porque en cuanto al primer eje temático se ha desarrollado el estudio netamente en el plano teórico; mientras en cuanto al segundo eje temático, el estudio se ha realizado tanto en el plano teórico y aplicando a casos reales de la jurisprudencia, ya que se analizó las principales Sentencias del Tribunal Constitucional referente a los límites del derecho fundamental al agua potable. Tal como señalan (Hernández & Mendoza, 2019, pág. 554) “El diseño en la ruta cualitativa es el abordaje general que se utilizará en el proceso de investigación”

3.4. OBJETO DE ESTUDIO

Al objeto de estudio se le denomina como el tema de la investigación, sobre el cual gira el estudio, desde su inicio hasta el final.

En el presente trabajo, el objeto de estudio planteado es sobre la naturaleza jurídica del agua y el tratamiento de los límites del derecho fundamental al agua potable en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En esa línea, el problema de indefinición de la naturaleza jurídica del agua y la falta de delimitación de los límites del derecho al agua potable, nos ha permitido incrementar nuestros conocimientos en el ámbito del derecho al agua potable, ya que, por un lado, se ha delimitado la naturaleza jurídica del agua, y, por otro lado, se ha analizado y delimitado las limitaciones del derecho fundamental al agua potable en las principales jurisprudencias del Tribunal Constitucional, debido que este derecho no es absoluto.



3.5. MÉTODOS

Teóricamente son consideradas como un conjunto de pasos de carácter racional, lógico, secuencial y sistemático que debemos ejecutar para encontrar nuevos conocimientos. En el presente caso, de acuerdo a los objetivos del estudio, los principales métodos de investigación utilizadas son cuatro: el método dogmático, método sistemático, método de argumentación jurídica y estudio de casos.

El método dogmático. – Se ha seguido el método dogmático, porque el estudio se ha centrado al estudio de una norma positivizada como es el caso del artículo 7-A de la Constitución Política del Perú, dispositivo del cual se ha estudiado su naturaleza jurídica, recurriendo a la doctrina, derecho comparado, con el propósito de buscar la protección del agua. Asimismo, desarrollamos el análisis del tratamiento de los límites del derecho fundamental al agua potable, es decir, a partir de las normas positivas que reconocen este derecho, recurriendo a la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, con el propósito de encontrar sus limitaciones, porque el derecho al agua potable no es ilimitado.

Método sistemático. - Consiste en que los ejes temáticos de la investigación deben ser interpretadas en conjunto con los demás preceptos o cláusulas que forman parte del ordenamiento jurídico en cuestión. En la presente investigación, mediante el método de interpretación sistemática se ha logrado delimitar tanto el objetivo general como los objetivos específicos; en tal fin, se ha recurrido al marco legal internacional, derecho comparado, la doctrina y la jurisprudencia relevante (norma, doctrina y jurisprudencia).

El método de argumentación jurídica. - Este método ha facilitado el desarrollo de la interpretación jurídica, ya que se ha desarrollado razonamientos y construcciones lógicas de ambos ejes temáticos como son: la naturaleza jurídica el agua y el tratamiento de los límites del derecho fundamental al agua potable. Primero, con el propósito de una



mejor protección del agua; y segundo, con el propósito de establecer los criterios de la interpretación sobre los límites del derecho fundamental al agua potable, especialmente dirigido a los operadores del derecho.

Estudio de casos. – Mediante este método se ha logrado delimitar el propósito del segundo eje temático del estudio, es decir, sobre el tratamiento de los límites del derecho fundamental al agua potable en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, logrando identificar los límites del derecho al agua, con el propósito de establecer criterios de interpretación dirigido a los operadores del derecho, porque como decía Prieto Sanchís, no existen derechos ilimitados. Siguiendo la pauta metodológica que señala: “un estudio de caso contemporáneo como “una estrategia de investigación dirigida a comprender las dinámicas presentes en contextos singulares”, la cual podría tratarse del estudio de un único caso o de varios casos, combinando distintos métodos para la recogida de evidencia cualitativa y/o cuantitativa con el fin de describir, verificar o generar teoría” Eisenhardt (citado por Martínez, 2006, pág. 174).

3.6. TÉCNICAS

Conforme a la naturaleza de la investigación, las técnicas utilizadas en el presente trabajo de investigación fueron tres: la técnica del análisis documental, la técnica del parafraseo y la técnica de la interpretación jurídica.

Técnica del análisis documental. – Esta técnica que ha sido utilizado para analizar diferentes informaciones obtenidas, en el proceso de selección de las informaciones y discusión de los resultados del estudio.

Técnica del parafraseo. - Esta técnica ha sido utilizado en casi todo el desarrollo de la investigación, siendo usada en mayor grado en el capítulo del análisis de los resultados y discusión.



Técnica de la interpretación jurídica. - Se ha utilizado tanto en la selección de las informaciones como en el análisis de los resultados de la investigación, lo que nos ha permitido lograr los objetivos planteados.

3.7. INSTRUMENTOS

Los principales instrumentos utilizados en el desarrollo del presente estudio son tres: fichas bibliográficas, fichas de resumen y las fichas de análisis de contenido.

Fichas bibliográficas. - Registra los datos más importantes de un libro, como el título de los temas que se aborda, el autor, el número de edición que corresponde, lugar de edición y una síntesis de los contenidos relacionados a la materia de la investigación. Instrumento que ha cumplido un rol fundamental, precisamente para analizar cada una de las dimensiones o ejes temáticos del estudio, acorde a los propósitos planteados.

Fichas de resumen. – Mediante el cual se ha obtenido informaciones relevantes de las distintas fuentes de la información, siempre conforme a los objetivos del estudio.

Fichas de análisis de contenido. - Es un instrumento importante que nos ha permitido analizar el contenido de las diferentes informaciones obtenidos, conforme a los objetivos de la investigación.

3.8. DELIMITACIÓN GEOGRÁFICA

Desde el punto de vista metodológico, tratándose de una investigación de enfoque cualitativa, no es indispensable realizar la delimitación geográfica, porque se trabaja con teorías. De modo que, señalamos solo como una referencia general que la investigación tiene alcance nacional, porque el eje temático y los sub-ejes temáticos del estudio tienen alcance en todo el territorio nacional.



3.9. DELIMITACIÓN TEMPORAL

Tratándose de una investigación que sigue el enfoque cualitativo, por la naturaleza del estudio no es posible realizar su delimitación temporal, de manera que, solo como referencia general, se puede señalar que el estudio se ha desarrollado tomando en consideración los diez últimos años desde 2011 hasta 2021.

3.10. OPERACIONALIZACIÓN DE LOS EJES TEMÁTICOS

EJE TEMÁTICO	DIMENSIONES	METODOLOGÍA
Naturaleza jurídica del agua y el tratamiento de los límites del derecho fundamental al agua potable en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.	Naturaleza jurídica del agua en la legislación peruana.	TÉCNICAS: Análisis documental. Interpretación jurídica. Parfraseo.
	Tratamiento de los límites del derecho fundamental al agua potable en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.	INSTRUMENTOS: Fichas bibliográficas. Fichas de análisis de contenido. Fichas de resumen.



CAPÍTULO IV

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

En el presente capítulo se muestran los resultados alcanzados en el desarrollo de la investigación y la discusión conforme a los objetivos planteados.

La investigación desde el inicio hasta el final ha girado en base a un eje temático que constituye: “Naturaleza jurídica del agua y el tratamiento de los límites del derecho fundamental al agua potable en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, el mismo que por cuestiones metodológicas se ha trabajado en dos dimensiones o sub-ejes, primero sobre la naturaleza jurídica del agua, y segundo sobre el tratamiento de los límites del derecho fundamental al agua potable en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

4.1. ANÁLISIS DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL AGUA

Para iniciar con el análisis propiamente de la naturaleza jurídica del agua en la legislación peruana, resulta indispensable definir algunos conceptos como: derechos humanos, el agua, derecho al agua, derecho humano al agua potable y saneamiento, la Autoridad Nacional del Agua (ANA). De la misma forma, resulta importante realizar una mirada al marco legal internacional, las Convenciones Internacionales en las que el Perú es parte, y las principales Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

4.1.1. Derechos humanos

Los derechos humanos, tal como define el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Perú (2013): “Son derechos cuyo respeto, protección y promoción son indispensables para que cada ser humano, individualmente o en comunidad, pueda desarrollar su proyecto de vida dignamente y en libertad. Todos los seres humanos, por su sola condición de tal, gozan de derechos humanos, sin distinción por razón de raza,



sexo, nacionalidad, religión, edad, condición económica, social o política, orientación sexual, identidad de género o de cualquier otra índole. Están reconocidos y protegidos por la Constitución Política del Perú y por los tratados internacionales sobre la materia” (p. 16).

Bajo esta perspectiva, para la efectiva vigencia de los derechos humanos, se hace necesario que cada persona comprenda que ellos no forman parte solamente de los textos jurídicos o de los argumentos de los tribunales, sino que, fundamentalmente, deben formar parte de los derechos humanos con el quehacer diario. Esto es, la vigencia de los derechos humanos se debe ejercer desde nuestros hogares, en el trabajo, en el transporte público, en la escuela, en la universidad, entre otras.

Ahora bien, el derecho humano al agua ha sido definido por las Naciones Unidas como el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico. Un abastecimiento adecuado de agua salubre es necesario para evitar la muerte por deshidratación, para reducir el riesgo de las enfermedades relacionadas con el agua y para satisfacer las necesidades de consumo y cocina y las necesidades de higiene personal y doméstica. En esa línea, el principal responsable de proteger, defender, respetar, promover y garantizar los derechos humanos es el Estado a través de sus diferentes poderes y niveles de gobierno. Sin embargo, tales deberes son exigibles también a la sociedad en su conjunto, así como a las organizaciones internacionales relacionadas con la materia

4.1.2. El agua

El agua es un líquido transparente, formadas por dos átomos hidrógeno y oxígeno, es incoloro y limpio. Al agua se considera como un recurso natural en nuestra legislación, porque en el segundo párrafo del artículo 7-A de la Constitución, se dispone que: “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”.

4.1.3. Derecho al agua

En nuestra legislación, la Ley General de Aguas de 1969, derogando al Código de Aguas de 1902, en su artículo 1 establecía que las aguas son de propiedad del Estado, además, se disponía la condición de inalienable e imprescriptible del agua, prohibiéndose la propiedad privada, solo permitiendo su uso racional debidamente justificada, dentro del marco del interés social y nacional. En dicho contexto, sobre el derecho al agua existen interesantes decisiones de los operadores del derecho, quienes en cumplimiento de sus deberes han suplido jurisprudencialmente los vacíos normativos, tanto en el ámbito internacional como en el contexto nacional, lo que ha quedado evidenciada en un conjunto variada de las resoluciones, en las que se ha desplegado una serie de conceptos, instituciones jurídicas, elementos del derecho al agua, porque estaban ante la escasez de jurisprudencia internacional y nacional.

En el año 2009 fue promulgada la Ley N° 29338 Ley de Recursos Hídricos, que en su artículo 2 considera al agua como patrimonio de la Nación, dando el matiz jurídico de uso público; además, prohibiendo la existencia de la propiedad privada sobre el agua, de lo que se puede entender, que solamente el Estado puede tener su dominio sobre el agua. Por otro lado, se advierte un craso error en este dispositivo, en cuanto a lo que dispone que “su administración solo puede ser otorgada”, este extremo de lo dispuesto es un grave error, porque el ius puniendi del Estado siempre prima en cuanto a la administración del agua, ya que, el Estado administra y vigila el agua de manera exclusiva, estas facultades nunca son conferidas a los privados. En suma, lo que sí está permitido legalmente es que el Estado puede otorgar a los privados, la licencia,



autorización y permiso de uso del agua. Al respecto, en palabras del jurista Günther González, en la contemporaneidad el derecho de aguas es entendida como un conjunto de principios y normas destinadas a la correcta planificación y gestión de aguas.

4.1.4. Derecho humano al agua potable

En el plano internacional, el concepto de la cantidad básica de agua requerida para satisfacer las necesidades humanas fundamentales se enunció por primera vez en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua, celebrada en Mar de Plata- Argentina en 1977. Que, en su Plan de Acción se afirmó 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. En el Programa 21, aprobado en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, se confirmó este concepto. Posteriormente, varios otros planes de acción han mencionado el agua potable y el saneamiento como un derecho humano. En el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de 1994, los Estados afirmaron que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, lo que incluye alimentación, vestido, vivienda, agua y saneamiento adecuado.

De acuerdo al Consejo Económico y Social de la ONU el contenido normativo del derecho humano al agua tiene los siguientes factores: disponibilidad, calidad y accesibilidad. Asimismo, en la Resolución N° 64/292 aprobada por Asamblea General de Naciones Unidas, de fecha 28 de julio de 2010, reconoce 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. Hecho que ha marcado mucha importancia en el desarrollo legal y jurisprudencial de las legislaciones de la comunidad internacional.



En el año 2015, al derecho al agua potable como derecho humano se agrega el derecho al saneamiento, lo que se puede corroborar en el Informe Mundial de Naciones Unidas sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos (2019) que señala: “Además, desde 2015, la Asamblea General y el Consejo de Derechos Humanos han reconocido tanto el derecho al agua potable como el derecho al saneamiento como derechos humanos estrechamente relacionados pero distintos (...). El derecho internacional en materia de derechos humanos obliga a los estados a trabajar para lograr el acceso universal al agua y el saneamiento para todos, sin discriminación, al tiempo que da prioridad a los más necesitados” (p. 40). Así, el derecho internacional en materia de derechos humanos obliga a los estados a trabajar para lograr el acceso universal al agua y el saneamiento para todos, sin discriminación, al tiempo que da prioridad a los más necesitados.

Ahora bien, en nuestra legislación ya se reconocía jurisprudencialmente el derecho al agua potable como derecho fundamental no enumerado en la Constitución, muestra de ello tenemos la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 6546-2006-PA/TC, en su fundamento 5) señala lo siguiente: “En el caso específico del derecho al agua potable este Colegiado considera que aunque dicho atributo no se encuentra considerado a nivel positivo, existen no obstante una serie de razones que justifican su consideración o reconocimiento en calidad de derecho fundamental. Asumir dicha premisa supone sin embargo perfilar su individualización dentro del contexto que ofrecen algunas de las perspectivas anteriormente enunciadas. A tales efectos y en la medida en que no existe norma expresa que contenga dicho reconocimiento a nivel interno y que a nivel internacional aún se encuentra pendiente de desarrollo muchos de los ámbitos que comprendería dicho atributo, se hace permisible acudir para tal efecto principalmente a la opción valorativa o principialista a la cláusula de los derechos implícitos que le permite servir de referente. Así las cosas, la utilización de la fórmula de



individualización antes descrita permitiría legitimar la existencia de un derecho al agua potable en calidad de atributo fundamental no enumerado. Su reconocimiento se encontraría ligado directamente a valores tan importantes como la Dignidad del ser humano y el Estado Social y Democrático de Derecho”.

Posteriormente, el mismo criterio interpretativo ha sido reiterada en la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 06534-2006-PA/TC, que en su fundamento 21) se señala: “Por lo que respecta a la posición del individuo en cuanto beneficiario del derecho fundamental al agua potable, el Estado se encuentra en la obligación de garantizarle cuando menos tres cosas esenciales: el acceso, la calidad y la 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”.

Asimismo, el derecho al agua potable como derecho fundamental, ha sido también reflejada merecidamente en las Sentencias del Tribunal Constitucional recaída en los Expedientes N° 03668-2009-PA/TC, de fecha 8 de setiembre de 2010 y N° 01985-2011-PA/TC, de fecha 22 de setiembre de 2011.

Recientemente, mediante el artículo único de la Ley N° 30588 publicada en fecha 22 de junio de 2017, fue incorporada el artículo 7-A de la Constitución Política del Perú, donde contiene lo siguiente: “Artículo 7-A.- Derecho al agua potable. El agua como recurso natural. 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”.

4.1.5. Características del derecho humano al agua en la contemporaneidad

El reconocimiento internacional del derecho humano al agua, implica que este derecho es de todas las personas humanas a disponer de agua, siendo las obligaciones de los Estados Partes los siguientes: a) La disponibilidad, b) La calidad, c) La accesibilidad física y económica, d) No discriminación, e) Acceso a la información sobre cuestiones de agua. Obligaciones que no se viene cumpliendo en nuestra legislación peruana, porque aún existen grandes sectores de la población sin acceso al agua potable.

Asimismo, el derecho al agua como derecho humano, en la actualidad se encuentra vinculada a otros derechos como son: (1) Derecho a la vida, (2) Derecho a un medio ambiente sano, (3) Derecho a la salud, (4) Derecho a la alimentación y a la educación.

Por otro lado, de toda la normatividad y la doctrina revisada, el derecho humano al agua presenta las siguientes características:

- a) En su mayoría se ubica dentro del derecho público, específicamente dentro del derecho administrativo, siendo imposible de apropiación por su condición de bien especial y por regirse por el principio de unidad universal del agua.
- b) Se encuentra dentro del bloque de constitucionalidad, es decir, ya no tanto en el derecho interno.
- c) Tiene base ambiental, porque se busca su preservación para asegurar la calidad, suficiencia y accesibilidad de agua.
- d) Es dinámica por esencia, porque está sujeta a los cambios que puedan variar, donde necesariamente se tiene que actualizar y adecuar.



- e) Persigue el fin proteccionista, porque desde la ONU se ha alertado el riesgo de la mercantilización del agua, instando a los Estados a garantizar el acceso al agua potable de su población.

En nuestra legislación hay un descuido del derecho al agua, muestra de ello hay escasa doctrina, siendo reconocida jurisprudencialmente como derecho fundamental no enumerado desde el año 2006; posteriormente, recién en el año 2017 ha sido incluida en el artículo 7-A de la Constitución, pero manteniendo su inspiración en la legislación de aguas de España, lo que genera incompatibilidades con nuestra realidad.

4.1.6. Naturaleza jurídica de los bienes de dominio público

Como señala Gonzales (2021): “En la doctrina se discute la naturaleza de los bienes de dominio público, centrándose el debate en tres teorías principales: a) no es propiedad, sino instrumento para el logro de fines públicos; b) es propiedad civil, con algunas diferencias; c) es propiedad pública, como categoría jurídica propia del derecho público, pero basada en el concepto de propiedad, del que no puede separarse” (p. 98). De esta forma, podemos advertir que existen hasta tres teorías que tratan de definir la naturaleza jurídica de los bienes de dominio público, manteniéndose vigente el debate hasta la actualidad.

En efecto, conforme a la doctrina, sobre la naturaleza jurídica de los bienes de dominio público, las principales teorías que siempre están en constante disputa son tres y son las siguientes:

- a) *La teoría tradicional francesa.* - Esta teoría defiende la propiedad de dominio público del Estado, clasificando como los bienes demaniales del Estado, pero por sus peculiares características, fue denominada como una propiedad privada especial del ente público.



- b) *La teoría alemana que mantienen actualmente otros autores, es la denominada 'funcionalista'. Esta teoría sostiene tajantemente que no habría propiedad del Estado, reconociendo que solo habría una relación jurídica de potestad, el mismo que generaría deberes del Estado, para garantizar el uso o servicio público de los bienes de interés colectivo.*
- c) *En la contemporaneidad, existe un sector de la doctrina alemana que sigue la tesis privatista de dominio de los bienes por el ente público, es decir, por el Estado. Esta teoría sostiene el dominio privado de los bienes del Estado, de este modo, el Estado podría ostentar la propiedad.*

4.1.7. Sobre la naturaleza jurídica del agua

Conforme a la doctrina, en el derecho romano las fuentes de agua eran cosa privada, susceptible de propiedad de particulares, esto es, eran de naturaleza privada. Concepto que ha evolucionado pasando por las diferentes etapas y modelos como son:

- a) *El sistema privatista.* - Implica que las relaciones jurídicas tienen como postulado la libertad de los individuos, donde el Estado solo puede intervenir de manera excepcional, de este modo, el agua era posible de apropiación privada, ya que primaba el interés de los particulares; además, los bosques o aguas eran concebidas como bienes ilimitados, por lo que no se preocupaban de su cuidado, administración o planificación especial.
- b) *Sistema de función social.* - Conocida también en la doctrina como la visión social o de función social, en este modelo se mantiene la libertad de las relaciones jurídicas, pero esa libertad es delimitada por la ley, en cautela del bien común o el interés general de la sociedad. De esta forma, como sostiene Gonzáles (2021): “El sistema social puede coexistir con pequeños espacios de propiedad privada en algunas aguas bastante menores, pero lo relevante es la imposición de políticas de gestión del agua



para fines de conservación, protección, planificación, en tal sentido, la función social de las aguas determina que la principal finalidad de tal régimen jurídico es el cuidado del recurso” (p. 145).

c) *Sistema publicista*. - Declara que el recurso como el agua es público, en vista que es necesario proteger en sus distintas variables, esta tendencia publicista del agua ha sido seguida prontamente por diversas legislaciones. Así, en el derecho comparado el sistema demanial de las aguas que excluye la propiedad privada, es el sistema que predomina más en la contemporaneidad, peor aún en sistemas socialistas.

Ahora bien, en el derecho comparado, el tratamiento de la naturaleza jurídica del agua no es uniforme, tal como mostraremos a continuación: (i) En España, el agua se considera como un recurso unitario que forma parte del dominio público estatal como dominio hidráulico. (ii) En Colombia, el agua es considerada como propiedad del Estado; (iii) En Ecuador, el agua se considera como patrimonio estratégico de dominio del Estado; (iv) En México, el agua es considerada como propiedad de la Nación; (v) En Bolivia, el agua se considera como propiedad y dominio directo del pueblo; (vi) En Brasil, el agua es considerada como dominio de la Unión.

En esa línea, conviene destacar que la Asamblea General de Naciones Unidas, en reiteradas resoluciones ha establecido el derecho de los pueblos a disponer de sus recursos naturales, por ser inherente a su soberanía, inalienable y permanente. Al respecto, es pertinente mostrar lo resumido por Cuadros (citado en Del Castillo, 2015): “Así, las resoluciones del 12 de enero de 1952, del 21 de diciembre 1952, del 12 de diciembre de 1953 y del 14 de diciembre de 1962 declararon que los recursos naturales deben usarse en interés del desarrollo nacional y del bienestar del pueblo del respectivo Estado” (p. 221). De esta forma, es necesario diferenciar el Estado y la Nación, el Estado es la nación



jurídicamente organizada; mientras la Nación se considera como uno de los elementos del Estado contemporáneo.

Asimismo, conviene resaltar que en el primer párrafo del artículo 15 del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo se señala lo siguiente: “Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos”.

En dicho contexto, las principales teorías que tratan de definir la naturaleza jurídica del agua son las siguientes:

PRIMERO. - El sistema privatista: Esta teoría permite la propiedad privada del agua, es decir, los particulares pueden ostentar la titularidad del agua, no ha tenido mayor acogida en el derecho comparado. Excepcionalmente en Chile se viene aplicando esta teoría del sistema privatista, en donde, por un lado, los nuevos elementos propios del mercado, conviven con elementos tradicionales; y por otro lado, los poderes de la Administración del Estado burocracia y usos costumbristas y autogobierno de las aguas.

SEGUNDO. - El sistema de función social: Esta teoría, a diferencia de la teoría privatista, mantiene la libertad de las relaciones jurídicas, es decir, puede coexistir la propiedad privada del agua; sin embargo, predomina el interés general de la sociedad, la tutela del bien común. En concreto, en el sistema social puede coexistir la propiedad privada del agua, pero en mínimas cantidades, ya que predomina la imposición de las políticas de gestión del agua para fines de conservación, protección y planificación, de este modo, la principal finalidad del régimen jurídico es el cuidado del recurso. Esta teoría se acerca al modelo implementado en Bolivia, donde el agua ha sido considerada como propiedad y dominio directo del pueblo.



TERCERO. - Bien de dominio público hidráulico: Esta teoría se encuentra presente en la mayoría de las legislaciones del derecho comparado, así, se encuentra vigente en la legislación de aguas de España desde 1985, Colombia, Ecuador y entre otros. Ahora bien, un sector de la doctrina sostiene también que esta teoría estaría vigente en la legislación de aguas de Perú, porque nuestra vigente Ley de Recursos Hídricos de 2009, habría sido importada de la legislación de España, donde se considera que el agua tiene naturaleza de dominio público hidráulico, implementada técnicamente para evitar la propiedad privada del agua; sin embargo, en nuestra legislación aún existen serias discordancias.

CUARTO. - El agua como recursos naturales: Según esta teoría el agua es considerada como un recurso natural; sin embargo, el recurso natural constituye un bien de contenido económico, destinada al aprovechamiento o disfrute con fines de producción, es decir, permite el aprovechamiento personal de las tierras, aguas, minerales, energías que producen electricidad, atmósfera y espacio radioeléctrico, paisaje natural, entre otros. Por estas razones, la mayoría de las legislaciones de América Latina y Europa, adoptan el sistema de dominio eminente respecto a los recursos naturales, esto es, todos los recursos naturales pertenecen al Estado. Sin embargo, también existe un sector de la doctrina que sostiene que el agua como recurso natural pertenecería a la Nación, estableciéndose ciertos impedimentos o limitaciones al Estado, del libre albedrío de privatizar el agua, porque no puede privatizar con facilidad.

QUINTO. - Bien de dominio de la Nación: Esta teoría está siendo la más aceptada en la contemporaneidad, con el fin de proteger el agua, de este modo, se encuentra vigente en México, donde el agua es considerada como propiedad de la Nación; asimismo, en Bolivia, donde el agua se considera como propiedad y dominio directo del pueblo; en similar sentido, en Brasil, el agua es considerada como dominio de la Unión. Es así que,



esta teoría viene siendo la más seguida, porque limita al Estado de las privatizaciones y disposiciones del derecho al agua, ya que, a diferencia del dominio eminente o dominio público hidráulico, al considerarse como recurso natural el agua, el Estado se encuentra limitado de disponer con facilidad, sea quien fuere dueño, esto en función al bien común, porque el agua en calidad de recurso natural pertenece a la Nación.

4.1.8. Sobre la naturaleza jurídica del agua en la legislación peruana.

En nuestra legislación peruana, conforme a la doctrina, el primer Código de Aguas fue promulgada en 1902, de lo que se puede destacar, es que dicha ley era inspirada en la ley de aguas de España de 1866, donde se establecía dos tipos de regímenes jurídicos sobre las aguas: dominio público y propiedad privada. Luego, en el año 1969 fue promulgada la Ley N° 17752, Ley General de Aguas, que en su artículo 1 disponía la prohibición de la existencia de la propiedad privada de las aguas, sosteniendo que las lagunas son de propiedad del Estado, otorgándole la condición de imprescriptibles e inalienables. Posteriormente, en el año 2009 fue promulgada la actual Ley de Recursos Hídricos que tenemos vigente; sin embargo, lo cierto es que, esta ley también sigue las líneas teóricas de la legislación de aguas de 1985 de España, es decir, nuestra ley de Recursos Hídricos 29338, no ha sido diseñada de acuerdo a las necesidades de la realidad peruana, porque la realidad de España es totalmente distinta a lo nuestro, es así que, los principales estudiosos de España, han calculado que tienen suficiente reserva de agua, de manera que por un período largo del futuro, no sufriría la escasez del agua la población de España.

Ahora bien, como una muestra de la discordancia que existe sobre la naturaleza jurídica del agua en nuestra legislación, refiriéndose a la Ley de Recursos Hídricos N° 29338, Pinto (2015) señala que: “Adoptar una posición sobre la naturaleza jurídica del



agua, es decir, señalar si es un bien de uso público, de dominio público o de naturaleza diferente, acarrea consecuencias distintas” (p. 181).

En el artículo 2 de la Ley de Recursos Hídricos se establece lo siguiente: “Dominio y uso público sobre el agua. El agua constituye patrimonio de la Nación. El dominio sobre ella es inalienable e imprescriptible. Es un bien de uso público y su administración solo puede ser otorgada y ejercida en armonía con el bien común, la protección ambiental y el interés de la Nación. No hay propiedad privada sobre el agua”. Sin embargo, de manera contradictoria en el artículo 7 de la misma ley, se establece lo siguiente: “Bienes de dominio público hidráulico. Constituyen bienes de dominio público hidráulico, sujetos a las disposiciones de la presente Ley, el agua enunciada en el artículo 5 y los bienes naturales asociados a esta señalados en el numeral 1 del artículo 6. Toda intervención de los particulares que afecte o altere las características de estos bienes debe ser previamente autorizada por la Autoridad Administrativa del Agua, con excepción del uso primario del agua y las referentes a la navegación”.

En similar sentido, en el artículo 7-A de la Constitución Política de Perú, se ha establecido el reconocimiento constitucional del derecho al agua potable, priorizando el consumo humano, considerando como recurso natural y patrimonio de la Nación acorde al artículo 66 de la Constitución, y como bien público concordante con el artículo 73 de la Constitución; además, otorgándole la condición de imprescriptible e inalienable. Sin embargo, esta disposición es contrario al marco legal internacional, ya que contradice a lo establecido en el artículo 15 de la Convención N° 169 y las reiteradas resoluciones de la ONU, donde se reconocen que los recursos naturales pertenecen al pueblo.

De las principales teorías que tratan de definir la naturaleza jurídica del agua, las que se encuentran en debate en la legislación peruana son las siguientes: primera teoría,



que considera al agua como bien de dominio público hidráulico; segunda teoría, que considera al agua como un recurso natural; y la tercera teoría, que considera al agua como bien de dominio de la Nación. Ante esta problemática, nosotros tomamos la postura a favor de la tercera teoría que considera al agua como un bien de dominio especial de la Nación, porque esta postura tiene respaldo en el marco legal internacional y el derecho comparado, además, dicha teoría es la que mejor garantiza la protección del agua.

4.2. ANÁLISIS DEL TRATAMIENTO DE LOS LÍMITES DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL AGUA POTABLE EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Antes de analizar el tratamiento de los límites del derecho fundamental al agua potable en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, resulta indispensable recordar algunas definiciones que se manejan en la doctrina. Así, un sector de la doctrina considera la importancia del agua como sinónimo de lo que significa la vida; sin embargo, este derecho tiene sus límites y no es absoluto.

Al respecto, Nogueira (2003) señala que: “Las limitaciones a los derechos son las que establece la Constitución o que ésta autoriza al legislador para hacerlo, limitando al derecho con efecto constitutivo” (pág. 240). En efecto, conforme a la doctrina mayoritaria los principales límites de los derechos fundamentales radican en la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional. Lo que significa que el derecho fundamental al agua potable no es ilimitado como se viene entendiendo en la práctica.

En palabras del jurista Prieto Sanchís, “no existen derechos ilimitados”, en esa línea interpretativa, todos los derechos fundamentales o constitucionales se someten a límites, dichas limitaciones pueden ser de manera mediata o indirecta. De este modo, todos los derechos tienen sus limitaciones, los mismos que se encuentran dispuestas en la



misma constitución, ya sea de manera directa o indirecta, expresa o implícita, interna o externa; también los principios constituyen límites, asimismo, el orden público y las buenas costumbres, entre otros.

Por otro lado, resulta indispensable resaltar que en las últimas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha establecido que bajo el concepto de vida, se encuentra vinculado al derecho a la vida, en ese sentido, el acceso al agua potable y salubre ha sido entendido por los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos como un requisito indispensable para el pleno disfrute del derecho a la vida, consagrado en el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH o Convención Americana). En efecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte han desarrollado una doble perspectiva del derecho a la vida: una negativa, que la entiende como la prohibición de ser privado de la vida arbitrariamente, y una positiva, que apunta al derecho a que se garanticen condiciones necesarias para una existencia digna. Asimismo, en los últimos años la OMS ha promovido el acceso al agua potable, porque el agua está fuertemente relacionada al derecho humano a la salud.

Por estas consideraciones, el derecho al agua es un derecho humano, por ser un elemento indispensable para la existencia de la vida, asimismo, constituye base principal para la existencia de otros derechos. Además, el derecho al agua potable ya se encuentra reconocido en el artículo 7-A de la Constitución; sin embargo, este derecho fundamental no es absoluto, sino que está condicionada a ciertos límites. Al respecto, conforme a la doctrina y derecho comparado, se ha podido encontrar hasta diez límites del derecho fundamental al agua potable y son las siguientes: (1) Principios, (2) La moral, (3) Las buenas costumbres, (4) El orden público, (5) La seguridad nacional, (6) Bienes de relevancia constitucional, (7) Otros derechos constitucionales, (8) El abuso de derecho, (9) Las reglas administrativas y (10) Las reglas económicas.



Teniendo en cuenta estos límites y después de hacer una revisión general de todas las jurisprudencias existentes en nuestra legislación, hemos seleccionado para analizar las diez principales sentencias del Tribunal Constitucional, esto para no caer en repeticiones, porque en las demás sentencias se reiteran los mismos criterios ya existentes. De esta forma, en seguida procedemos con el análisis de las principales sentencias seleccionadas, delimitando los límites en las que se incurren más en nuestra legislación.

4.2.1. (Expediente N° 2064-2004-AA/TC)

Sentencia del Tribunal Constitucional que fue publicada en fecha 04 de julio de 2005, mediante el cual se reconoce por primera vez el derecho al agua potable como un derecho fundamental, por constituir un elemento esencial para la salud y la supervivencia de los seres humanos; sin embargo, en esta primera sentencia del Tribunal Constitucional no se aborda todavía sobre los límites del derecho al agua potable.

Estableciendo en su fundamento 7) lo siguiente: “se reconoce en los ciudadanos el derecho al agua, que impone en los estados los deberes de respetar, proteger y realizar tal derecho. 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 aseguren 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”.

4.2.2. (Expediente N° 6546-2006-PA/TC)

Sentencia del Tribunal Constitucional que fue publicada en fecha 07 de noviembre de 2007, sentencia que por primera vez reconoce el derecho fundamental no enumerado



al agua potable. De esta forma, en nuestra legislación el derecho fundamental al agua potable ha sido reconocido primero jurisprudencialmente, este reconocimiento tiene una especial vinculación al respeto de la dignidad humana de las personas, es decir, dignidad humana como valor, norma y principio.

Además, en el fundamento 9) de la sentencia se ha establecido las obligaciones del Estado de garantizar el acceso, la calidad y suficiencia de agua a la persona humana; además, facilitar el supuesto mínimo de agua para garantizar el disfrute del ser humano; sin embargo, precisamente este supuesto mínimo es lo que ha generado serios problemas, porque ha sido entendido como derecho ilimitado al agua potable, incluso muchas veces los usuarios del agua potable teniendo suficientes condiciones económicas se resistieron a pagar, creyendo que su derecho al agua potable es absoluto y que nadie les puede cortar o restringir; este problema se ha generado porque no se ha establecido los límites del derecho fundamental al agua potable.

En resumen, de los hechos de la sentencia se ha advertido la vulneración del derecho fundamental no enumerado al agua potable; sin embargo, ha sido declarada improcedente la demanda por la falta de agotamiento de la vía administrativa.

4.2.3. (Expediente N° 6534-2006-PA/TC)

Sentencia del Tribunal Constitucional que fue publicada en fecha 15 de noviembre de 2007, mediante el cual se ha ordenado el restablecimiento o restitución del servicio de agua potable a favor de la demandante. Esta jurisprudencia constitucional sigue la línea interpretativa ya establecida en el Expediente N° 6546-2006-PA/TC, reiterándose que el derecho al agua potable constituye derecho fundamental no enumerado, y que el Estado se encuentra obligado a garantizar cuando menos tres cosas esenciales: el acceso, la calidad y la suficiencia. En resumen, la demanda de amparo ha sido declarada fundada



por haberse acreditado la vulneración del derecho fundamental al agua potable, porque el demandante estaba al día con sus pagos del servicio de agua potable, por esa razón es que el corte de dicho servicio ha resultado injustificado, ya que estaba basada en una cláusula contrario a la constitución, orden público y las buenas costumbres.

4.2.4. (Expediente N° 03668-2009-PA/TC)

Sentencia Del Tribunal Constitucional que fue publicada en fecha 08 de setiembre de 2010, en la que se ordenó la reposición del servicio de agua potable a favor de la demandante Hermelinda García Salgado, porque la empresa Blue Hill SAC prestadora de los servicios de agua y luz, había vulnerado su derecho fundamental al agua potable, no siendo justificado el corte de los servicios de energía eléctrica y el agua potable, ya que este hecho directamente incidía en la dignidad de la persona. Por consiguiente, se ha declarado fundada la demanda de amparo, considerando que el desalojo no justifica de ninguna manera para limitar el servicio de agua potable ni energía eléctrica, porque el derecho fundamental al agua potable solo puede tener límites en otros derechos relevantes de carácter constitucional, los principios, orden público, obligaciones establecidas en las normas administrativas y los reglamentos.

4.2.5. (Expediente N° 01985-2011-PA/TC)

Sentencia del Tribunal Constitucional que fue publicada en fecha 22 de setiembre de 2011, donde se ha declarado infundada la demanda de amparo, precisamente por no haberse acreditado la vulneración del derecho al agua potable y derechos conexos.

Al respecto, resulta importante mostrar el Fundamento 11) donde se ha establecido lo siguiente: “Sin perjuicio de lo expuesto corresponde recordar 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”. En esta sentencia se advierte que no se ha cumplido las reglas económicas, que constituye límite del derecho al agua.

4.2.6. (Expediente N° 03333-2012-PA/TC)

Sentencia del Tribunal Constitucional que fue publicada en fecha 30 de enero de 2014, mediante el cual se declaró infundada la demanda de amparo, porque el demandante no había cumplido con las reglas administrativas del suministro de agua, peor aun advirtiéndose su incumplimiento con los pagos, es decir, no había cumplido las reglas económicas para el suministro del servicio de agua potable. Al respecto, conviene mostrar el fundamento 3.3.4) donde se establece lo siguiente: “Sin embargo el derecho al agua potable, como todo atributo fundamental, no es absoluto ni irrestricto en su ejercicio, pues encuentra límites en otros derechos constitucionales y en principios y bienes de relevancia constitucional. Es más, su ejercicio se encuentra condicionado al cumplimiento de los reglamentos administrativos que determinan las relaciones empresas prestadoras y usuarios, en consecuencia, si no son cumplidas las reglas de pago establecidas, procede el corte del servicio. En efecto este rol social y la obligación de protección (antes anotados) exigen del Estado constitucional la adopción de políticas públicas tendentes a preservar el derecho en mención, que posibiliten el anhelado crecimiento sostenido del país y que garanticen que la sociedad en su conjunto no se vea perjudicada ante su eventual carencia en el corto, mediano o y largo plazo”.

4.2.7. (Expediente N° 05713-2015-PA/TC)

Sentencia del Tribunal Constitucional publicada en fecha 06 de setiembre de 2018, mediante el cual se declaró improcedente la demanda de amparo, porque la demandante Dalia Martha Quispe Gonza, no había cumplido con los requisitos mínimos para solicitar



el servicio de agua potable, al respecto mostramos el Fundamento 4) donde se señala lo siguiente: “Sin embargo el derecho al agua potable, como todo atributo fundamental, no es absoluto ni irrestricto en su ejercicio, pues encuentra límites en otros derechos constitucionales y en principios y bienes de relevancia constitucional. Es más, su ejercicio se encuentra condicionado al cumplimiento de los reglamentos administrativos que determinan las relaciones empresas prestadoras-usuarios”.

4.2.8. (Expediente N° 03673-2015-PA/TC)

Conforme a lo solicitado por el recurrente que consta en el fundamento 17), se pide que una vez advertida la inconstitucionalidad del Decreto Legislativo 148, así como del Decreto Supremo 008-82-VI, en lo que se refiere a la tarifa de uso de agua subterránea, se impida a la demandada empresa, precisamente para que deje de cobrar referida tarifa, y este sea por vencer o vencido. En este punto, lo que se puede resaltar, es que el derecho al agua potable esta también limitada o condicionada al cumplimiento de los pagos por el servicio de agua.

Fundamento 20): “La recurrente también ha solicitado que la entidad demandada se abstenga de realizar cualquier tipo de acto que implique restricción de los servicios de agua potable o subterránea. Respecto de ello, una vez más, debe hacerse hincapié en que el pronunciamiento de este Tribunal es relativo a la prestación por servicio de “agua subterránea” como consecuencia de la incompatibilidad del Decreto Legislativo 148 y del Decreto Supremo 008-82-VI con el artículo 74 de la Constitución. Por lo que corresponde estimar este extremo de la solicitud en tanto y en cuanto la restricción del servicio sea consecuencia de una deuda derivada de la aplicación de estas normas”. En lo relevante, conforme al interés del estudio, se advierte la residencia al cumplimiento de los pagos, lo que constituye como uno de los límites del derecho fundamental al agua potable, es decir, sin cumplir las obligaciones mínimas no se puede alegar la afectación del derecho al agua.



4.2.9. (Expediente N° 05081-2014-PHC/TC)

Sentencia del Tribunal Constitucional que fue publicada en fecha 25 de febrero de 2021, en la que se ha abordado también sobre los límites del derecho fundamental al agua potable, quedando demostrada que este derecho no es absoluto o ilimitado, como bien señalaba Prieto Sanchís, no existen derechos ilimitados. En esa línea, en el fundamento 6) se señala lo siguiente: “Asimismo, conviene precisar también que “el derecho al agua potable, como todo atributo fundamental, no es absoluto ni irrestricto en su ejercicio, pues encuentra límites en otros derechos constitucionales y en principios y bienes de relevancia constitucional. Es más, su ejercicio se encuentra condicionado al cumplimiento de los reglamentos administrativos que determinan las relaciones empresas prestadoras-usuarios, en consecuencia, si no son cumplidas las reglas de pago establecidas, procede el corte del servicio” (cfr. Sentencia 03333-2012-PA/TC, fundamento 10) o, en su defecto, no se podría acceder a ella”.

4.2.10. (Expediente N° 01571-2021-PA/TC)

Sentencia del Tribunal Constitucional publicada en fecha 01 de octubre de 2021, sobre el proceso de amparo interpuesta por doña Ana María Vásquez Hoyos. Que en su fundamento 4) señala lo siguiente: “Contrariamente a lo señalado por los jueces que conocieron la presente demanda, el Tribunal estima que se ha cometido un error de apreciación, debido a que, según lo alegado por la demandante, y en aplicación del principio *iura novit curia*, el derecho que se habría vulnerado sería el derecho fundamental al agua potable, reconocido en la Constitución”.

Lo que conviene resaltar de esta sentencia, es que al exigirse el agotamiento de la vía administrativa y obligar a que recurra al proceso contencioso administrativo a la recurrente, se ha vulnerado el derecho fundamental al agua potable, porque el Estado se encuentra en la obligación de garantizar cuando menos tres cosas esenciales: el acceso, la



calidad y la suficiencia del agua a los ciudadanos conforme a la STC 06534-2006-AA/TC., lo que no fue observada por la Empresa Prestadora de Servicios y Saneamiento Jucusbamba S. R. L., al exigirle requisitos rigurosos. Por consiguiente, se ha actuado dentro de los límites del derecho fundamental al agua potable.

4.3. DISCUSIÓN

4.3.1. Sobre la Naturaleza Jurídica del Agua

Conforme a lo precedentemente señalado, conforme a la doctrina, el derecho comparado, marco legal internacional, en nuestra legislación, específicamente sobre el problema de la indefinición de la naturaleza jurídica del agua, el debate jurídico está centrada en tres principales teorías: primera teoría, que considera al agua como bien de dominio público hidráulico; segunda teoría, que considera al agua como un recurso natural; y la tercera teoría, que considera al agua como bien de dominio de la Nación.

PRIMERO. - Bien de dominio público hidráulico: Esta teoría se encuentra presente en la legislación de aguas de España de 1985, donde el agua es considerada como un recurso unitario que forma parte del dominio público estatal como dominio hidráulico; también en Colombia se sigue esta teoría, porque el agua es considerada como propiedad del Estado; asimismo, en Ecuador se sigue esta misma teoría, porque el agua es considerada como patrimonio estratégico de dominio del Estado. En cuanto a la legislación peruana, en la doctrina se ha advertido que la Ley de Recursos Hídricos ha sido inspirada en la legislación de aguas de España, de este modo, por su origen teórica se puede concluir que la naturaleza jurídica del agua sería de dominio público hidráulico, línea interpretativa que se refleja en el Reglamento de la Ley de Recursos Hídricos, así como en el artículo 7-A de la Constitución Política del Perú; sin embargo, al considerarse como “patrimonio de la nación” y como “recurso natural” al agua, la naturaleza jurídica



del agua no puede ser de dominio público ni de particulares, por lo que, debe ser descartada esta teoría por caer en contradicciones y por no estar diseñada de acuerdo a la realidad peruana.

SEGUNDO.- El agua como recurso natural: Según esta teoría, el agua no le pertenecería ni al Estado ni a los particulares, porque el agua se considera como patrimonio de la nación y como recurso natural, donde el Estado, sin ser propietario puede tener dominio eminente para proteger y administrar el agua; sin embargo, el recurso natural constituye un bien de contenido económico, destinada al aprovechamiento o disfrute con fines de producción, es decir, permite el aprovechamiento personal de las tierras, aguas, minerales, energías que producen electricidad, atmósfera y espacio radioeléctrico, paisaje natural, entre otros. Uno de los principales defensores de esta teoría es el jurista Pinto (2015) quien sostiene que: “La naturaleza jurídica del agua es la de un recurso natural y como tal se encuentra regulado por un régimen especial, mediante el cual el Estado ejerce la facultad de administrar y desplegar su *Ius Imperium* sobre el agua, con lo cual le diremos que es un bien común que le pertenece a toda la Nación” (p. 183). Sin embargo, se desnaturaliza su carácter de bien común, porque permite el aprovechamiento personal del agua, lo que puede ocasionar serios problemas; por otro lado, continúa reconociéndose el dominio eminente del Estado, contradiciendo su condición de patrimonio de la Nación y recurso natural del agua, poniendo en riesgo su preservación, por lo que, esta teoría debe ser descartada.

TERCERO. - Bien de dominio de la Nación: Según esta teoría, el agua es considerada como bien de dominio de la Nación, donde resulta indispensable diferenciar, que el Estado es definida como la organización política jurídicamente organizada; mientras que la Nación es definida como uno de los elementos del Estado moderno, ya que se refiere al pueblo. En este punto conviene destacar, que la Asamblea General de



Naciones Unidas, a través de reiteradas resoluciones ha declarado que los recursos naturales deben usarse en interés del desarrollo nacional y del bienestar del pueblo del respectivo Estado, de lo que se puede advertir que lo correcto sería definir a la naturaleza jurídica del agua como dominio de la Nación, esta teoría es seguida en la legislación de México, porque el agua es considerada como propiedad de la Nación; también en Bolivia se sigue esta teoría, porque el agua se considera como propiedad y dominio directo del pueblo; en similar sentido, en Brasil, el agua es considerada como dominio de la Unión. Por otro lado, La Convención N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, en el primer párrafo del artículo 15, reconoce como el derecho de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. Por estas consideraciones, siendo considerada como patrimonio de la Nación y como recurso natural el agua, nosotros consideramos que la naturaleza jurídica del agua es un bien de dominio espacial de la Nación, porque es la mejor forma de proteger el agua de la mercantilización, limitando la privatización del agua, donde el Estado participa como guardián del agua, teniendo las facultades de administración del agua.

4.3.2. Sobre el Tratamiento de los Límites del Derecho Fundamental al Agua Potable en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Antes de iniciar con la discusión, conviene señalar que la doctrina mayoritaria considera la importancia del agua como sinónimo de lo que significa la vida, tomando en cuenta esta consideración, es que resulta importante mostrar las teorías que se han encontrado sobre los límites del derecho fundamental al agua potable.

Conforme a la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y doctrina mayoritaria, los derechos fundamentales no son ilimitados y tienen sus límites. Los principales límites



de los derechos fundamentales radican en los principios, la moral, las buenas costumbres, el orden público, la seguridad nacional, bienes de relevancia constitucional, otros derechos constitucionales, el abuso de derecho, las reglas administrativas y las reglas económicas.

1. (Expediente N° 2064-2004-AA/TC). Sentencia del Tribunal Constitucional mediante el cual se reconoce por primera vez el derecho al agua potable como un derecho fundamental, esto por constituir un elemento esencial para la salud y la supervivencia de los seres humanos, imponiendo al Estado los deberes de respetar, proteger y realizar tal derecho posibilitando progresivamente el acceso al agua potable a la población. En efecto, se ha amparado el derecho de acceso al agua potable de la población de Lurín - Lima, frente a la injustificada amenaza a los derechos de la salud y medio ambiente alegada por el representante de la Municipalidad Distrital de San Pedro de Lurín. En resumen, los magistrados del Tribunal Constitucional han cautelado el derecho al agua potable dentro del marco de sus limitaciones, a pesar que el derecho al agua potable aun no era bien reconocido en nuestra legislación; sin embargo, por la escasez de la jurisprudencia y la doctrina, no se ha abordado con mayor nitidez sobre los límites del derecho al agua potable. Además, porque el derecho al agua estaba regulado de manera ambigua en las primigenias legislaciones, ya que estaba regulada en el Código del Medio Ambiente, luego en la Ley General de Agua, y que posteriormente también estaba regulada en la Ley General de Salud.
2. (Expediente N° 6546-2006-PA/TC). Sentencia del Tribunal Constitucional que por primera vez reconoce el derecho fundamental no enumerado al agua potable, donde se ha establecido como obligaciones del Estado tres cosas esenciales: el acceso, la calidad y la suficiencia; además, obligando al Estado, facilitar un conjunto de supuestos mínimos de agua para garantizar el goce y el disfrute del ser humano. En este caso, el



demandante César Augusto Zuñiga López, había solicitado la restitución de sus derechos constitucionales a la salud y a la propiedad, que habrían sido afectadas como consecuencia de la privación del servicio de agua potable, ya que la empresa prestadora de Servicios de Saneamiento de Lambayeque, se habría negado a instalar dicho servicio, alegando la deuda pendiente del anterior propietario. Donde se ha advertido la vulneración del derecho fundamental no enumerado al agua potable; sin embargo, se ha declarado improcedente la demanda por la falta de agotamiento de la vía administrativa. Por otro lado, el principal debate radica en los supuestos mínimos de acceso al agua, es decir, cumplan o no con sus obligaciones los usuarios del agua potable, se obliga al Estado a garantizar con supuestos mínimos de acceso al agua, entendiéndose como derecho fundamental ilimitado, lo que resulta contrario a los límites del derecho fundamental al agua potable, porque contradice el orden público, buenas costumbres, la moral, reglas administrativas y las reglas económicas; en lo sustancial, el derecho al agua potable está condicionada al pago del servicio prestado, lo que no se había cumplido, de este modo, el derecho fundamental al agua potable no es ilimitado como se pretende entender en la práctica.

3. (Expediente N° 6534-2006-PA/TC). Sentencia del Tribunal Constitucional, donde se ha declarado fundada la demanda de amparo por haberse acreditado la vulneración del derecho fundamental al agua potable, porque el demandante estaba al día con el pago del servicio de agua potable; ordenándose el restablecimiento o restitución del servicio de agua potable a favor de la demandante, siguiendo la misma línea interpretativa ya establecida en el Exp. N° 6546-2006-PA/TC. De esta forma, si bien es cierto se reitera el reconocimiento del derecho fundamental no enumerado al agua potable; empero, la novedad se encuentra en el fundamento 6) de la sentencia, donde se ha abordado sobre los límites del derecho fundamental, estableciendo que los derechos tienen límites en



otros derechos constitucionales, los principios, bienes de relevancia constitucional y el orden público. Por consiguiente, podemos sostener que el derecho fundamental al agua potable también tiene sus límites, en principios, orden público, otros derechos constitucionales, e incluso en normas de carácter administrativa y reglamentos, por lo que, no sería absoluto o ilimitado el derecho al agua potable. En la sentencia citada, el demandante ha ejercido la defensa de su derecho fundamental al agua potable dentro del marco legal, por lo que, se le ha dado la razón.

4. (Expediente N° 03668-2009-PA/TC). Sentencia Del Tribunal Constitucional, donde se ordenó la reposición del servicio de agua potable a favor de la demandante Hermelinda García Salgado, porque la empresa Blue Hill SAC prestadora de los servicios de agua y luz, había vulnerado su derecho fundamental al agua potable, no siendo justificado el corte de los servicios de energía eléctrica y el agua potable, ya que este hecho directamente incidía en la dignidad de la persona. Por consiguiente, se ha declarado fundada la demanda de amparo, considerando que el desalojo no justifica de ninguna manera para limitar el servicio de agua potable ni energía eléctrica, porque el derecho fundamental al agua potable solo puede tener límites en otros derechos relevantes de carácter constitucional, los principios, la moral, buenas costumbres, el orden público, seguridad nacional, bienes de relevancia constitucional, otros derechos constitucionales, el abuso de derecho, reglas administrativas y las reglas económicas.
5. (Expediente N° 01985-2011-PA/TC). Sentencia del Tribunal Constitucional, donde se ha declarado infundada la demanda de amparo, precisamente por no haberse acreditado la vulneración del derecho al agua potable y derechos conexos. En lo sustancial, el demandante Eduardo Antonio Malea Vásquez, no había realizado ninguna gestión referida al servicio de agua potable ante la Junta Administradora de Servicios de Saneamiento (JASS), es decir, buscaba instalación automática del servicio de agua



potable en su domicilio, incurriendo claramente en abuso de derecho que constituye uno de los límites de los derechos fundamentales y las reglas administrativas. Lo que resulta contradictorio, es que en el fundamento 11) de la sentencia se ha establecido que la existencia de una deuda por parte de los usuarios del servicio de agua no justifica la omisión en la prestación del servicio, indicando que dichas deudas pueden solicitarse a través de la vía judicial; esta decisión, resulta contrario a los límites del derecho fundamental al agua potable, ya que contradice el orden público, las buenas costumbres, reglas administrativas, reglas económicas, además, se pone en riesgo el derecho constitucional al agua potable de otros usuarios que son puntuales con su pago, ya que el pago se invierte también para garantizar el servicio del agua.

6. (Expediente N° 03333-2012-PA/TC). Sentencia del Tribunal Constitucional, mediante el cual se declaró infundada demanda de amparo, porque el demandante no había cumplido con las reglas administrativas del suministro de agua, peor aun advirtiéndose su incumplimiento con los pagos, es decir, no había cumplido las reglas económicas para el suministro del servicio de agua potable. En lo sustancial, en el fundamento 3.3.5) de la sentencia se ha establecido que el derecho al agua potable, como todo atributo fundamental, no es absoluto ni irrestricto en su ejercicio, pues encuentra límites en otros derechos constitucionales y en principios y bienes de relevancia constitucional. Es más, su ejercicio se encuentra condicionado al cumplimiento de los reglamentos administrativos que determinan las relaciones empresas prestadoras y usuarios, en consecuencia, si no son cumplidas las reglas de pago establecidas, procede el corte del servicio. En este caso, el demandante Mario Rodríguez Vásquez, había actuado contrario a los límites del derecho fundamental al agua potable, contradiciendo las reglas económicas y las reglas administrativas, también incurriendo en el ejercicio



abusivo del derecho, sabiendo muy bien que tenía una morosidad con la empresa prestadora del servicio de agua potable.

7. (Expediente N° 05713-2015-PA/TC). Sentencia del Tribunal Constitucional, mediante el cual se declaró improcedente la demanda de amparo, porque la demandante Dalia Martha Quispe Gonza, había solicitado la instalación del servicio de agua potable, pero sin cumplir los requisitos mínimos, no había presentado certificado ni constancia de posesión que pueda acreditar su propiedad, por lo que, no existe ninguna vulneración al derecho al agua potable, al contrario, se advierte abuso del derecho. Al respecto, en el fundamento 4) de la sentencia se ha establecido que el derecho al agua potable, como todo atributo fundamental, no es absoluto ni irrestricto en su ejercicio, pues encuentra límites en otros derechos constitucionales y en principios y bienes de relevancia constitucional. Es más, su ejercicio se encuentra condicionado al cumplimiento de los reglamentos administrativos que determinan las relaciones empresas prestadoras-usuarios". En concreto, se ha actuado contrario a las reglas administrativas, también ejerciendo el abuso de derecho, que constituyen límites del derecho fundamental al agua potable; además, resultaría contrario a las buenas costumbres y el orden público.
8. (Expediente N° 03673-2015-PA/TC). Sentencia mediante el cual se ha declarado fundada la demanda de amparo, por haberse vulnerado el principio constitucional tributario de reserva legal. En este caso, se solicita la inconstitucionalidad del Decreto Legislativo 148, así como del Decreto Supremo 008-82-VI, en lo que se refiere a la tarifa de uso de agua subterránea, se impida a la demandada empresa, precisamente para que deje de cobrar referida tarifa, y este sea por vencer o vencido. También se ha solicitado que la entidad demandada se abstenga de realizar cualquier tipo de acto que implique restricción de los servicios de agua potable o subterránea. En concreto, se ha presentado la incompatibilidad del Decreto Legislativo 148 y del Decreto Supremo



008-82-VI con el artículo 74 de la Constitución. Ahora bien, si bien el derecho al agua tiene sus limitaciones, en la reglas administrativas y reglas económicas, entre otros, en este caso estas reglas eran contradictorias e inconstitucionales, se ha actuado dentro del marco del derecho al agua, por lo que se le ha dado la razón.

9. (Expediente N° 05081-2014-PHC/TC). Sentencia del Tribunal Constitucional, en la que se ha abordado también sobre los límites del derecho fundamental al agua potable, quedando demostrada que este derecho no es absoluto o ilimitado. En el presente caso, la demandante María Cleofé Goicochea Baca, alegó la vulneración del derecho al agua potable; sin embargo, no ha acreditado ningún trámite de instalación del servicio de agua potable en Sedapal, por lo que no se ha presentado ninguna vulneración del derecho fundamental al agua potable, siendo declarada infundada la demanda. En este caso, conforme a los criterios establecidos en la Sentencia 03333-2012-PA/TC sobre los límites del derecho fundamental al agua potable, la demandante ha actuado contradiciendo las reglas administrativas, porque alega afectación del derecho al agua potable, pero sin efectuar ningún trámite administrativo, este hecho constituye también ejercicio abusivo del derecho, además, contrario a los buenos costumbres, y el orden público, que son límites de los derechos fundamentales.
10. (Expediente N° 01571-2021-PA/TC). Sentencia del Tribunal Constitucional, sobre proceso de amparo, interpuesta por doña Ana María Vásquez Hoyos, en donde contrariamente a lo señalado por los jueces que conocieron la presente demanda, el Tribunal estima que se ha cometido un error de apreciación, debido a que, según lo alegado por la demandante, y en aplicación del principio *iura novit curia*, el derecho que se habría vulnerado sería el derecho fundamental al agua potable, reconocido en la Constitución. En lo sustancial, al exigir el agotamiento de la vía administrativa y obligar a que recurra al proceso contencioso administrativo a la recurrente, se ha



vulnerado el derecho fundamental al agua potable, porque el Estado se encuentra en la obligación de garantizar cuando menos tres cosas esenciales: el acceso, la calidad y la suficiencia del agua a los ciudadanos, lo que no fue observada. Por consiguiente, se ha actuado dentro de los límites del derecho fundamental al agua potable, no se ha salido de sus límites, por lo que, se le ha dado la razón a la demandante, porque estaba siendo vulnerada su derecho constitucional al agua potable, ya que al tratarse de atención urgente no resultaba idóneo exigir el agotamiento de la vía administrativa.



V. CONCLUSIONES

Se ha podido identificar a la naturaleza jurídica del agua como un bien de dominio de la Nación, lo que significa que el agua es de dominio del pueblo, donde el Estado sin ser propietario tiene dominio eminente para administrar el agua, pero en calidad de guardián, quedando limitada de los actos de mercantilización del derecho al agua. Asimismo, conforme a las principales jurisprudencias del Tribunal Constitucional, se ha podido delimitar que el derecho fundamental al agua potable no es ilimitado, sino que tienen sus límites, los cuales se encuentran en la propia Constitución Política, las Leyes, normas administrativas e incluso en los reglamentos.

Sobre la naturaleza jurídica del agua, luego de analizar las diferentes teorías que tratan de definir, sostenemos a la naturaleza jurídica del agua como un “bien de dominio especial de la Nación”, por estar sujeta al principio de unidad universal, a efectos de proteger el agua de la mercantilización del Estado, buscando el acceso al agua potable prioritariamente para el pueblo peruano, postura que tiene sustento en las reiteradas resoluciones de la Asamblea de Naciones Unidas, que reconoce el derecho de los pueblos a disponer de sus recursos naturales, por ser inherente a su soberanía, inalienable y permanente. Asimismo, existe sustento legal en el artículo 15 del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, que reconoce el derecho de los pueblos a los recursos naturales existentes en sus tierras. Además, la teoría que sostenemos se encuentra vigente en el derecho comparado, como es el caso de México, Brasil y Bolivia.

Conforme a las principales jurisprudencias del Tribunal Constitucional analizadas, concordante con la doctrina, el derecho fundamental al agua potable no es ilimitado, sino que tiene sus límites, los cuales se encuentran dispuestas en la propia Constitución de manera directa o indirecta, en las leyes y las normas administrativas. Al



respecto, se ha podido encontrar hasta diez límites del derecho fundamental al agua potable y son los siguientes: principios, la moral, las buenas costumbres, el orden público, la seguridad nacional, bienes de relevancia constitucional, otros derechos constitucionales, el abuso de derecho, las reglas administrativas y las reglas económicas. En nuestra legislación, de las diez principales Sentencias del Tribunal Constitucional analizadas, se ha podido delimitar que los límites del derecho fundamental al agua potable más incurridas son: las reglas administrativas, reglas económicas y el abuso de derecho, problema que también afecta el orden público y las buenas costumbres.



VI. RECOMENDACIONES

Se recomienda modificar el segundo párrafo del artículo 7-A de la Constitución, porque al estar considerada el agua como recurso natural, como patrimonio de la Nación, y por estar sujeta al principio de unidad universal, no puede ser considerada como bien de dominio del Estado ni de los privados, porque también viene contradiciendo a las Resoluciones de la Organización de las Naciones Unidas, donde se reconoce el derecho de los pueblos a disponer de sus recursos naturales; y el artículo 15 del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, que reconoce el derecho de los pueblos a los recursos naturales existentes en sus tierras. De esta forma, en vez de “constituye un bien público” debe establecerse como “un bien de dominio especial de la Nación”, porque así quedará mejor protegida el agua, donde el Estado seguirá teniendo dominio, pero en calidad de guardián del agua, teniendo el deber de garantizar el acceso al agua potable.

Se recomienda a los operadores del derecho, a tomar en consideración que el derecho fundamental al agua potable no es ilimitado, porque sus límites radican en los principios, la moral, las buenas costumbres, el orden público, la seguridad nacional, otros derechos constitucionales, bienes de relevancia constitucional, el abuso del derecho, las reglas administrativas y las reglas económicas. De manera que, antes de tomar las decisiones sobre el derecho fundamental al agua potable, debe verificarse, el efectivo cumplimiento de los deberes de los usuarios del agua potable, que no deben estar inmersas en los límites del derecho fundamental al agua potable.

Se recomienda a los estudiantes de derecho a que puedan dedicarse al estudio de las teorías modernas del derecho fundamental al agua potable, porque estos temas son muy escasamente debatidos en los estudios académicos, ya que se debe buscar la protección del agua de la mercantilización del Estado, por constituir un elemento vital.



V. REFERENCIAS

- Anglés, M. (2016). *Agua y derechos humanos*. Primera Edición, México.
- Aquino, P. (2017). *Calidad de agua en el Perú: retos y aportes para una gestión sostenible en aguas residuales*. Primera Edición.
- Arbulú, V., & Aura. (2012). El derecho al agua bajo análisis: distintos enfoques sobre un tema que nos compete a todos. pág. 129.
- Brage, J. (2015). *Los límites a los derechos fundamentales*. .
- Cano, R. A., & Cano, A. D. (2018). El derecho al agua en el derecho internacional: obligaciones internacionales que emanan del concepto de agua como derecho. *Revista Jurídica*, X(19).
- Castro, A. (2015). *Discurso sobre el agua, el medio ambiente y el conflicto social*. Mercedes Dioses .
- Charaja, F. (2018). *El MAPIC en la investigación científica*. Puno, Perú.
- Cianciardo, J. (2020). Los Límites de los derechos fundamentales. *Revista Jurídica*.
- Díaz, O. (2012). El Derecho Humano al agua potable en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional . *Revista de derecho* , 13, 01.
- García, F. J. (2018). Derecho al mínimo vital de agua en el servicio público peruano para garantizar el derecho fundamental del acceso al agua potable.
- Gonzales, G. H. (2017). Condición Jurídica del agua. *Revista Jurídica*.
- Gonzales, G. H. (2021). *Derecho de Aguas y Procedimiento Sancionador en Aguas*. Primera Edición, Lima - Perú. A&C Ediciones Jurídicas S.A.C.



- Hernández, R., & Mendoza, C. P. (2019). *Metodología de la investigación: las rutas cuantitativa, cualitativa y mixta*. Edamsa Impresiones S.A. de C.V.
- Martín, L., & Bautista, J. (2015). *Estado Actual de la cuestión y debates pendientes sobre el derecho humano al agua en Latinoamérica y la Resolución A/RES/64/292 DE 2010 de la Asamblea General de la UNO*. Mercedes Dioses.
- Mendoza, F., & Mariel. (2016). En la periferia de la ciudad y la gobernanza un estudio de caso sobre la gestión local del agua y saneamiento en el Asentamiento Humano del Cerro las Ánimas.
- Mnéndez, Á. (2012). El agua como bien jurídico global: el derecho humano al agua.
- Nogueira, H. (2003). Teoría y dogmática de los derechos fundamentales. *Revista Jurídica*.
- Pari, I. N. (2019). *El derecho al agua en el Perú desde el nuevo constitucionalismo Latinoamericano*. Tacna, Perú.
- Penagos, N. I. (2016). Límites a los derechos fundamentales reflexiones para resolver posibles controversias que se presentan al enfrentarse dos o más de los citados derechos constitucionalmente reconocidos. *Revista Jurídica*.
- Pineda, J. S. (2011). Agenda pública de accesibilidad del derecho humano al agua potable y saneamiento en zonas urbanas de la región Puno.
- Pinto, Y. (2018). La Naturaleza Jurídica del agua en el Perú. *Revista Jurídica*.
- Pinto, Y. A. (2015). *Régimen Jurídico del dominio del agua*. Mercedes Dioses.
- Prieto, L. (1990). La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades.



- República, C. N. (2017). Ley N° 30588 2017, Artículo 7°-A. 1.
- Sentencia del Exp. N° 01571-2021-PA/TC (2021).
- Sentencia del Exp. N° 01985-2011-PA/TC (2011).
- Sentencia del Exp. N° 03333-2012-PA/TC (2014).
- Sentencia del Exp. N° 03668-2009-PA/TC (2010).
- Sentencia del Exp. N° 03673-2015-PA/TC (2020).
- Sentencia del Exp. N° 05081-2014-PHC/TC (2019).
- Sentencia del Exp. N° 05713-2015-PA/TC (2018).
- Sentencia del Exp. N° 2064-2004-AA/TC (2005).
- Sentencia del Exp. N° 6534-2006-PA/TC (2007).
- Sentencia del Exp. N° 6546-2006-PA/TC (2007).
- Tórtora, H. (2010). Las limitaciones a los derechos fundamentales.
- Trujillo, J. (2005). Hacia una nueva naturaleza jurídica del agua: Res Communis.
Investigación Jurídica.
- Urteaga, P., & Verona, A. (2015). *Cinco años de la Ley de Recursos Hídricos en el Perú: Segundas Jornadas de derecho de Aguas* . Mercedes Dioses.
- Villegas, P. (2020). La Gestión de Recursos Hídricos en Perú en el contexto del Covid -
19. Lima-Perú



ANEXOS

ANEXO N° 01

MATRIZ DE CONSISTENCIA

NATURALEZA JURÍDICA DEL AGUA Y EL TRATAMIENTO DE LOS LÍMITES DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL AGUA POTABLE EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.				
FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	OBJETIVOS	EJE TEMÁTICO	DIMENSIONES	METODOLOGÍA
<p>PROBLEMA GENERAL ¿Cuál será la naturaleza jurídica del agua y el tratamiento de los límites del derecho fundamental al agua potable en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano?</p> <p>PROBLEMAS ESPECÍFICOS: ¿Cuál es la naturaleza jurídica del agua en la legislación peruana? ¿Cuál es el tratamiento de los límites del derecho fundamental al agua potable en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano?</p>	<p>OBJETIVO GENERAL Conocer la naturaleza jurídica del agua y el tratamiento de los límites del derecho fundamental al agua potable en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano.</p> <p>OBJETIVOS ESPECÍFICOS: a) Analizar la naturaleza jurídica del agua en la legislación peruana. b) Analizar el tratamiento de los límites del derecho fundamental al agua potable en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano.</p>	<p>Naturaleza jurídica del agua y el tratamiento de los límites del derecho fundamental al agua potable en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.</p>	<p>Naturaleza jurídica del agua en la legislación peruana.</p> <p>Tratamiento de los límites del derecho fundamental al agua potable en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.</p>	<p>TÉCNICAS: Análisis documental. Interpretación jurídica. Parfraseo.</p> <p>INSTRUMENTOS: Fichas bibliográficas. Fichas de resumen. Fichas de análisis de contenido</p>

FUENTE: Elaboración propia.



ANEXO N° 02

FICHA BIBLIOGRÁFICA

Nombre del autor: Gunther Hernán Gonzales Barrón	
Título de la obra: “Derecho de Aguas y Procedimiento Sancionador en Aguas”	Edición: Primera Edición Junio 2021.
Páginas: 493 páginas	Impreso en: Gráficos Campos Imagen S.A.C. Impreso en el Perú.
Editorial: A&C Ediciones Jurídicas S.A.C.	Año de publicación: 2021.

Tabla 1 FICHA BIBLIOGRAFICA



ANEXO N° 03

FICHA DE ANÁLISIS DE CONTENIDO

I. IDENTIFICACIÓN DEL OBJETO DE ANÁLISIS

Título de contenido: Naturaleza jurídica del agua “Teoría de los bienes públicos”.

II. CRITERIOS DE ANÁLISIS

ARGUMENTOS:

“La categoría de dominio público es problemática, pero, en líneas bastante generales, la doctrina se mueve entre dos polos claramente reconocibles: por un lado, el de “propiedad pública”, por lo que se mantiene el concepto civil, pero, obviamente, con rasgos de particularidad y, por el otro, como figura propia del derecho administrativo, autónoma de la propiedad civil”.

ANÁLISIS:

“En doctrina se discute la naturaleza de los bienes de dominio público, centrándose el debate en tres teorías principales: a) no es propiedad, sino instrumento para el logro de fines públicos; b) es propiedad civil, con algunas diferencias; c) es propiedad pública, como categoría jurídica propia del derecho público, pero basada en el concepto de propiedad del que no puede separarse”.

-La propiedad privada = interés del particular (derecho) + función social.

-Dominio público = interés de la sociedad (deber del Estado).

OBSERVACIÓN:

“En tal sentido, un importante sector de la doctrina, acertadamente, sostiene que: *“la clave del dominio público no reside, pues, en la cosa en sentido jurídico civil que constituye el soporte físico, sino en función que satisface una determinada necesidad colectiva. De ahí que el dominio público no sea otra cosa, en definitiva, que una potestad-función administrativa”*. (...). La STC N° 00048-2004-AI/TC establece que los bienes que integran el dominio público *“no son objeto de un derecho real de propiedad”*, además, este es regulado por una *“normativa específica de derecho público, que consagra su indisponibilidad”*, por lo que se *“encuentra excluida del régimen jurídico sobre la propiedad civil”*.



ANEXO N° 04

FICHA DE RESUMEN

La naturaleza jurídica del agua.

Pinto (2015): “La naturaleza jurídica del agua es la de un recurso natural y como tal se encuentra regulado por un régimen especial, mediante el cual el Estado ejerce la facultad de administrar y desplegar su *Ius Imperium* sobre el agua, con lo cual finalmente diremos que es un bien común que le pertenece a toda la Nación. En esa misma línea, la politóloga Elinor Ostrom, una de las principales exponentes de los estudios sobre los bienes comunes y organizaciones colectivas, y a quien le fue concedido el Premio Nobel de Economía en el año 2009, hace alusión a los bienes procomunes, los cuales son definidos como aquellos bienes que se producen, se heredan o se transmiten en una situación de comunidad, dentro de los cuales se encuentra el agua” (p. 183).



ANEXO N° 05

PROPUESTA LEGISLATIVA

Proyecto de Ley de Reforma Constitucional que plantea modificar el segundo párrafo del artículo 7-A de la Constitución Política del Perú, precisando que el agua constituye un “bien de dominio especial de la Nación” y patrimonio de la Nación.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

1. FUNDAMENTOS DE LA PROPUESTA LEGISLATIVA:

El segundo párrafo del artículo 7-A de la Constitución Política del Perú, debe ser modificada, porque si bien el Estado tiene facultades para promover el manejo sostenible del agua; sin embargo, al estar reconocido como un recurso natural esencial y como patrimonio de la Nación, el agua no puede constituir un bien público, sino que debe ser considerada como un bien de dominio especial de la Nación. Al respecto, debe seguirse la teoría que considera al agua como un bien de dominio de la Nación, es decir, definiendo a la naturaleza jurídica del agua como un bien de dominio especial de la Nación. En tal fin, resulta indispensable diferenciar que el Estado es definida como la organización política jurídicamente organizada; mientras que la Nación es definida como uno de los elementos del Estado moderno, ya que se refiere al pueblo.

La propuesta de considerar el agua como un bien de dominio especial de la Nación, tiene fundamento en el marco legal internacional, es así que, la Asamblea General de Naciones Unidas ha emitido reiteradas resoluciones como son de fechas 12 de enero de 1952, de 21 de diciembre de 1952, de 12 de diciembre de 1953 y del 14 de diciembre de 1962; en dichas resoluciones se han declarado que los recursos naturales deben usarse en interés del desarrollo nacional y del bienestar del pueblo del respectivo Estado. Asimismo, la propuesta planteada encuentra respaldo legal en el primer párrafo del artículo 15 del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, precisamente sobre la



protección especial de los recursos naturales, reconociendo a los pueblos para proteger los recursos naturales existentes dentro de sus tierras, de manera que, los pueblos tienen el derecho reconocido destinada a proteger, utilizar, administrar y conservar los recursos naturales existentes en sus tierras. De esta forma, conforme al marco legal internacional y la doctrina moderna, resulta correcto definir a la naturaleza del agua como un bien de dominio especial de la Nación, por su especial condición de bien y para garantizar su protección.

Además, la teoría que proponemos ya se encuentra vigente en el derecho comparado, es así que, en la legislación de México, el agua es considerada como propiedad de la Nación; también en la legislación de Bolivia, el agua se considerada como propiedad y dominio directo del pueblo; en similar sentido, en legislación de Brasil, el agua es considerada como dominio de la Unión. Por estas consideraciones, teniendo en cuenta que en nuestra legislación el agua es reconocida como un recurso natural y patrimonio de la Nación, consideramos que no puede ser de dominio del Estado ni de los privados. De modo que, la naturaleza jurídica del agua debe definirse como un bien de dominio especial de la Nación, porque es la mejor forma de proteger el agua, a fin de que se garantice su conservación, limitando la disposición del derecho al agua, donde el Estado participe como guardián del agua, teniendo las facultades de administración del agua, ya que, por la escasez del agua que sufrimos en nuestro país, se debe buscar su protección.

2. IDEAS MATRICES:

Mediante el presente Proyecto de Ley de Reforma Constitucional, se plantea modificar el segundo párrafo del artículo 7-A de la Constitución Política del Perú, precisando que el agua constituye un “bien de dominio especial de la Nación” y patrimonio de la Nación.

Ahora bien, por guardar concordancia también deben quedar modificadas los artículos 2 y 7 de la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos.



Las modificatorias que planteamos, es con la principal finalidad de proteger el agua de las privatizaciones y disposiciones del derecho al agua que el Estado pueda realizar, ya que, al considerarse el agua como un “bien de dominio especial de la Nación”, el Estado estará sujeta a ciertas limitaciones de disponer el derecho al agua. Sin embargo, con esta propuesta no se busca cortar el *ius puniendi* del Estado, porque el Estado seguirá teniendo el dominio inminente del agua, como guardián del agua, teniendo todas las facultades de la administración del agua, tal como se viene desarrollando en la actualidad.

3. ANÁLISIS COSTO – BENEFICIO:

Conforme a lo dispuesto por el artículo 3° del Decreto Supremo N° 008-2006-JUS, Reglamento de la Ley Marco para la Producción y Sistematización Legislativa, el análisis costo-beneficio sirve como un método para analizar en términos cuantitativos sobre los impactos y los efectos que pueda tener la propuesta legislativa en la sociedad, permitiendo prever los costos y beneficios en su materialización. La necesidad de la norma debe estar justificada dada la naturaleza de los problemas, los costos y beneficios probables y los mecanismos alternativos para solucionarlos.

La dación del presente Proyecto Legislativo de Reforma Constitucional, no generará ningún gasto de carácter financiero o institucional al Estado, debido que no tiene fines de carácter económico, por lo que, no habrá impacto económico; al contrario, servirá como un verdadero mecanismo de protección del agua, a fin de garantizar la vida digna de todos los peruanos, ya que, lo que se busca es que todos los ciudadanos hombres y mujeres tengan el acceso al agua, especialmente al agua potable. Donde el Estado cumpla su deber de cuidar el agua como guardián, garantizando sus obligaciones de brindar el acceso, la calidad y suficiencia del agua a todos los ciudadanos. No solo pensando en la situación del presente, sino que también considerando el derecho al agua potable de las futuras generaciones.



4. FÓRMULA LEGAL:

En base a los argumentos esgrimidos en los antecedentes, es que planteamos la siguiente propuesta normativa:

PROYECTO DE LEY DE REFORMA CONSTITUCIONAL QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 7-A DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ.

Art. 1°. - **Objeto de la Ley:** El presente proyecto de ley tiene por objeto modificar el segundo párrafo del artículo 7-A de la Constitución Política del Perú; asimismo, por estar concordantes deben quedar modificadas los artículos 2 y 7 de la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos.

Artículo 2°. - **Modificación del segundo párrafo del artículo 7-A de la Constitución Política del Perú y los artículos 2 y 7 de la Ley de Recursos Hídricos.**

Modifíquese el segundo párrafo del artículo 7-A de la Constitución Política del Perú y los artículos 2 y 7 de la Ley de Recursos Hídricos, Ley N° 39338, en los términos siguientes:

En cuanto a la modificatoria del artículo 7-A de la Constitución Política del Perú:

Artículo 7-A.- El Estado reconoce el derecho de toda persona a acceder de forma progresiva y universal al agua potable. El Estado garantiza este derecho priorizando el consumo humano sobre otros usos.

El Estado promueve el manejo sostenible del agua, el cual se reconoce como un recurso natural esencial y como tal, constituye un “bien de dominio especial de la Nación” y patrimonio de la Nación. Su dominio es inalienable e imprescriptible.

Sobre la modificación de los artículos 2 y 7 de la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos.

Artículo 2.- Dominio y uso público sobre el agua



El agua constituye patrimonio de la Nación. El dominio sobre ella es inalienable e imprescriptible. Es un “bien de dominio especial de la Nación” y “solamente su uso” puede ser otorgada y ejercida en armonía con el bien común, la protección ambiental y el interés de la Nación. “No hay propiedad sobre el agua”.

Artículo 7.- Bienes de dominio especial de la Nación

Constituyen bienes de “dominio especial de la Nación”, sujetos a las disposiciones de la presente Ley, el agua enunciada en el artículo 5 y los bienes naturales asociados a esta señalados en el numeral 1 del artículo 6°. Toda intervención de los particulares que afecte o altere las características de estos bienes debe ser previamente autorizada por la Autoridad Administrativa del Agua, con excepción del uso primario del agua y las referentes a la navegación. Hidráulico