

PROPUESTA DE TEXTO CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE AGUAS

# AGUA EN LA CONSTITUCIÓN: DERECHO HUMANO BIEN NATURAL Y PÚBLICO

P R O G R A M A

**CHILE SUSTENTABLE**

Propuesta Ciudadana para el Cambio

## AGUA: DERECHO HUMANO NATURAL Y PÚBLICO<sup>1</sup>

### INTRODUCCIÓN

La sociedad chilena está viviendo la experiencia histórica de formular una Nueva Constitución mediante una Convención Constitucional democráticamente electa, con paridad de género y cuotas de representación de pueblos indígenas. El proceso y su reglamento, además, incluye participación ciudadana directa a través de audiencias públicas, iniciativa popular constitucional y procesos plebiscitarios.

En este contexto y como parte de la contribución ciudadana a dicho proceso, **la Fundación Chile Sustentable**, miembro de SCAC, con el apoyo de la Fundación Heinrich Böll y numerosos colaboradores, ha realizado fichas constitucionales en materias ambientales, con perspectiva de derechos humanos y bienes comunes, que incluyen: propuestas de textos constitucionales en materia de aguas, energía, minería y bienes públicos, con su respectiva fundamentación en el Derecho Internacional, vigente en Chile, la jurisprudencia nacional y su tratamiento en otros textos constitucionales. Ofrecemos en este texto propuestas en materia de aguas como bien natural y público, y como derecho humano fundamental.

Esperamos con este trabajo contribuir con aportes desde las organizaciones de interés público, a la trascendental tarea de los convencionales constituyentes para nuestra Nueva Constitución.

---

<sup>1</sup> Esta propuesta ha sido estructurada y editada por Sara Larraín y Patricio Segura de Chile Sustentable, en base los contenidos jurídicos desarrollados por Tatiana Celume, abogada y académica de la Universidad San Sebastián y las demandas ciudadanas por la recuperación del agua como derecho humano y bien público. La diagramación y revisión ortográfica y gramatical estuvo a cargo de Misle Sepúlveda P.

## I. PRIMERA PARTE: LA CONNOTACIÓN PÚBLICA DE LAS AGUAS.

### 1. Propuesta de texto constitucional relativa al régimen público de las aguas:

*“Las aguas en todos sus estados son bienes nacionales de uso público, propiedad de todos los habitantes de la Nación, inapropiables, inembargables y cuyas fuentes deben ser protegidas para la integridad de los ecosistemas, la sobrevivencia y el bienestar de la sociedad toda.*

*En virtud de ello, esta Constitución recoge y ampara los diversos usos de las aguas, especialmente, sus usos ecológicos y protege los glaciares, las nacientes y cursos de agua, las cuencas hidrográficas, los acuíferos y los diversos cuerpos de agua dulce como lagos y lagunas.*

*La Administración, fundada en el interés público, podrá proteger in situ cuerpos de aguas, reservar aguas y otorgar concesiones temporales de aprovechamiento a los particulares. Se entenderá por interés público a las exigencias sociales que demanden un equilibrio entre las funciones ecológicas, la conservación de la naturaleza, las actividades económicas de subsistencia, la protección de los derechos de los pueblos originarios sobre las aguas y finalmente la función productiva de éstas. La ley, basada en el principio del uso socialmente justo, efectivo y ambientalmente sostenible de las aguas podrá establecer causales de extinción de las concesiones de aprovechamiento y, en el caso de su falta de registro, causales de caducidad. Las concesiones de aprovechamiento para usos productivos se verán afectas a una tarifa por su tenencia, cuya determinación corresponderá al legislador”.*

### 2. Regulación constitucional actual de las aguas en Chile.

La Constitución Política de la República de 1980 no contiene ninguna declaración que califique a las aguas como bienes nacionales de uso público y sólo entrega al legislador la regulación de dichos bienes. A este respecto, el artículo 19 N°23 de la Carta Fundamental dispone la garantía de la libre apropiabilidad privada sobre todas las cosas con las excepciones de los recursos comunes (aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres)<sup>2</sup>, los bienes nacionales de uso público (aquellos que deban pertenecer a la nación toda y una ley lo declare así)<sup>3</sup> y las reservas constitucionales (sin perjuicio de las demás disposiciones constitucionales)<sup>4</sup>. De este modo, con respecto a las aguas, no se ha creado un

<sup>2</sup> Como refuerza Míguez, Rodrigo (2014, p. 22): “[...] la inapropiabilidad de las cosas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres [...] reconociendo implícitamente en ella un valor más histórico que práctico, ha imputado su radio de aplicación al elenco constituido por el aire atmosférico, la alta mar y la luz solar”.

<sup>3</sup> De conformidad al artículo 595 del Código Civil “[...]todas las aguas son bienes nacionales de uso público”.

<sup>4</sup> En este espacio encontramos a la propiedad minera a cuyo respecto la Constitución en su artículo 19 N°24, inciso sexto, dispone que “[...]el Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, comprendiéndose en éstas las covaderas, las arenas metalíferas, los salares, los depósitos de carbón e hidrocarburos y las demás sustancias fósiles, [...]”.

orden público constitucional que contenga los principios y las directrices que deba adoptar la ley en la formación del régimen público de las aguas. La ausencia de reglas y directrices tuvo como objetivo dejar al legislador un marco amplio y flexible para regular las aguas y que sus límites sólo estuvieran dados por las disposiciones constitucionales que reglamentan el orden público constitucional.

Como expresa Celume “el constituyente decidió prescindir de una calificación jurídica de las aguas con el objeto de otorgar una mayor flexibilidad a la (presente o futura) categorización del legislador en la determinación o modificación de su régimen jurídico [...]”<sup>5</sup>. El margen o espacio de libertad al que se acogió el legislador para regular las aguas sólo tuvo como deslindes las normas del orden público económico recogido en la Constitución Política. Como señala Vergara, lo que se pretende es aplicar “el marco global de protección de los derechos de propiedad, y a la libertad de empresa, lo que es un incentivo general al funcionamiento de cualquier mercado”<sup>6</sup>. De este modo la protección de la propiedad privada, la libertad de empresa y la libre apropiabilidad sobre las cosas, sentaron las bases para la regulación que estableció luego el legislador en el Código de Aguas.

Respecto al derecho de aprovechamiento de aguas, de titularidad privada, sin embargo, el constituyente no dudó en establecer un manto protector plenamente definido en la Constitución. Para ello, sólo le bastó incorporar, en el estatuto que establece para la regulación de la propiedad, la propietarización del derecho de aprovechamiento de aguas. De esta forma el inciso final del artículo 19 N°24, la Constitución establece que “[...] los derechos de los particulares sobre las aguas, constituidos o reconocidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”. Aunque para algunos esta declaración es inocua; Guzmán puntualiza que “[...] el precepto es totalmente superfluo, pues la propiedad de los derechos de aguas ya queda garantizada por el inc. 1, pues estamos en presencia de bienes incorporeales”<sup>7</sup>.

No obstante, a la luz de las discusiones que tuvieron origen al interior de la Comisión de Estudios de Nueva Constitución<sup>8</sup>, como de los argumentos de la doctrina especializada<sup>9</sup>, el inciso final del artículo 19 N°24 produce consecuencias jurídicas no menores en la configuración y protección constitucional de los derechos de aprovechamiento de aguas. La característica fundamental es que se configuró una reserva legal para que el legislador determinara los modos de adquirir los derechos de aprovechamiento y las limitaciones u obligaciones que los afectaran, basadas en la función social de la propiedad.

Bajo esta estructura y teniendo en consideración la protección al núcleo esencial de los derechos (artículo 19 N° 26 de la Constitución Política) se crea una especial protección a los derechos de aprovechamiento por medio de su propietarización, la que impide o limita la

<sup>5</sup> Celume, Tatiana (2013, p. 87).

<sup>6</sup> Vergara, Alejandro (1996, p. 328).

<sup>7</sup> Guzmán, Alejandro (1995, p. 258).

<sup>8</sup> Para un análisis exhaustivo de la discusión constitucional vid Celume, Tatiana (2013).

<sup>9</sup> Sobre la configuración y las tipologías del derecho de aprovechamiento de aguas vid Vergara, Alejandro (1998).

posibilidad del legislador de introducir cambios en la configuración de los derechos. La frontera entre limitación y expropiación del derecho de aprovechamiento es muy estrecha y la connotación de las aguas como bien nacional de uso público ha perdido fuerza frente a la consideración patrimonial del derecho de aprovechamiento de aguas. Lo anterior, justifica y da origen al mercado de las aguas afianzado constitucionalmente.

El marco constitucional así dio origen a un sistema de regulación legal sustentado en la libertad de uso de las aguas por parte de los particulares y la libre transferibilidad de los derechos de aprovechamiento<sup>10</sup>. Estas dos características sumadas a la duración indefinida del derecho y la ausencia de cargas en su mantención, origina lo que denominamos un mercado de los derechos de aprovechamiento. El objetivo primordial de este mercado es que los derechos de aprovechamiento de aguas se reasignen a los usos de mayor valor sin que existan trabas administrativas en su libre transferibilidad o en la libertad de uso de los particulares<sup>11</sup>. Como refiere Celume “[...] es de intuir que el nuevo modelo político – económico que rige en Chile a partir de 1973 derogó todo rastro de intrusismo estatal en la asignación y reasignación de las aguas, hasta construir el concepto de “derecho de aprovechamiento” desde la perspectiva del absoluto respeto y predominancia del derecho”

<sup>10</sup> Vergara, Alejandro (1998, p. 315).

<sup>11</sup> Esta visión se vio atenuada con la modificación legal del año 2005. Por medio de la ley 20.017, se introdujo la figura de los caudales ecológicos mínimos, que si bien sólo se aplicaron a los derechos nuevos constituidos a partir de la entrada en vigencia de la ley, a juicio de Boettiger, Camila (2013, p. 2-3) “[...] implica o constituye una restricción al ejercicio de los derechos de aprovechamiento, ya que si al ejercer un derecho de aprovechamiento se debe dejar pasar el caudal ecológico aguas abajo de su punto de captación, y la fuente no trae agua suficiente para extraer todo el caudal otorgado, y además para dejar pasar el mínimo ecológico fijado, el titular del derecho debe reducir su extracción para dejar ese mínimo en el cauce”. Asimismo, se posibilitó al Presidente de la República para reservar aguas “para el abastecimiento de la población por no existir otros medios para obtener el agua, o bien, tratándose de solicitudes de derechos no consuntivos y por circunstancias excepcionales y de interés nacional [...]” (artículo 147 bis, inciso tercero del Código de Aguas), limitándose las solicitudes pendientes. Se condicionó la obtención de un derecho de aprovechamiento a una cierta cantidad de agua según el uso que fuere a dársele al derecho, estableciendo para estos efectos la presentación de una memoria explicativa en la que el peticionario tiene que justificar que el uso que le dará a las aguas tiene cierta equivalencia con una tabla elaborada por la Administración (artículo 147 bis, inciso segundo del Código de Aguas). Por último, se estableció el pago de una patente por no uso de las aguas en virtud de la cual se sanciona a aquel titular de un derecho que no esté dando un uso efectivo a las aguas, circunstancia que se acredita con la construcción de las obras suficientes y aptas para captar y/o restituir las aguas en su caso (artículo 129 bis 4 y siguientes del Código de Aguas). Con estas modificaciones, el principio de la libertad de uso de las aguas que informaba la legislación original se vio alterado. El titular de un derecho de aprovechamiento debe justificar el uso de las aguas, someterse a la aplicación de una patente si no desea utilizar las aguas y se ve sujeto a la aplicación de un caudal ecológico tanto en la constitución de su derecho como en el caso en que traslade su ejercicio. Ahora bien, estas modificaciones no tuvieron la impronta que se requería. Por ejemplo, el establecimiento de un caudal ecológico aplicable a todos los derechos. Ello no pudo obtenerse debido a que las reglas constitucionales y la férrea protección al derecho de propiedad sobre el derecho de aprovechamiento hicieron primar la protección de los derechos adquiridos por sobre una regulación ambiental coherente de las aguas.

de propiedad y hasta sentar las bases para la creación de un “mercado de aguas” que reasignase los derechos a sus usos de mayor valor económico.<sup>12</sup>”

La protección de la naturaleza, la integridad del medioambiente y las fuentes de agua, la protección de los servicios ecosistémicos que brindan las aguas y la priorización del consumo humano no fueron concebidos en el marco constitucional. Se trata de usos que quedan fuera de la lógica del mercado y que no fueron incluidos ni protegidos por medio de la Constitución Política de 1980. Y ello es consecuencia directa de que los objetivos de dicha Constitución, que fue concebir un mercado de las aguas en que los derechos fuesen reasignados a aquellos usos de mayor valor económico.

### 3. Polifuncionalidad de las aguas.

Las aguas, a diferencia de otros bienes naturales, son polivalentes. A su respecto, concurren tantas actividades extractivas (la mayoría productivas) y usos in situ de las aguas<sup>13</sup>. De conformidad a la lógica de mercado operante en la actualidad, todos aquellos usos que no corresponden a la lógica extractiva y productiva de las aguas han quedado fuera de la lógica del mercado. En este sentido, el derecho no los protege y, por el contrario, los sanciona por medio del establecimiento de la patente por no uso de las aguas. Dentro de los usos no extractivos de las aguas encontramos al uso de conservación y protección ambiental y cultural (en particular de los pueblos originarios) y al uso recreacional. “El uso ambiental del agua está relacionado con la sustentabilidad de un determinado ecosistema. Por consiguiente, atiende a la necesidad de preservar, en calidad y cantidad suficiente, un recurso indispensable para la vida” [...] “Por uso recreacional del agua, se entiende la actividad no consuntiva del agua que genera un bienestar social, psicológico, estético, al existir una relación directa o indirecta con ella. Llega a ser parte integral de las necesidades recreacionales de la sociedad.<sup>14</sup> Estas dimensiones del uso no extractivo de las aguas deben quedar expresamente protegidas en la Constitución bajo la rúbrica de usos sociales, culturales y ecológicos de las aguas, ya que a partir de ellos se protegen las funciones ecosistémicas de las aguas.

### 4. Interés público en el otorgamiento de los derechos de aprovechamiento vigentes.

“En la actualidad y de conformidad a los arts. 22 y 141 inciso segundo del Código de Aguas, los derechos de aprovechamiento (DAA) se otorgan toda vez que exista una solicitud legalmente procedente, exista disponibilidad del recurso y no se hayan presentado oposiciones de terceros. Si bien el análisis técnico de la disponibilidad habilita a la Administración para denegar solicitudes, en general la DGA no tiene facultades

<sup>12</sup> Celume, Tatiana (2013, p. 77).

<sup>13</sup> Para estos efectos, ver informe DGA sobre levantamiento de los usos in situ o no extractivos de las aguas. Disponible en : <http://bibliotecadigital.ciren.cl/handle/123456789/32773>

<sup>14</sup> Ibidem, p. 6.

discrecionales, basadas en el interés público, para rechazar la constitución de un DAA<sup>15</sup>. Sólo en el caso de constituir derechos en aguas subterráneas, deberá considerar la sustentabilidad de la fuente en el largo plazo.

Atendida la escasez de las aguas, su sobreexplotación, los efectos nocivos de la extracción de aguas en zonas protegidas, la densidad de otorgamientos en ciertas zonas para la expansión de actividades económicas productivas y el escaso resguardo de las fuentes y debido a la no priorización del acceso humano al agua para servicios básicos de agua potable, saneamiento y actividades de subsistencia, es que creemos necesario y fundamental que la Administración al momento de otorgar concesiones de aprovechamiento deba evaluar no sólo si el uso declarado de las aguas se ajusta a una memoria explicativa (artículo 147 bis, inciso segundo del Código de Aguas) y a los requisitos legales descritos con anterioridad, sino incluir la posibilidad de denegar derechos con la finalidad de garantizar el acceso agua potable y saneamiento, los derechos ancestrales de las comunidades indígenas, las actividades de subsistencia de las poblaciones rurales, la protección de áreas específicas (como las áreas protegidas de biodiversidad, los humedales Ramsar) o evitar un sobreotorgamiento de derechos de aprovechamiento de aguas.

### 5. Principio del uso informado, efectivo y sostenible de las aguas.

Bajo el prisma constitucional de 1980 que desembocó en una legislación de aguas basada en un mercado asignador y reasignador de derechos de aprovechamiento, no se contempló ninguna causal de extinción o de caducidad de éstos.

El principio que actualmente informa el derecho de aguas es el de la tenencia indefinida de los derechos de aprovechamiento. Esta consideración ha conducido a que no exista un principio relativo a la responsabilidad relativa al aprovechamiento de este bien público. Así, un titular puede o no darles uso a las aguas objeto de su derecho o hacer un uso intensivo de las mismas, siendo indiferente para el legislador esta situación. Es más, dentro de la lógica del mercado se prevé la posibilidad de como indica Vergara “obtener el derecho de aguas nada más que esperar, a su vez, en forma especulativa, una aún mejor condición de mercado, y transferirlo a quien desea adquirirlo”<sup>16</sup>. Ello intentó ser corregido con la introducción de la patente por no uso de las aguas, sancionando a aquel usuario ocioso con el pago de un tributo a beneficio fiscal. Sin embargo, este mecanismo puede cuestionarse debido a que sólo quedo subsumido en la hipótesis de la patente aquel usuario que tenga su derecho inscrito, fomentando de este modo la no inscripción de los derechos de aprovechamiento en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces competente.

En el caso de concesiones temporales que el Estado pueda otorgar sobre las aguas, creemos que es necesario introducir la figura del uso informado y efectivo de éstas, puesto que dentro de esa consideración queda implícita la obligación del titular de inscribir la concesión. Asimismo, es necesario condicionar el uso efectivo de las aguas, esto implica que el usuario

<sup>15</sup> Celume (2021, p. 42).

<sup>16</sup> Vergara (1998, p. 316).

productivo deba tener construidas las obras para utilizar las aguas y que quede prohibido especular con ellas.

Por último, el uso sostenible constituye una herramienta que permitirá al legislador intervenir en la cuenca cada vez que los aprovechamientos de algunos usuarios afecten la sustentabilidad de la fuente de abastecimiento, restringiendo proporcionalmente el ejercicio de las concesiones y priorizando el consumo humano (sin restringirlo); como así mismo los caudales ecológicos en las fuentes superficiales y la capacidad de recarga de los acuíferos en caso de fuentes subterráneas.

## **6. Extinción y caducidad de concesiones y derechos de aprovechamiento de aguas.**

La Nueva Constitución debe consagrar explícitamente la atribución del legislador de extinguir o caducar derechos y concesiones de aprovechamiento de aguas en la ley. Creemos que la consideración de las aguas como bienes nacionales de uso público necesariamente conlleva la posibilidad de que, si no se hace un aprovechamiento informado y efectivo de las aguas en un plazo determinado, éste podrá extinguirse. Asimismo, y relacionado con la transparencia y seguridad jurídica de las concesiones de aprovechamiento creemos necesario obligar a su titular a inscribir las concesiones otorgadas en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces respectivo y a registrarlos en el Catastro Público de las Aguas, so pena su caducidad.

## **7. Las concesiones y derechos de aprovechamiento de aguas.**

Los derechos de aprovechamiento actualmente se conceden gratuitamente. No hay un costo asociado ni a su otorgamiento ni a su mantención. Esta situación ha generado un incentivo para la especulación con derechos. Para la discusión del Código de Aguas se planteó la necesidad de incorporar una tarifa de mantención de los derechos. Como refiere Bauer “[...] una innovación mayor en la nueva ley [Decreto Ley 2.603 de 1979] estableció que los derechos de agua tendrían impuestos como cualquier otro bien raíz. [...] Economistas gubernamentales argumentaron que estas políticas le darían un impulso a la eficiencia en el uso, así como a la conservación del agua, motivando a los propietarios de derechos de agua a considerarla como una mercancía y un bien económico, en vez de un atributo gratuito del dominio de la tierra”<sup>17</sup>. Sin embargo, debido a la fuerte oposición de la Confederación Nacional de Canalistas (CONCA) y de la Sociedad Nacional de Agricultura (SNA), estas ideas no prosperaron.

Creemos que es necesario que los derechos y/o concesiones de aprovechamiento para los usos productivos industriales tengan un valor basado en el costo del agua y de la protección de las fuentes de agua, que dé cuenta de la renta o royalty que los sectores económicos deben pagar a la sociedad toda por el aprovechamiento de este bien público con fines de

---

<sup>17</sup> Bauer (2002, p. 74).



lucro. Para determinar este precio basta tomar en consideración que similar esfuerzo se hizo en la determinación de la patente por no uso de las aguas. La justificación de este gravamen debe quedar explícita en la Constitución Política, así como la exigencia al legislador sobre su determinación y forma de cobro.

## II. SEGUNDA PARTE: EL DERECHO HUMANO AL AGUA.

### 1. Propuesta constitucional sobre derecho humano al agua como garantía fundamental.

*“La Constitución asegura a todas las personas el derecho al acceso al agua potable, al saneamiento, al uso doméstico y actividades de subsistencia como derechos humanos esenciales y condiciones necesarias para el ejercicio de los demás derechos y garantías fundamentales. El derecho humano al agua será garantizado por el Estado. El legislador deberá priorizar el uso para el consumo humano y el saneamiento, las actividades domésticas y de subsistencia y los derechos de los pueblos indígenas tanto en el otorgamiento como en la limitación y en la redistribución de los derechos y /concesiones de aprovechamiento de aguas”.*

### 2. Reconocimiento jurisprudencial del derecho humano al agua en Chile.

El reconocimiento jurídico del derecho al agua es muy reciente en Chile. Con fecha 28 de enero de 2021, la Corte Suprema, en causa Rol 72.198-2020, falló la apelación de un recurso de protección, basado en el Derecho Humano al Agua. La Corte Suprema señaló la obligatoriedad que tienen los instrumentos del Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos, en virtud de la aplicación del Artículo 5°, inciso 2°, de la Constitución Política. De esta forma, el Derecho Humano al Agua, de conformidad a esa Magistratura, se desprendería de la Convención Americana de Derechos Humanos, de la Convención Interamericana sobre Derechos de las Personas Mayores, de la Convención del Niño y de la recomendación que ha hecho el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) de la Organización de Naciones Unidas en cuanto a que los Estados deben respetar el disfrute del derecho al agua. Menciona especialmente, la Observación General N°15 del referido Comité DESC. Sobre estas consideraciones dispone que, toda persona por su dignidad tiene el derecho humano al acceso al agua potable y con mayor razón, lo tienen aquellos grupos vulnerables y de categorías protegidas por el Derecho Internacional, tales como los pobres, las mujeres, los niños, las personas con discapacidad, los refugiados, las personas internamente desplazadas y los pueblos indígenas.

Como recuerda Salmón “[...] tanto la Comisión Interamericana como especialmente la Corte IDH, han elaborado el estándar más alto de protección del derecho al agua en base al derecho a la vida, entendiéndolo no sólo desde su perspectiva negativa de la no privación arbitraria; sino también desde su perspectiva positiva, es decir, otorgar las condiciones para

una vida digna. De esta manera, al ser el agua esencial para poder tener una vida que cubra los parámetros mínimos de salud, alimentación, medio ambiente adecuado, entre otros, la Corte IDH ha establecido que la falta de acceso de agua de calidad y en cantidades suficientes es una afectación al artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”<sup>18</sup>. Así las cosas, la sentencia obliga al Estado de Chile, a través del Ministerio del Interior y Seguridad Pública a garantizar el acceso de los recurrentes y de la población al agua, en una proporción no inferior a 100 litros diarios por persona, cifrado sobre las directrices de la Organización Mundial de la Salud (OMS).

Sin perjuicio de la forma específica en que se pretende el restablecimiento del imperio del derecho y el aseguramiento de la debida protección al afectado, esta sentencia releva el Derecho Humano al Agua al bloque de constitucionalidad. Por primera vez y a partir del reconocimiento que de él se hace en el Derecho Internacional, se reconoce el Derecho Humano al Agua como parte integrante de nuestro ordenamiento jurídico, de manera explícita. Esta sentencia nos advierte que, la dignidad humana es un bien jurídico protegido que se puede ver amenazado con la falta de acceso al agua potable. Cuando ello ocurre, es exigible y constituye un deber del Estado asegurar el Derecho Humano al Agua. En virtud de este fallo, hoy por hoy, podemos considerar que la legislación de aguas se ve informada por el Derecho Internacional y que no basta, para omitir la debida protección de los afectados, asumir que la legislación particular no contempla las normas adecuadas al efecto. Por este motivo, es deber del Estado y constituye un criterio fundamental de su institucionalidad, asegurar que las comunidades, y en especial, los grupos protegidos por el Derecho Internacional tengan un acceso justo y equitativo al agua, sin perjuicio de que la normativa interna carezca de la integridad o la suficiencia para adoptar esta medida.

### 3. El derecho humano al agua en el Derecho Internacional.

El derecho humano al agua emana fundamental y primitivamente del artículo 25.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948<sup>19</sup> y de los artículos 11.1 y 12.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966<sup>20</sup>. Como indica

<sup>18</sup> Salmón, Elizabeth (2012, pp. 267 – 268).

<sup>19</sup> La primera parte del Artículo 25.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos dispone que “[...] toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”. Como puede apreciarse, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, no incluye explícitamente el derecho al agua, sino que refleja los elementos de un nivel de vida adecuado. Como subraya Tello, Luisa (p. 108) “[...] la exclusión del agua como derecho explícito se debió más que nada a su naturaleza: al igual que el aire, fue considerada tan fundamental que su inclusión explícita se creyó innecesaria”.

<sup>20</sup> El Artículo 11.1 del PIDESC establece que “[...] los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Parte tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento”. Por su parte, el Artículo 12.1 de dicho instrumento dispone que “[...] los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”.

Embíd “[...] en el ámbito del derecho internacional, la fundamentación jurídica del derecho al agua, al margen de algunas otras referencias parciales, se construye sobre todo con fundamento en los arts. 11 y 12 del PIDESC”<sup>21</sup>. Al configurarse dentro de los derechos económicos, sociales y culturales, este derecho “se encuadra claramente en la categoría de las garantías indispensables para asegurar un nivel de vida adecuado, en particular porque es una de las condiciones fundamentales para la supervivencia”<sup>22</sup>. Como reconoce Obando “[...] aunque los principales instrumentos internacionales sobre derechos humanos reconocían el derecho a la vida, a un estándar adecuado para la salud y el bienestar, a la protección contra las enfermedades y a una alimentación adecuada, la mención de un derecho humano al agua se encontraba ausente en ellos, porque el ejercicio efectivo de tales derechos suponía el acceso al agua potable, por lo que constituía un derecho implícito en aquellos [...]”<sup>23</sup>.

Como refiere Recabarren, “[...] la génesis del derecho humano al agua y al saneamiento se encuentra en una serie de conferencias internacionales celebradas en el contexto de las estrategias para el medio ambiente y el desarrollo”<sup>24</sup>. El primer reconocimiento internacional del derecho al agua potable como un derecho humano tuvo lugar en el Plan de Acción de Mar del Plata de 1977, durante la Conferencia del Agua de las Naciones Unidas, en el que se convino en la premisa de que "todos los pueblos, cualquiera que sea su etapa de desarrollo y sus condiciones económicas y sociales, tienen derecho al agua potable en cantidad y calidad acordes con sus necesidades básicas"<sup>25</sup>. En este mismo sentido se encuentra la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, celebrada en Río de Janeiro en 1992<sup>26</sup> y la Declaración de la Conferencia Internacional sobre Agua y Medio Ambiente, adoptada en Dublín en 1992<sup>27</sup>. Así, para Bertazzo, “[...] el Plan de Acción de Mar del Plata y la Declaración de Dublín han marcado sin duda un hito hacia el reconocimiento, en el Derecho internacional, del derecho humano al agua”<sup>28</sup>.

El derecho al agua ha sido también reconocido de forma genérica con relación a colectivos específicos en el ámbito de la protección convencional universal de los derechos humanos<sup>29</sup>. Destaca su incorporación en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979<sup>30</sup>, la Convención sobre los derechos del niño de

<sup>21</sup> Embíd, Antonio (2006, pp. 19-20).

<sup>22</sup> ONU: Observación General N° 15: El derecho al agua

<sup>23</sup> Obando, Iván (2018, p. 104)

<sup>24</sup> Recabarren, Óscar (2016, p. 320 – 321).

<sup>25</sup> ONU: Programa para la Tierra.

<sup>26</sup> De esta Conferencia derivó el Programa 21 sobre medio ambiente, en el que se reconoce que “El suministro de agua potable y el saneamiento ambiental son vitales para la protección del medio ambiente, el mejoramiento de la salud y la mitigación de la pobreza” (Capítulo 18.47).

<sup>27</sup> En su principio 4 declaró “[...] es esencial reconocer ante todo el derecho fundamental de todo ser humano a tener acceso a un agua pura y al saneamiento por un precio asequible.”

<sup>28</sup> Bertazzo, Silvia (2015, p. 71).

<sup>29</sup> Rodríguez, Alba (2018, p. 13).

<sup>30</sup> En este instrumento se asegura a todas las mujeres el derecho a “[...] gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, el transporte y las comunicaciones.” (Artículo 14.2 literal h).

1989<sup>31</sup>, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006<sup>32</sup> y el Convenio N°161 sobre los servicios de salud en el trabajo de la O.I.T. de 1985. Pero como expresa Salinas “[...] no faltan quienes consideran que dicho derecho no ha sido todavía claramente definido en Derecho internacional ni expresamente reconocido como un derecho fundamental, pudiendo hablarse como máximo, de un derecho *emergente*”<sup>33</sup>.

Todo lo anterior condujo a que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (Comité DESC), adoptara en 2002 su Observación General N°15 sobre el Derecho al Agua (OG N°15) interpretando el PIDESC<sup>34</sup>. En la OG N°15, el Comité define el derecho al agua como “el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para uso personal y doméstico”, precisa la fundamentación jurídica, el contenido normativo y las obligaciones de los Estados con respecto al derecho al agua, disponiendo como factores de su ejercicio, la disponibilidad, la calidad, la accesibilidad (física, económica, la no discriminación y el derecho a la información)<sup>35</sup>. Como indica Estrada “[...] los órganos de derechos humanos de Naciones Unidas han profundizado sobre todo a partir del año 2000 en la conceptualización específica del agua y del saneamiento como derechos humanos, trascendiendo la consideración del agua como bien económico, como servicio público o como recurso natural”<sup>36</sup>. Con todo, como indica Obando “el enfoque principal de la OG N°15 fue centrarse en el “agua esencial” para la sobrevivencia y las necesidades básicas asociadas a la dignidad humana, siendo este un enfoque mínimo que determina prioridades en los usos del agua”<sup>37</sup>. Así, para autores como Smets “El derecho al agua en el sentido del derecho al agua potable y al saneamiento no concierne más que al agua para la vida, es decir, el agua para los usos domésticos esenciales del hombre”<sup>38</sup>.

La calificación del derecho al agua como derecho humano autónomo se consagró el 28 de julio de 2010, fecha en que la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU) aprobó la Resolución 64/292, que reconoció que el derecho al agua potable y el saneamiento constituyen un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los

<sup>31</sup> Esta Convención reconoce “el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud [...]” (Art. 24.1) y, asimismo, las medidas apropiadas para “el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente”. (Art. 24.2 literal c).

<sup>32</sup> Este instrumento dispone que “[...] los Estados Parte deben asegurar que las personas con discapacidad y sus familias tengan acceso a alimentos, vivienda, vestido y agua potable”. (Art. 28).

<sup>33</sup> Salinas, Sergio (2006, p. 99).

<sup>34</sup> Cabe mencionar que, como enfatiza Obando op. cit. (2018, p. 105) “[...] debido al papel desempeñado por el saneamiento en la satisfacción de este derecho, como asimismo de otros derechos, la AG y el CDH se explayaron sobre algo insinuado en la OG N° 15, como fue que el saneamiento formaba parte del derecho fundamental al agua potable, para lo cual se sucedieron una serie de resoluciones internacionales que profundizaron aspectos de este derecho humano entre 2010 y 2014”.

<sup>35</sup> ONU: Observación General N° 15: El derecho al agua

<sup>36</sup> Estrada, Dorothy (2017, p. 232).

<sup>37</sup> Obando, Iván (op cit. p. 109)

<sup>38</sup> Smets, Henri (2006, p. 22).

derechos humanos<sup>39</sup>. En una línea similar, el año 2013 la Resolución 24/18 del Consejo de Derechos Humanos (CDH) reafirmó que, “en virtud del derecho humano al agua potable y el saneamiento, toda persona, sin discriminación, tiene derecho a agua suficiente, segura, aceptable, accesible y asequible para uso personal y doméstico y al acceso, desde el punto de vista físico y económico, en todas las esferas de la vida, a un saneamiento que sea inocuo, higiénico, seguro y aceptable y que proporcione intimidad y garantice la dignidad”. Como afirma Ribeiro do Nascimento “[...] se percibe así que el contenido del derecho al agua está definido expresamente en el ámbito internacional. De esta forma, los Estados no pueden más sostener que la ausencia de un objeto preciso impide la realización y judicialidad de este derecho”<sup>40</sup>.

Posteriormente, el año 2015, en el marco del *soft law*, se adopta la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, la que “presenta una visión ambiciosa del desarrollo sostenible e integra sus dimensiones económica, social y ambiental”<sup>41</sup>. Ello implica enfrentar de manera urgente las crisis ambientales interrelacionadas tales como las vinculadas al agua, el clima y la biodiversidad. Así, los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), acordados en septiembre de 2015 por la Asamblea General de Naciones Unidas, adoptaron como Objetivo 6 “Garantizar la disponibilidad de agua y su gestión sostenible y el saneamiento para todos”<sup>42</sup>. Como expresa Estrada, “[...] ello se destaca además pues el derecho humano al agua es el único derecho humano reconocido expresamente en la Resolución de Naciones Unidas sobre la Agenda 2030 de Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)”<sup>43</sup>.

#### 4. Reconocimiento constitucional del derecho humano al agua en Latinoamérica.

Como argumenta Menéndez, “[...] el reconocimiento internacional del derecho humano al agua no significa que su efectividad incumba a instancias internacionales. Corresponde a los Estados o, en su caso, las organizaciones infraestatales competentes”<sup>44</sup>. Es más, ni las observaciones del Comité DESC, ni de la AGNU ni del CDH poseen valor jurídico vinculante. Como puntualiza Recabarren, “[...] en el ámbito universal el derecho al agua y al saneamiento [...] no ha sido abordado como un derecho autónomo de manera expresa por ningún instrumento convencional. Ni tampoco reuniría los requisitos de uniformidad y *opinio juris* propios de la costumbre internacional. En efecto, su estatus jurídico no sería de una norma

<sup>39</sup> En este sentido, Salmón (2012, pp. 250 - 251), señala que “[...] la Asamblea General de las Naciones Unidas en julio de 2010 reconoció por primera vez, de manera autónoma, el derecho humano al agua.”

<sup>40</sup> Ribeiro do Nascimento, Germana (2018, p. 256).

<sup>41</sup> Objetivos de Desarrollo Sostenible, Introducción (p. 7).

<sup>42</sup> Los objetivos 6.1 y 6.2 se refieren básicamente a “lograr el acceso universal y equitativo al agua potable a un precio asequible para todos” y a “lograr el acceso a servicios de saneamiento e higiene adecuados y equitativos para todos y poner fin a la defecación al aire libre, prestando especial atención a las necesidades de las mujeres y las niñas y las personas en situaciones de vulnerabilidad”. Disponible en: [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40155/24/S1801141\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40155/24/S1801141_es.pdf)

<sup>43</sup> Estrada, Dorothy (2017, p. 248).

<sup>44</sup> Menéndez, Ángel (2012, p. 195).

jurídica vinculante, sino más bien de *soft law* [...]”<sup>45</sup>. Para que el derecho humano al agua y al saneamiento sean reconocidos con carácter obligatorio, este reconocimiento debe efectuarse a través de una Convención Internacional con carácter vinculante, o bien, a través de su introducción en el ámbito interno de las naciones firmantes<sup>46</sup>.

En cuanto al reconocimiento constitucional, actualmente en Latinoamérica, Bolivia, Cuba, Ecuador, Honduras, México, Nicaragua, República Dominicana, Uruguay y Venezuela son los países que reconocen de forma explícita en sus respectivos textos constitucionales el derecho humano al agua, aunque con diversos grados de desarrollo. Así, por ejemplo, el artículo 47 de la Constitución uruguaya reconoce explícitamente el acceso al agua potable y el acceso al saneamiento como constitutivos de derechos humanos fundamentales. Como reflexiona Obando “[...] en otros países fue el Contralor de la Constitucionalidad el que reconoció este derecho, como sucedió en Argentina (a nivel federal y provincial), Colombia y Costa Rica. En Paraguay, fue el Poder Legislativo el que efectuó este reconocimiento”<sup>47</sup>. Pero como esclarece García “[...] en Latinoamérica predomina el reconocimiento tácito del derecho humano al agua en los textos constitucionales, desprendiéndose de los derechos fundamentales a la salud, a la alimentación, a la vivienda, y a un medio ambiente sano, al tratarse de derechos que no son realizables sin garantizar el acceso al agua”<sup>48</sup>.

En Chile, podría sostenerse que el derecho humano al agua, como derecho fundamental, forma parte del bloque de constitucionalidad de la Constitución. Lo anterior, por la existencia de los derechos implícitos de origen internacional (que son aquellos contenidos en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes) y que se incorporan al derecho interno en virtud del art. 5° inc. 2° de la Carta Fundamental<sup>49</sup>. No obstante, la situación de crisis climática, la sequía prolongada y la carencia de acceso al agua por parte de la población, particularmente en asentamientos rurales y poblaciones vulnerables, recomiendan incorporar explícitamente este derecho en el texto constitucional.

<sup>45</sup> Recabarren, Óscar (op., cit p. 322).

<sup>46</sup> Rodríguez, Alba (op., cit, p. 14). En el mismo sentido, Bertazzo (op. cit., p. 75) quien dispone que “[...] las normas contenidas en los instrumentos de *soft law* no son jurídicamente vinculantes, salvo cuando recojan el Derecho internacional convencional o consuetudinario vigente (efecto declaratorio). Sin embargo, no es posible desconocer su relevancia. Este conjunto de normas, especialmente las resoluciones de la Asamblea General de la ONU (sobre todo cuando son aprobadas con una alta mayoría) y las declaraciones realizadas en conferencias internacionales, no solo ejercen una influencia en la interpretación e implementación del Derecho internacional, general y convencional, pero también constituyen un aporte al desarrollo del Derecho internacional, ya que pueden “fijar” una norma consuetudinaria que hasta entonces se encontraba *in fieri* (efecto cristalizador) o dar luz a una regla que, por efecto de su cumplimiento en la práctica interna e internacional de los Estados y de la convicción de su obligatoriedad, con el andar del tiempo se convierte en una nueva costumbre internacional (efecto generador)”.

<sup>47</sup> Obando, Iván (op. cit., pp. 112 – 113)

<sup>48</sup> García, Borja (2020, p. 185).

<sup>49</sup> Obando, Iván (op. cit. p. 127)

## Bibliografía

Bauer, Carl (2002): *Contra la corriente. Privatización, mercados de agua y el Estado en Chile*, Lom Ediciones, Santiago.

Bertazzo, Silvia (2015): “La tutela del acceso al agua potable en el Derecho Internacional”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* Año 22, N°2, pp. 55-92.

Boettiger, Camila (2013): “Caudal ecológico o mínimo: regulación, críticas y desafíos”, en *Actas de Derecho de Aguas* N° 3 Páginas 1 – 12.

Celume, Tatiana (2013): *Régimen público de las aguas*, Thomson Reuters, Santiago.

- (2021): “Regulación constitucional y legal de la propiedad sobre el derecho de aprovechamiento de aguas: tensiones actuales y propuestas para su modificación”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N.º 37 temático, pp. 15-58.

Embid, Antonio (2006): “El derecho al agua en el marco de la evolución del derecho de aguas”, en *El Derecho al Agua*, Thomson Aranzadi, Navarra, pp. 15 – 56.

Estrada, Dorothy (2017): “Los derechos humanos al agua y al saneamiento: una visión desde el Derecho Internacional, Europeo y Español”, en *Anuario Español de Derecho Internacional*, Vol 33, pp. 229-268.

García, Borja (2020): “La compatibilidad del derecho humano al agua con la legislación chilena: el reconocimiento latinoamericano de este Derecho”, en *Revista lus et Praxis*, Año 26, N° 3, pp. 172 – 194.

Guzmán, Alejandro (1995): *Las cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

Menéndez, Ángel (2012): “El agua como bien jurídico global: el derecho humano al agua”, en *AFDUAM*, N° 16, disponible en: <https://repositorio.uam.es/handle/10486/662703>

Míguez, Rodrigo (2014): “De las cosas comunes a todos los hombres notas para un debate”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41 N° 1, pp. 7 – 36.

Obando, Iván (2018): “El derecho humano al agua revisitado: antecedentes normativos e implicancias jurídicas”, en *Revista de Derecho Administrativo Económico*, N°27, pp. 103-129.

Recabarren, Óscar (2016): “El estándar del Derecho de aguas desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del medio ambiente”, en *Estudios Constitucionales*, Año 14, N°2, pp. 305-346.

Ribeiro do Nascimento, Germana (2018): “El derecho al agua y su protección en el contexto de la Corte Interamericana de Derecho Humanos”, en *Estudios Constitucionales*, Año 16, N° 1, pp. 245 - 280.

Rodríguez, Alba (2018): “El derecho al agua en el contexto internacional y en el ordenamiento jurídico interno español”, en *Revista de Derecho, Agua y Sostenibilidad*, N°2, pp. 1 – 36.

Salinas, Sergio (2006): “El derecho al agua como Derecho humano. Contenido normativo y obligaciones de los Estados”, en *Derecho al Agua*, Thomson Aranzadi, Navarra, pp. 89 – 135.

Salmón, Elizabeth (2012): “El derecho humano al agua y los aportes del sistema interamericano de derechos humanos”, en *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n° 16, pp. 245-268.

Smets, Henri (2006) : *Le droit à l'eau dans les législations nationales*, Agence Française de Développement Département de la recherche, disponible en : [https://www.pseau.org/outils/ouvrages/afd\\_le\\_droit\\_a\\_l\\_eau\\_dans\\_les\\_legislations\\_nationales\\_2006.pdf](https://www.pseau.org/outils/ouvrages/afd_le_droit_a_l_eau_dans_les_legislations_nationales_2006.pdf)

Tello, Luísa: “El acceso al agua potable, ¿un derecho humano?”, disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/R21767.pdf> [Fecha consulta: 16 de septiembre de 2021]

Vergara, Alejandro (1996): “El mercado de aguas en el Derecho chileno: Titularidades privadas y libertad de transacción”, en *AA.VV., Precios y Mercados del Agua* (dir. Antonio Embid Irujo), Civitas, Madrid, p. 325 – 339.

- (1998): *Derecho de Aguas*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

#### Documentos:

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

ONU: Programa 21, Capítulo 18, Cumbre para la Tierra, disponible en: <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/agenda21spchapter18.htm>

ONU: Objetivos de Desarrollo Sostenible, disponible en: Disponible en: [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40155/24/S1801141\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40155/24/S1801141_es.pdf)

#### Normas jurídicas citadas

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas por Resolución N° 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, entrada en vigor el 3 de enero de 1976.

Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

Convención Americana de Derechos Humanos, adoptada por la Organización de Estados Americanos, el 22 de noviembre de 1969, entrada en vigencia el 18 de julio de 1978.

Declaración de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Agua, adoptada en Mar del Plata, 7 al 18 de marzo de 1977.

Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, entrada en vigencia 3 de septiembre de 1981.



Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, entrada en vigencia el 2 de septiembre de 1990.

Declaración de la Conferencia Internacional sobre Agua y Medio Ambiente, adoptada en Dublín, del 26 al 31 de enero de 1992.

Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, adoptada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo celebrada en Río de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992. Aprobada por la Asamblea General el 12 de agosto de 1992.

Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, entrada en vigencia 12 de mayo de 2008.

Resolución sobre el derecho humano al agua y el saneamiento, A/64/L.63/ Rev.1, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 28 de julio de 2010.

Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, adoptada por la Asamblea General de Estados Americanos, el 15 de junio de 2015.