




El derecho humano al agua y al saneamiento: La priorización del uso ecosistémico como un presupuesto necesario

Verónica Delgado Schneider³⁷⁵ y

Juan Francisco Zapata Hassi³⁷⁶

DOI: 10.53110/LQBE2999



A. La crisis del agua: Lo que en un momento fueron proyecciones y advertencias, hoy se vuelve una realidad sufrida directamente por las comunidades. La última década en Chile, ha sido la más seca de la que se tiene registro, con un déficit de precipitaciones del orden del 25-30% a nivel nacional, y con un déficit hídrico generalizado en los caudales de nuestros ríos, que en las regiones de Coquimbo y Valparaíso alcanza el 70%.³⁷⁷ Tanto es así, que se le ha llamado *megasequía*, y —se afirma— sería la más grave de los últimos mil años,³⁷⁸ proyectándose para el periodo 2010-2050 un aumento en su recurrencia,

³⁷⁵ Abogada de la Universidad de Concepción, Profesora de Derecho ambiental y Aguas, y Directora del Programa en Derecho, Ambiente y Cambio Climático (DACC), de la Universidad de Concepción. vedelgado@udec.cl.

³⁷⁶ Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción. Investigador del Programa en Derecho, Ambiente y Cambio Climático (DACC), de la Universidad de Concepción. jjzapata@udec.cl.

³⁷⁷ Rojas et al., 2019, p. 17.

³⁷⁸ Centro de Ciencia del Clima y la Resiliencia (CR)2, 2015, p. 26.

al punto que dejará de ser una condición transitoria, con el consecuente impacto en la disponibilidad hídrica, la fauna costera, el bosque nativo y los incendios forestales.³⁷⁹ Impacto este último que ha significado, en la actual *megasequía* un aumento de un 30% en la superficie quemada respecto del promedio histórico.³⁸⁰

Si a esto le sumamos una regulación constitucional y legal que pareciera no reconocer la vital importancia de este bien común y que, por el contrario, perpetúa una visión individualista sobre la administración de su uso y aprovechamiento, e impide —incluso en situaciones extremas y urgentes— tomar decisiones en beneficio de los seres humanos y del medio ambiente, el panorama se torna desolador.

La provincia de Petorca se ha vuelto un símbolo de esta crisis, cuyo río del mismo nombre terminó por secarse completamente, y su cuenca presenta los niveles más secos de los últimos 700 años.³⁸¹ Así, los cambios en el uso del suelo, principalmente para el cultivo intensivo de paltas y cítricos, unido al sobre otorgamiento de derechos de aguas en cantidades muy superiores a las que puede soportar la cuenca, y la priorización de un uso productivo, son parte de las causas de esta crisis hídrica, que tiene efectos devastadores no sólo en la calidad de vida de la población — eminentemente rural en el caso de Petorca— que debe abastecerse mediante camiones aljibes, sino también para la economía y, por supuesto, el ambiente.³⁸²

Pero no es sólo en el área rural donde vemos problemas relacionados con el agua, sino también en las ciudades. Si bien el acceso al agua potable a nivel urbano ha aumentado hasta llegar a coberturas cercanas al 99% —lo que podría ser indicativo de que existe un adecuado disfrute del derecho humano al agua—,³⁸³ existen otros aspectos no debidamente cubiertos. Así, se afirma que hoy existe un problema más bien de inequidad en el consumo, existiendo mayor contracción en aquellos sectores más vulnerables versus los más acomodados, lo que se vincula al proceso de privatización del servicio y al subsecuente encarecimiento permanente del sistema tarifario, unido a la precariedad de los ingresos familiares.³⁸⁴

La crisis hídrica, ambiental y climática, se ha tomado la agenda pública y la atención del país. En una inédita consulta digital organizada por la Mesa Nacional del Agua y llevada a cabo por la Dirección General de Aguas —en que participaron más de 40.000 personas—, como principal desafío a

³⁷⁹ *Ibíd.*, pp. 10 y ss.

³⁸⁰ González et al., 2020, p. 26.

³⁸¹ Muñoz et al., 2020, p. 12.

³⁸² Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2014, p. 27.

³⁸³ Vergara, 2014, pp. 199-228.

³⁸⁴ Durán, 2015, pp. 226 y 245.

asumir por el Estado se identificó el asegurar el acceso para el consumo humano (75,2%), y proteger el ambiente (54,5%).³⁸⁵ Asimismo, en el proceso de participación ciudadana llevado a cabo en el contexto del proceso constituyente 2016-2017, existió un amplio consenso por priorizar la protección del ambiente y de sus elementos (incluido el agua), desde una visión que se ha catalogado como ecocentrista y colectivista.³⁸⁶

Este sentir ciudadano esperamos se vea reflejado en los anhelos y prioridades de las y los constituyentes que, emplazados en este momento histórico, están llamados a plantear las bases de la institucionalidad que marcará el futuro de Chile por generaciones. Creemos que existirá un amplio consenso para establecer el derecho humano al agua y al saneamiento en la próxima carta fundamental, obteniendo los 2/3 necesarios para ello. Esperamos que estas líneas —que por la extensión del trabajo no se enfocarán en el saneamiento— ayuden en dicha tarea, donde proponemos que este derecho se entienda necesariamente en un contexto de protección ambiental.

Si bien los principales instrumentos internacionales sobre derechos humanos, como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948,³⁸⁷ el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (PIDESC)³⁸⁸ y la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969,³⁸⁹ no incluyen el derecho humano al agua, ello se ha explicado pues resulta un requisito fundamental para la garantía de otros derechos sí considerados, como el derecho a la vida, calidad de vida, salud y a una alimentación adecuada, encontrándose implícitamente incorporado en ellos.³⁹⁰

Han existido, en todo caso, referencias tangenciales a este derecho en otros tratados de derechos humanos referidos a diversas materias, como en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979,³⁹¹ o en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989,³⁹² entre otros.³⁹³

³⁸⁵ Mesa Nacional del Agua, 2020, pp. 14 y 15.

³⁸⁶ Costa et al., 2020, pp. 169-97.

³⁸⁷ Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948.

³⁸⁸ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966.

³⁸⁹ Convención Americana de Derechos Humanos, 1969.

³⁹⁰ Gleick, 1998, pp. 489-490.

³⁹¹ Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 1979.

³⁹² Convención sobre los Derechos del Niño, 1989.

³⁹³ Como bien destaca Obando, 2010, pp. 444-448. Además, se encontraría presente en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de 1989 (art. 15),

B.

Consideración a nivel internacional

Pero no fue sino hasta el año 2002, con la Observación N° 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (Comité DESC), en que se reconoció el agua y el saneamiento como un derecho humano. Posteriormente, el 28 de julio de 2010, la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante la Resolución N°64/292 —en que Chile votó a favor—dis-



puso que “el derecho al agua potable y el saneamiento es un de derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos”.

El derecho al agua potable y el saneamiento es un de derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos.

La Observación N° 15 del Comité DESC, lo reconoce y define como “el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico”.³⁹⁴ Para ello, se sustentan en una interpretación de los arts. 11 y 12 del PIDESC —fir-

mado y ratificado por Chile—, que consagran el derecho a un nivel de vida adecuado y el derecho al más alto nivel posible de salud, entre otros.

En dicha Observación, el Comité DESC esclarece gran parte del contenido de este derecho humano, señalando que se compone tanto del derecho a mantener el acceso al suministro y a no ser objeto de interferencias (como cortes arbitrarios, o la contaminación de las aguas), así como el derecho a un sistema de abastecimiento y gestión que garantice iguales oportunidades de disfrute a la población.³⁹⁵

Además, la Observación indica que los elementos de este derecho deben ser adecuados a la dignidad, la vida y salud humana, no debiendo interpretarse restrictivamente. Asimismo, *se prioriza el agua como un bien social y cultural, por sobre su tratamiento como un bien económico, y se establece que el ejercicio de este derecho debe ser —subrayamos— sostenible, para garantizar su ejercicio por las generaciones actuales y futuras.*³⁹⁶

Reconocen que, si bien lo considerado “adecuado” para el ejercicio de este derecho puede variar según las condiciones, existen factores que deben aplicarse en cualquier circunstancia, como: la disponibilidad (debe ser continua, suficiente para usos personales y domésticos), la calidad (salubridad, olor, color, y sabor aceptables), y la accesibilidad, que comprende a su vez, cuatro dimensiones: la accesibilidad física, accesibilidad económica, la no

la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006 (art. 28.2 letra a), y la reciente Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores de 2015 (art. 25 letra b), entre otros. También lo destaca Recabarren, 2016, p. 321.

³⁹⁴ ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2002, p. I.2.

³⁹⁵ *Ibíd.*, p. II.10.

³⁹⁶ *Ibíd.*, p. II.11.

discriminación, y el acceso a la información.³⁹⁷

Comprende, también, una especial consideración por los grupos más vulnerables, como “las mujeres, los niños, los grupos minoritarios, los pueblos indígenas, los refugiados, los solicitantes de asilo, los desplazados internos, los trabajadores migrantes, los presos y los detenidos”,³⁹⁸ y **si bien considera una aplicación progresiva, los Estados están obligados a avanzar con la mayor rapidez y efectividad posibles**, adoptando medidas inmediatas, existiendo la presunción de que cualquier medida regresiva con respecto al derecho al agua se encontraría prohibida por el referido Pacto.³⁹⁹

En este sentido, se han destacado los riesgos que implica la privatización de los servicios de agua potable y saneamiento para el adecuado disfrute de este derecho, especialmente en lo que se refiere a problemas de sostenibilidad, asequibilidad e inequidad en el acceso, entre otros aspectos.⁴⁰⁰

Debemos agregar que, directamente vinculado con este derecho, se encuentra la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible acordada por la unanimidad de la Asamblea General de las Naciones Unidas en el 2015, que contempla como Objetivo N° 6 “Garantizar la disponibilidad y la gestión sostenible del agua y el saneamiento para todos”, el que comprende una serie de metas específicas al 2030, como lograr un acceso universal, equitativo y asequible al agua potable y los servicios de saneamiento, mejorar la calidad de las aguas, reducir la contaminación, aumentar el uso eficiente e implementar una gestión integrada, entre otros.⁴⁰¹

Se trata pues de un derecho complejo, con múltiples manifestaciones, y que se ha ido configurando en forma independiente con el pasar de los años, hasta su pleno reconocimiento como un derecho humano.

En la Constitución de 1980 no existe una consagración expresa del derecho humano al agua, sin embargo, podemos entenderlo fácilmente comprendido en otros que sí se encuentran reconocidos, como el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica (art. 19 n°1), a la protección de la salud (art. 19 n°9), a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (art. 19 n°8) y la igualdad ante la ley (art. 19 n°3), entre otros.⁴⁰²

C.

Consideración a nivel interno

³⁹⁷ *Ibíd.*, pár. II.12.

³⁹⁸ *Ibíd.*, pár. 16.

³⁹⁹ *Ibíd.*, pár. 17, 18 y 19.

⁴⁰⁰ Heller, 2020b.

⁴⁰¹ ONU, 2015.

⁴⁰² Ver por ejemplo enumeración realizada por Obando, 2010, pp. 452 y 453.

Además, al haber Chile firmado y ratificado el PIDESC, en base a cuyas disposiciones el Comité DESC entendió incluido el derecho humano al agua, estaría también reconocido en el ordenamiento jurídico chileno, por remisión del inciso segundo del art. 5 de la actual Constitución,⁴⁰³ asumiendo la doctrina, de hecho, que el derecho humano al agua resulta exigible en Chile a nivel interno,⁴⁰⁴ haciéndolo parte del llamado bloque de constitucionalidad.⁴⁰⁵

Aparece entonces que el derecho humano al agua y al saneamiento, pese a no encontrarse consagrado en nuestra Constitución en forma expresa, puede entenderse que forma parte del catálogo de derechos protegidos por el ordenamiento interno, y que el Estado se encuentra obligado a garantizar. ¿Para qué, entonces, consagrarlo constitucionalmente? Las razones son múltiples.

i. La fuerza normativa

En primer lugar, existe un problema de *fuerza normativa*. Si bien —mediante una labor interpretativa— podemos entender que este derecho se encuentra *implícitamente* reconocido en nuestro país, ello no es suficiente para asegurar que sea, en la práctica, efectivamente garantizado por el Estado. No es novedad que la falta de una mención expresa es un problema tanto a la hora de invocar este derecho ante los tribunales de justicia, como al momento de desarrollar políticas públicas o practicar reformas legales que le afecten. Sin ir más lejos, el Código de Aguas parece no tener en consideración este derecho al momento de regular el uso y aprovechamiento de las aguas.⁴⁰⁶ La fuerza normativa entonces, la entendemos como el nivel de aplicación que, en la práctica, ha tenido este derecho, y el grado en que ha sido considerado en las decisiones públicas, legales y judiciales, para avanzar progresivamente en su cumplimiento, así como su prevalencia frente a la colisión con otros derechos.

En efecto, la falta de una consagración constitucional expresa, deja a este derecho en una situación muy desventajada respecto de otros derechos fundamentales sí reconocidos —y reforzados— en la Constitución, como el derecho de propiedad.

⁴⁰³ La referida disposición señala que “es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

⁴⁰⁴ Por ejemplo, Guiloff, 2013, pp. 277 y sgtes; Obando, 2010, p. 440. También se da por entendido en Rivera, 2017, pp. 232 y ss, y en Vergara, 2014, p. 204.

⁴⁰⁵ Op. Cit., Obando, 2010, p. 461.

⁴⁰⁶ En este sentido: Obando, 2018, p. 124 y Guiloff, 2013, p. 268.

En este sentido, DELGADO ha explicado *in extenso* cómo el actual marco constitucional pese a tratar tempranamente las cuestiones ambientales —reconociendo el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (art. 19 n°8)— entregó particulares normas para ciertos elementos del ambiente, como las aguas, no para protegerlas sino para regular su propiedad y la de sus derechos de aprovechamiento, con un enfoque liberal y economicista.⁴⁰⁷ Así, la única mención expresa al agua en la Constitución de 1980 está en la garantía del derecho de propiedad, en el inciso 11 del art. 19 N° 24, señalando que “Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”. Esta particular norma viene a repetir y reforzar —respecto de las aguas— lo que ya se había consagrado como regla general en el inciso primero del mismo artículo, que asegura “el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales”. **Lo que la Constitución hace aquí, es reconocer que se puede ser dueño de un “derecho” o “bien incorporal”, y lo repite luego específicamente tratándose de las aguas. ¿Por qué se realiza esto? Es la manera que se ingenió para permitir la propiedad privada sobre bienes que por su naturaleza son parte del dominio público.**

En efecto, el art. 19 N° 23 también contiene una referencia indirecta a las aguas, al consagrar la regla de que todos los bienes pueden ser apropiados, “excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así”. Como sabemos, el Código Civil —primero— y el de Aguas —después—, declararon que las aguas son bienes nacionales de uso público, en sus artículos 595 y 5, respectivamente. **Es decir, el agua es un bien que pertenece a la Nación, al pueblo. Nadie entonces podría ser “dueño” del agua, pero sí se puede tener propiedad sobre el “derecho” que se otorgue para usar o aprovechar el agua. Esto último, que efectivamente puede ser distinto en lo legal, ha implicado en la práctica la apropiación privada del agua.**

Es cierto que en la misma Constitución existen normas que habilitan al legislador para imponer restricciones y limitaciones a este derecho de propiedad, sin embargo, ello no ha ocurrido por la “fuerza” que las normas de propiedad tienen, en desmedro de las ambientales,⁴⁰⁸ especialmente respecto del agua.

Los derechos de aprovechamiento de aguas en Chile se otorgan por el Estado sin obedecer a usos prioritarios, de manera gratuita y perpetua. Estos derechos pueden ser transados libremente en el mercado por sus dueños, en cuantiosas sumas, sin siquiera tener que avisar a la autoridad

⁴⁰⁷ Delgado, 2021

⁴⁰⁸ Hervé y López, 2020, pp. 206.

que se supone debe planificar el uso y sostenibilidad del agua en la cuenca. Tampoco caducan por el mal uso que se les pueda dar, o por su no uso (sólo se exige pagar una patente por no uso), y se gestionan privadamente (en las organizaciones de usuarios) sin intervención estatal.

Lo que resulta más grave, es que una vez otorgado el derecho a un privado, la autoridad no puede “revisar” ni “ajustar” los volúmenes inicialmente considerados a la nueva realidad hídrica climática, aún cuando un acuífero se esté agotando o secando un río por falta de su caudal mínimo, ni tampoco cuando falte el agua para el uso humano de subsistencia.⁴⁰⁹ Existe pues, una lógica irracional, en que por garantizar la “propiedad” de los particulares sobre sus derechos, el sistema permite agotar completamente un cuerpo de agua, afectando y haciendo inútiles los propios derechos que intentaba proteger.

La Constitución y el Código de Aguas, entonces, son parte de la crisis hídrica. Una muestra de esta situación se da en la actual discusión en el Congreso Nacional y los informes que se han presentado por Libertad y Desarrollo⁴¹⁰ y otros encargados por el mundo agrícola, alegando su inconstitucionalidad. De hecho, se cuestiona -por la autonomía que tienen las organizaciones de usuarios para gestionar- el que se proponga una norma que permita, sin necesidad de tramitar el derecho, extraer agua de ríos y vertientes, para uso de subsistencia, aún cuando ella ya existe para extraer aguas subterráneas.⁴¹¹

Como se puede apreciar, si la actual fórmula constitucional ha impedido que el legislador pueda salvaguardar estos usos “mínimos” del agua, convendría no sólo su expreso reconocimiento y garantía a nivel constitucional, sino además que se acuerden reglas claras que permitan hacer prevalecer este derecho por sobre otros con los que posiblemente colisionará.

Finalmente, es importante consignar que la fuerza de este derecho, consagrado de manera clara en su relación a otras garantías constitucionales, deberá implicar que toda decisión en torno a él sea progresiva y no regresiva, situaciones que hoy no están garantizadas.

ii. Problemas de exigibilidad

En segundo lugar, existe un problema de exigibilidad del derecho, que deriva en parte por su poca fuerza normativa. Al no estar consagrado dentro del catálogo de derechos garantizados por la Constitución, no cuenta con

⁴⁰⁹ Delgado, 2019, p. 81.

⁴¹⁰ Libertad y Desarrollo, 2020.

⁴¹¹ Vergara y Muñoz, 2020, p. 47.

una acción constitucional que permita exigir su cumplimiento en forma directa y efectiva. No contamos pues —en principio— con la posibilidad de recurrir vía recurso de protección para exigir que este derecho no sea vulnerado.

Esta situación ha intentado sortearse por otras vías, por ejemplo, vinculando el derecho humano al agua con otros derechos fundamentales que sí cuentan con consagración constitucional, y respecto de los cuales existe la posibilidad de recurrir vía protección. Así, los tribunales superiores de justicia han paulatinamente, directa o indirectamente, invocado el derecho humano al agua en sus fallos (especialmente respecto de recursos de protección constitucional) invocando afectaciones al derecho a la vida y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, en una serie de casos vinculados a cortes de suministro, o a la negativa a otorgar acceso a él, y a situaciones de contaminación de las aguas.⁴¹²

Es más, recientemente, en dos zonas afectadas por sequía y escasez hídrica, se han dictado sentencias importantes, reconociendo el derecho humano al agua mediante su vinculación con el derecho a la vida y a la igualdad y ciertos tratados internacionales, avanzando además en la fijación de un suministro mínimo de agua a ser garantizado, de 100 litros diarios por persona (siguiendo estándar de la OMS).⁴¹³ Sin embargo, este avance es relativo.

En el primer caso, que afectó a habitantes de Petorca, se ordenó a la autoridad y a los entes recurridos, coordinarse eficientemente con la Municipalidad, a fin de garantizar mientras dure la emergencia hídrica, la dotación de agua suficiente para la subsistencia de los recurrentes (que veían amenazada su vida), reconociendo el derecho humano al agua, pero sin establecer una cantidad mínima a ser entregada por persona diariamente mediante camiones aljibes.⁴¹⁴

En el segundo caso, que afectaba a vecinos de la comuna de Nogales, la Corte de Apelaciones de Valparaíso rechazó el recurso, por considerar que no se logró acreditar que la Minera recurrida fuera la causante de la escasez hídrica que afectaba a los recurrentes, y porque ésta se encontraba amparada por derechos de aprovechamiento de aguas legalmente constituidos e inscritos.⁴¹⁵ Pero la Corte Suprema revocó la sentencia de primera instancia, acogiendo el recurso, aunque no lo hizo respecto de la empresa recurrida, sino respecto de la Municipalidad de Nogales, que si bien no fue emplazada

⁴¹² Op. Cit., Obando, 2018, pp. 117-124.

⁴¹³ Howard y Bartram, 2003

⁴¹⁴ Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 9709-2019, 19 diciembre 2019. Confirmada por: Corte Suprema, rol 1348-2020, 6 agosto 2020.

⁴¹⁵ Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 12305-2020, 9 junio 2020.

en el recurso, informó al tenor del mismo. En concreto, la Corte ordenó “adoptar todas las medidas necesarias a fin de asegurar a los recurrentes y a la comunidad de Nogales, con especial énfasis en las categorías protegidas por el Derecho Internacional, un abastecimiento de agua para uso y consumo humano no inferior a 100 litros diarios por persona”.⁴¹⁶ Para ello invoca nuevamente las obligaciones internacionales adquiridas por Chile, poniendo especial énfasis respecto a ciertos grupos vulnerables especialmente protegidos.⁴¹⁷

Como puede verse, pareciera ser que los tribunales superiores de justicia han avanzado en el reconocimiento del derecho humano al agua como uno exigible a nivel interno. Sin embargo, el desarrollo logrado es limitado y no ha estado exento de tensiones, requiriendo de mayores esfuerzos para poder otorgar una tutela judicial efectiva. Además, no resulta deseable que problemas estructurales de nuestro sistema jurídico, traten de ser salvados por la pura vía de la jurisprudencia, pues su respuesta siempre resultará limitada al no lograr considerar el problema en su globalidad. En los casos comentados, de hecho, no se pudo adoptar medida alguna respecto de los derechos de aprovechamiento de aguas otorgados a la Minera recurrida, cuya extracción sin límites, contribuye como todas, a agravar la crisis hídrica del sector. Tampoco hubo cuestionamiento ni medida que permitiera garantizar un acceso directo al agua a la comunidad, evitando depender de la entrega mediante camiones aljibe, en el entendido que una adecuada accesibilidad física también es un elemento del derecho humano al agua.

En definitiva, estas sentencias aisladas, no logran abarcar el problema como corresponde, pues no van acompañadas de una institucionalidad ni de un marco jurídico que esté considerando al derecho humano al agua y al saneamiento, como un verdadero límite a la soberanía del Estado.

De hecho, si bien el derecho humano al agua es de aplicación progresiva, en el sentido de que no puede exigirse una aplicación completa e inmediata de todos los aspectos comprendidos por el derecho, debiendo propender siempre a avanzar en su concreción colectiva, existen ciertos mínimos que son de exigibilidad inmediata y que, en los casos revisados, demuestran disparidad de los estándares a cumplir.⁴¹⁸

iii. Avanzar en sustentabilidad

Existen al menos dos variantes en torno a cómo asegurar el agua para consumo básico: se proclama consagrar constitucionalmente el derecho

⁴¹⁶ Corte Suprema, rol 72198-2020, 18 enero 2021.

⁴¹⁷ *Ibíd.*, Considerando décimo.

⁴¹⁸ Sobre la progresividad del derecho humano al agua, y las obligaciones mínimas aparejadas, ver: Arrojo, 2020.

humano al agua y, de manera conjunta o alternativa, considerarlo como el número uno en el elenco de los llamados usos prioritarios. Esta última postura es la que se discute actualmente en la reforma al Código de Aguas y de aprobarse, la legislación tendría usos prioritarios, que en su momento tuvieron los dos códigos anteriores.⁴¹⁹

En este punto, **proponemos que el reconocimiento del derecho humano al agua y al saneamiento, nos sirva de oportunidad para avanzar en sustentabilidad, mediante la incorporación en la Constitución de dos “usos prioritarios” —consumo humano de subsistencia y el ecosistémico o ambiental—** a respetar en todo momento y, especialmente, al planificar la cuenca, al otorgar permisos de extracción y, por cierto, como límite al ejercicio de los ya otorgados. El ecosistémico corresponde a la cantidad de agua necesaria para la mantención e integridad de los ecosistemas asociados a las aguas superficiales o subterráneas (y no necesariamente coincide con el actual “caudal mínimo ecológico” en Chile).

En los códigos de aguas anteriores, se consideraba un elenco de “usos prioritarios” para el caso preciso en que se presentasen solicitudes paralelas de derechos de aguas y no existiera disponibilidad para ellas. Se decía, entonces, que había que dar preferencia al consumo humano. El Código de 1981 eliminó los usos prioritarios y, para el mismo caso, determinó como solución, que sería un remate al mejor postor el que asignaría los recursos, solución que claramente resulta inadecuada.

Pero, si el problema de disponibilidad se produce después del otorgamiento del derecho, es decir, como sucede en la mayoría de los casos, cuando se están ejerciendo los derechos y el agua no alcanza para todos, las soluciones del Código son la declaración de escasez hídrica por extraordinaria sequía, o declarar respecto de las aguas subterráneas, zonas de prohibición, áreas de restricción o de reducción temporal de derechos, donde no existe ninguna consideración a la prioridad del consumo humano o de los ecosistemas. Además, la facultad de expropiar derechos para el abastecimiento de la población, si bien existe, apenas ha sido utilizada. El Estado ha preferido comprar derechos en el mercado (incluyendo derechos que pagaban patente por no uso, contribuyendo al estrés de la zona) o bien, construir pozos profundos (sin información de los acuíferos), a costa —en el fondo— de la sustentabilidad de las fuentes de agua.

Hacemos hincapié en este último punto pues la legislación actual no entiende la importancia de proteger las fuentes de agua (ríos, vertientes,

⁴¹⁹ La mejor investigación de los usos prioritarios del agua en Chile está en: Sandoval, 2015, pp. 133-162. Y para la gestión del agua en base al enfoque de derechos humanos: Yañez, 2014. Ambas incluyen el uso ecosistémico (ambiental o función ambiental) en sus elencos.

lagunas, humedales, acuíferos, etc.) y el ciclo hidrológico. Exige respetar el caudal mínimo ecológico sólo a los derechos otorgados después del 2005 y además, permite pasarlo por alto, tanto cuando se decreta la escasez hídrica (por sequía extraordinaria) como cuando se regularizan cientos de derechos en base al artículo 2º transitorio del Código de Aguas. Más aún, esta práctica es fomentada y subsidiada cada año por el Estado, para lograr tener certeza de los derechos de agua “reconocidos”, aunque ya se nos haya advertido que son procedimientos basados en usos inmemoriales muchas veces fraudulentos.⁴²⁰

Nuestra visión es que deben asegurarse como prioritarios ambos usos, pues sólo respetando la integridad y flujo de los ciclos hidrológicos, protegiendo las fuentes de agua, podrán mantenerse las variadas funciones que éste cumple, incluyendo los servicios de regulación (del clima, por ejemplo), culturales (los asociados a turismo, costumbres locales, pueblos originarios, etc.), por cierto los de provisión (que incluye extraer agua para su uso doméstico) y también los productivos. *Es un error, en nuestra opinión, considerar el derecho humano al agua y elencos de usos prioritarios del agua, sin considerar el ecosistémico.*⁴²¹

D. **Conclusiones y propuestas**

Si queremos avanzar en sustentabilidad, equidad y seguridad hídrica, son necesarias nuevas reglas en la Constitución. La actual no entiende que la naturaleza y especialmente el agua, no son solo bienes productivos económicos, sino elementos esenciales para la vida.

Proponemos, en base a lo expuesto, los siguientes aspectos claves:

1) Consagrar el derecho humano al agua y el saneamiento como un derecho fundamental, reconociendo su importancia para la vida de (todas) las especies y los ecosistemas.

2) Reforzar esta visión mediante la consagración a nivel constitucional de usos prioritarios del agua, privilegiando el de consumo humano y el ecosistémico. Ambos deben ser límites exigibles al planificar la cuenca, al otorgar concesiones o permisos de extracción y especialmente en el ejercicio de los ya otorgados o reconocidos; como parte de un conjunto mayor de reglas que esperamos

⁴²⁰ Banco Mundial, 2013, pp. 27 y 28.

⁴²¹ Ver por ejemplo: Álvez y Castillo, 2020, p. 20. Los autores proponen el siguiente listado de usos prioritarios, sin incluir el ecosistémico: “1. Derecho Humanos al agua y al saneamiento, 2. Agricultura de subsistencia y usos ancestrales de pueblos originarios, 3. Usos agrícolas, 4. Usos industriales no mineros, 5. Usos mineros”.

impongan límites efectivos al derecho de propiedad y al ejercicio de “toda” concesión o derecho, sobre elementos naturales de dominio público.

3) Consagrar una acción constitucional efectiva y eficaz que permita garantizar su libre ejercicio y su no afectación, como el actual recurso de protección.

4) Si bien, no es necesario fijar en la propia Constitución el contenido técnico específico de este derecho, sí es recomendable establecer deberes concretos para el Estado a su respecto, y principios que permitan operativizar el derecho con la institucionalidad actual y futura.

Es esperable que las decisiones legislativas y de política pública, respecto del agua y el derecho humano al agua y al saneamiento, se tomen en el futuro considerando estándares internacionales, información confiable, con todos los actores relevantes de la cuenca y considerando la realidad urbana y la rural. *Se necesita una mirada a largo plazo, que garantice tanto este derecho humano como la sustentabilidad ecosistémica. Para ello, sin embargo, los mandatos constitucionales deben ser claros.*

BIBLIOGRAFIA •

- Álvez, A. y Rodrigo C. (2020)
“El derecho humano al agua”. Serie Comunicacional CRHIAM, pp. 1-35.
- Banco Mundial (2013)
Chile: Estudio para el mejoramiento del marco institucional para la gestión del agua.
- Centro de Ciencia del Clima y la Resiliencia (CR)2. (2015)
La megasequía 2010-2015: Una lección para el futuro. Santiago: Centro de Ciencia del Clima y la Resiliencia (CR)2.
- Costa, E., et al. (2020)
‘¿Receptividad deliberativa? El derecho al medio ambiente en la discusión constituyente de Chile 2016-2017’, Revista de Derecho Universidad de Concepción, 88(248):169-97. DOI: 10.29393/RD248-16RDEC40016.
- Delgado, V. (2019)
‘Hacia un nuevo derecho de aguas: ambientalizado y resiliente’, Justicia Ambiental, 11:77-83.
- Delgado, V. (2021)
‘Capítulo III. La regulación de las aguas subterráneas en el derecho de aguas de Chile: liberal, incompleta y poco ambiental’, en Delgado, V. y Arumí, J.L. (eds.) El modelo chileno de regulación de las aguas subterráneas: críticas desde el derecho ambiental y las ciencias ambientales. España: Tirant Lo Blanch. En imprenta.
- Durán, G.
‘Agua y pobreza en Santiago de Chile. Morfología de la inequidad en la distribución del consumo domiciliario de agua potable’, EURE, 41(124):225-246.
- Gleick, P. (1998)
‘The human right to water’, Water Policy, 1(5):487-503. DOI: 10.1016/S1366-7017(99)00008-2.
- González, M. Et al (2020)
Incendios forestales en Chile: causas, impactos y resiliencia. Santiago: Centro de Ciencia del Clima y la Resiliencia (CR)2.

- Guiloff, M. (2013)
‘El derecho al agua como un derecho humano: El caso de Petorca’, en Vial, T. (coord.) Informe anual sobre derechos humanos en Chile. Santiago: Universidad Diego Portales, pp. 255-282.
- Heller, L. (2020a)
Logro progresivo de la efectividad de los derechos humanos al agua y al saneamiento. Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos al agua potable y al saneamiento. Ginebra: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
- Heller, L. (2020b)
Los derechos humanos y la privatización de los servicios de agua y saneamiento. Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos al agua potable y al saneamiento. Ginebra: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
- Hervé, D. y López, G. (2020)
‘El medio ambiente y el desafío de una nueva Constitución’, en Lorca, R. et al. (eds.) La Hoja en Blanco. Chile: Editorial La Pollera, pp. 199-214.
- Howard, G. y Bartram, J. (2003)
Domestic Water Quantity, Service Level and Health. Ginebra: Organización Mundial de la Salud.
- Instituto Nacional de Derechos Humanos (2014)
Informe de Observación Provincia de Petorca Julio-Octubre 2014. Santiago: Instituto Nacional de Derechos Humanos.
- Libertad y Desarrollo (2020)
‘Reforma al Código de Aguas: Un proyecto que transgrede derechos amparados por la Constitución’, Temas Públicos, 1458(2):1-8.
- Mesa Nacional del Agua (2020)
Participación Ciudadana. Primer Informe: Consulta Digital. Santiago: Ministerio de Obras Públicas.
- Muñoz, A. et al. (2020)
‘Water Crisis in Petorca Basin, Chile: The Combined Effects of a Mega-Drought and Water Management’, Water, 12(3):648. DOI: 10.3390/w12030648.
- Obando, I. (2010)
‘El derecho humano al agua desde la perspectiva del derecho internacional y del derecho interno’, en Nogueira, H. (coord.), Dogmática y aplicación de los derechos sociales. Santiago: Librotecnia, pp. 439-463.

- Obando, I. (2018)
'El derecho humano al agua revisitado: antecedentes normativos e implicaciones jurídicas', *Revista de Derecho Administrativo Económico*, 27:103-129. Disponible en: <http://redae.uc.cl/index.php/REDAE/article/view/3488/3282> (Consulta: 20 agosto 2021).
- ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2002)
Observación General N°15: El derecho al agua. Ginebra: ONU.
- ONU, Asamblea General (2015)
Resolución N°70/1 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. 25 de septiembre.
- Recabarren, Ó. (2016)
'El estándar del derecho de aguas desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos y del medio ambiente', *Estudios Constitucionales*, 14(2): 305-346.
- Rivera, D. (2017)
'Derecho humano al agua en Chile: legislación vigente, proyectos de reforma y jurisprudencia', en Guevara, A. et al. (eds.), *El derecho humano al agua, el Derecho de las inversiones y el Derecho Administrativo. Cuartas Jornadas de Derecho de Aguas*. Lima: Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica, Departamento Académico de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 227-243.
- Rojas, P. et al. (2019)
Evidencia científica y cambio climático en Chile: Resumen para tomadores de decisiones. Santiago: Comité Científico COP25, Ministerio de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación.
- Sandoval, M.I. (2015)
'Ausencia de la regulación de usos prioritarios de las aguas en Chile: propuesta de modificación legal al Código de Aguas desde una perspectiva comparada', *Revista Justicia Ambiental*, 7:133-162.
- Vergara, A. y Muñoz, G. (2020)
Informe en derecho: Afección a la propiedad de los derechos de aprovechamiento de aguas, a los derechos consuetudinarios y a las atribuciones de las organizaciones de usuarios de aguas: Análisis de constitucionalidad del proyecto de ley de modificación del Código de Aguas (Boletín n° 7543-12). Santiago.
- Vergara, A. (2015)
'El acceso al agua potable y al saneamiento ante el derecho chileno', en Melgarejo, J. et al. (coord.), *Agua y Derecho. Retos para el siglo XXI: Reflexiones y estudios a partir del WaterLaw*, Congreso Internacional de Derecho de Agua. Alicante: Universidad de Alicante, octubre 2014, pp. 199-228.

Yañez, N. (2014)

Nuevos paradigmas para la interpretación jurídica del Derecho de aguas en Chile a partir del enfoque de derechos fundamentales y lineamientos para una reforma institucional al modelo chileno de aguas. Tesis de doctorado. Chile: Universidad de Chile.

JURISPRUDENCIA

Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 9.709-2019, 19 diciembre 2019.

Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 12.305-2020, 9 junio 2020.

Corte Suprema, rol 72.198-2020, 18 enero 2021.

Corte Suprema, rol 1.348-2020, 6 agosto 2020.

NORMATIVA

Constitución Política de la República de Chile (1980) Chile.

Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302> (Consultada: 12 marzo 2021).

Convención Americana de Derechos Humanos (1969)

Organización de los Estados Americanos. Disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm (Consulta: 12 marzo 2021).

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979) Organización de las Naciones Unidas.

Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cedaw.aspx> (Consulta: 12 marzo 2021).

Convención sobre los Derechos del Niño (1989) Organización de las Naciones Unidas.

Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx> (Consulta: 12 marzo 2021).

Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) Organización de las Naciones Unidas.

Disponible en: <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/> (Consulta: 12 marzo 2021).

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) Organización de las Naciones Unidas.

Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx> (Consulta: 12 marzo 2021).