



UNIVERSIDAD
Finis Terrae

UNIVERSIDAD FINIS TERRAE
FACULTAD DE DERECHO

MAGISTER EN DERECHO DE LOS RECURSOS NATURALES Y MEDIO AMBIENTE

El Derecho Humano al agua y su aplicación práctica en nuestra sociedad

Alumno: Alexander Mimica Anelli

Artículo Académico presentado a la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae,
para optar al grado de Magister en Recursos Naturales y Medio Ambiente

Profesor Guía: María Luisa Baltra Vergara

Santiago, Chile

2022



“El Derecho Humano al agua y su aplicación práctica en nuestra sociedad”

Alexander Mimica Anelli
Universidad Finis Terrae
Correo electronico: alex.mimica@gmail.com

Resumen

El agua es un recurso esencial para la vida en el planeta, esto es una realidad indiscutible. Actualmente se pone en discusión si cobrar por el uso de agua potable es inmoral, ya que el derecho al acceso al agua potable y saneamiento se considera un derecho humano y el limitarlo atentaría contra la dignidad humana. Sin embargo, ¿cómo logramos compatibilizar el derecho humano al agua con el actual mercado de las aguas que rige nuestro país? ¿Cuáles son los desafíos que presenta Chile en gestión de recursos hídricos? Si no cobramos por el uso del agua, ¿cuál sería una solución alternativa?

Palabras clave: derecho humano al agua, acceso al agua potable, saneamiento, gestión de recursos hídricos.

Abstract

Water is an essential resource for life on the planet, and that is an irrefutable reality. Currently, it is being debated whether charging for drinking water is immoral since the right to access to drinking water and sanitation is considered a human right and, limiting it, violates human dignity. However, how do we reconcile the human right to water with the current water market that governs our country? What are the challenges that Chile presents in water resources management? ¿If we don't charge for the use of water, what would be an alternative answer?

Keywords: the human right to water, access to drinking water, sanitation, water resource management.

Introducción

El agua es un recurso esencial para la vida, no sólo para los seres humanos sino para todo ser viviente. El planeta Tierra es un lugar con mucha agua. Cerca del 70% de la superficie de nuestro planeta está cubierta de agua. El agua también existe en el aire en forma de vapor y en el suelo como hidratante de la tierra y en los acuíferos. Se ha calculado que la Tierra tiene una disponibilidad de agua de 1.386 millones de kilómetros cúbicos, de los cuales el 97,5% es agua salada, es decir, sólo el 2,5% es agua dulce (i.e. 35 millones de kilómetros cúbicos). Según Borja García Vázquez¹, todavía tenemos una deuda pendiente los países en materia de acceso al agua potable y saneamiento porque “(...) actualmente en el mundo 2.100 millones de personas carecen de agua potable en sus hogares, más de 4.200 millones no disponen de saneamiento seguro y 180 millones no tienen acceso a ninguna fuente de agua potable”. Como se puede ver, el agua es el elemento más abundante en nuestro planeta; sin embargo, el agua dulce-cruda es limitada y el agua potable-industrial es aún más escasa.

En efecto, a partir de estas cifras es posible cuestionarse si: ¿el agua debe ser considerada como un bien comercializable? O, por el contrario, ¿debe ser considerada como un derecho universal, inalienable a la persona por el simple hecho de ser tal? La primera pregunta, del agua como un bien transable, permite deducir una solución pragmática al problema, mientras que la segunda, el agua como derecho humano, es de índole moral. Y, junto con las preguntas anteriores, surgen nuevas interrogantes: ¿cuáles serían las consecuencias jurídicas y sociales que genera privilegiar la una por sobre la otra? Si el agua potable es considerada como un recurso esencial para la vida, entonces su acceso y consumo debería ser considerado como un derecho humano por ser un requisito para mantener una cierta calidad de vida y dignidad como seres humanos.

¹ GARCÍA VÁZQUEZ BORJA (2020): “La compatibilidad del derecho humano al agua con la legislación chilena: el reconocimiento latinoamericano de este Derecho”, Revista Ius et Praxis, Año 26, N° 3, 2020, pp. 172-194

Pero, ¿qué sucedería si no tuviésemos agua potable suficiente para abastecer a todos en una cantidad y calidad mínima acordada? Si el consumo de agua potable fuese considerado un derecho humano, entonces los Estados deberían garantizar el acceso y consumo del agua potable a toda su población, sin importar dónde vivan y lo que cueste llegar hasta ellos. Este concepto, llevado al absurdo, obligaría a un Estado a tener que llegar con agua potable a una persona que ha optado vivir como ermitaño en un lugar inaccesible de la cordillera. La falla del Estado en facilitar el ejercicio de un derecho como, en este caso, el consumo de agua potable podría ser entonces reclamado ante un tribunal.

De aceptarse la premisa que, el agua potable es un recurso limitado y escaso, resulta necesario establecer mecanismos de asignación y racionamiento del recurso, lo cual -por definición- tendría que limitar su distribución y acceso. Esta premisa, es la que justificaría la existencia de un “mercado de los derechos de uso y aprovechamiento de las aguas”, donde los títulos de agua son transferibles y comercializables mediante el mercado, es decir por el imperio de la ley de la oferta y la demanda.

Entonces, nos preguntamos si es ético que sea el mercado el que asigne y racione el recurso, tratándose en el caso del agua potable un bien esencial para la vida en el planeta. Aún cuando, otros productos son igualmente esenciales para la vida, como la comida, los medicamentos, la habitación o la educación, estos no han sido considerados como derechos humanos. La distribución y el acceso al agua potable es un problema que aún no resolvemos de manera definitiva. Si queremos alcanzar un cierto grado de desarrollo sostenible en el tiempo, debemos preocuparnos de cómo distribuimos los derechos de aprovechamiento de aguas, de manera equitativa, justa y eficiente. Para lo cual habría incluso que replantearse qué es lo que consideramos "justo", ya que hay regiones que necesitan el agua más que otras como la Segunda Región que es uno de los desiertos más áridos del mundo.

El objetivo principal de este artículo académico es proponer soluciones de asignación dada la falta de acceso al agua potable y el saneamiento. Se discutirá si el acceso al agua potable debe ser tratado como un derecho humano o “esencial de la persona”. Y si tenemos una responsabilidad como sociedad de distribuir de manera justa y equilibrada los derechos de

aprovechamiento de agua, junto con todas las consecuencias y los pros y contras de tal decisión. Junto con este objetivo, surge otro secundario del artículo académico que consiste en analizar las distintas fuentes de resolución de conflictos en materia de derechos de agua, especialmente en lo que se refiere al mercado de las aguas, el otorgamiento de derechos de aprovechamiento tanto consuntivos como no-consuntivos. Además, analizaremos las mejores prácticas internacionales en el tratamiento jurídico del agua. Y, qué opinan otras legislaciones mediante la doctrina y jurisprudencia sobre la controversia de que si el acceso al agua potable debiese ser catalogado como un derecho humano.

A modo de ejemplo, en España, ha sido ampliamente reconocido el derecho humano al agua y saneamiento, por diversos autores como Jorge González González² y Eduardo José Mitre Guerra, el primero establece que *“Hoy en día, el derecho humano al agua ha sido reconocido en un gran número de documentos internacionales, tales como tratados, declaraciones y otras normas. (...)”*.

Mientras que Eduardo José Mitre Guerra reconoce que el derecho humano al agua ha adquirido mayor fuerza en los últimos años, lo cual se ha venido consolidando mediante la ratificación de diversos tratados internacionales y, en sus propias palabras: *“A pesar de las dificultades que ha presentado su construcción jurídica, este va consolidándose como un derecho reconocido tanto en el Derecho internacional como en el Derecho positivo de diversos países.”*

² [González-González](#) González Jorge (2014): “El Acceso al Agua Potable Como Derecho Humano” , en Editorial Club Universitario (Edición 1), 340 pp.

1. El régimen jurídico del agua en Chile

En Chile las aguas son bienes nacionales de uso público, según el artículo quinto del Código de Aguas³ y, por lo tanto, sólo le pertenecen al Estado y no son apropiables por particulares. Además, el artículo 595 del Código Civil establece que: *“Todas las aguas son bienes nacionales de uso público”*, por lo tanto, no son apropiables por los particulares y pertenecen a la Nación. Estos particulares, sólo tienen un derecho de aprovechamiento sobre las aguas, pero, no tienen derechos de propiedad sobre las aguas propiamente tales. Su derecho de aprovechamiento sería la contrapartida que tienen los privados ante el poder omnímodo del Estado que posee el dominio absoluto, exclusivo y excluyente; es decir, monopolístico de las aguas en Chile. Los privados tienen entonces en Chile un derecho de propiedad real de aprovechamiento sobre las aguas y, sobre ese derecho de aprovechamiento, que es un activo, tienen propiedad sobre el mismo. Por lo tanto, este es un derecho susceptible a ser comercializado en el mercado. De ahí que exista lo que se denomina erradamente el “mercado del agua”. Este derecho de aprovechamiento es un derecho real, y es un bien distinto al de las aguas mismas y, por lo tanto, su estatus jurídico también es distinto. El derecho de propiedad en Chile está consagrado en la Constitución Política de la República. Es una distinción muy fina y técnica, que requerirá mayor análisis en los capítulos posteriores de este artículo académico.

1.1 El “mercado” de los derechos de agua en Chile

El Código de Aguas de 1981 fue creado con la finalidad de fomentar la inversión privada y que surja un mercado, donde existan transacciones de los derechos de aprovechamiento de aguas, que permita una circulación de capital y los derechos de aprovechamiento. De allí surgió el término “mercado de las aguas”, donde el precio de los derechos de agua se debería equilibrar mediante la oferta y demanda existente. A simple vista, esto parecería una solución bastante acertada y eficiente que permitiría un mejor acceso al agua a aquellos con una mayor disposición a pagar por ese recurso, de esa manera se crearían nuevos titulares de derechos de aprovechamiento junto a una distribución más equitativa del recurso hídrico. Este mecanismo funcionaría correctamente si hubiese un mercado perfecto, donde hubiese

³ DFL N°. 1122, CHILE, Código de Aguas de 1981.

muchos oferentes y muchos demandantes, donde las partes estuviesen en igualdad de posiciones, donde existiese una gran transparencia, bajos costos de transacción y un acceso perfecto a la información. Sin embargo, las transferencias de derechos de agua han sido relativamente escasas en Chile ya que los titulares de derechos de aprovechamiento han considerado más rentable mantener a perpetuidad en su poder dichos derechos, en vez de venderlos; ello incluso si no los están ejerciendo. La anterior retención es obviamente especulativa, pues los titulares apuestan que sus derechos valdrán mucho más en el futuro. No consideran, muchos titulares de derechos de agua, que existan suficientes beneficios o que el precio actual sea suficientemente alto para vender, deshacerse o transferir sus derechos de aprovechamiento. Tal consideración puede ser errónea puesto que las aguas, sobre las que tienen derechos de aprovechamiento, están disminuyendo producto del cambio climático en un territorio determinado, con lo cual el ejercicio real de sus derechos de agua se ve limitado en la práctica, lo cual debería afectar su precio a la baja. Esto constituye una falla de mercado que aún no ha podido ser corregida y que ha generado una distorsión en la distribución del acceso al agua.

En resumen, el agua es un bien nacional de uso público cuyo dominio le pertenece a toda la Nación, el agua no es apropiable como si fuese una casa o un auto. Sin embargo, si existe un derecho de propiedad de los privados, pero es sólo sobre los derechos de aprovechamiento y no sobre el agua propiamente tal.

1.2 La Dirección General de Aguas (DGA)

En Chile, la autoridad en materia de aguas es “La Dirección General de Aguas (DGA)”. Dicho organismo del Estado es el encargado de gestionar, verificar y difundir la información hídrica del país. Esta institución, verifica la cantidad y calidad, de las aguas, de las personas naturales y jurídicas que tienen acceso a los derechos de aprovechamiento de aguas, entre otras funciones que no serán todas enumeradas por no ser el núcleo central de este artículo académico. Las funciones de la DGA están indicadas en el D.F.L. N° 850 de 1997 del Ministerio de Obras Públicas⁴ y referidas a las que le confiere el Código de Aguas, D.F.L.

⁴. D.F.L. N° 850 de 1997.

N° 1.122 de 1981 y el D.F.L. MOP N° 1.115 de 1969. Y, dichas funciones de la DGA tienen por objetivo, contribuir a una mayor competitividad en el mercado y resguardo de la certeza jurídica e hídrica para el desarrollo sostenible. Deseo resaltar el término “mercado”. Según la RAE, un mercado es “sitio público destinado permanentemente, o en días señalados, para vender, comprar o permutar bienes o servicios”. Y existe un mercado de las aguas que será analizado más detalladamente en capítulos posteriores, donde se verán sus principales ventajas y falencias del sistema actual. Todo esto, con el fin de sugerir posibles soluciones.

1.1.1 Las principales funciones de la Dirección General de Aguas son⁵:

1. Planificar el desarrollo del recurso hídrico en las fuentes naturales, con el fin de formular recomendaciones para su aprovechamiento.
2. Constituir derechos de aprovechamiento de aguas.
3. Investigar y medir el recurso hídrico.
4. Mantener y operar el servicio hidrométrico nacional, proporcionar y publicar la información correspondiente.
5. Propender a la coordinación de los programas de investigación que corresponda a las entidades del sector público, así como de las privadas que realicen esos trabajos con financiamiento parcial del Estado.
6. Ejercer la labor de policía y vigilancia de las aguas en los cauces naturales de uso público e impedir que en éstos se construyan, modifiquen o destruyan obras sin la autorización del Servicio o autoridad a quien corresponda aprobar su construcción o autorizar su demolición o modificación.
7. Supervigilar el funcionamiento de las Organizaciones de Usuarios, de acuerdo con lo dispuesto en el Código de Aguas.

2. El derecho humano al agua consagrado a nivel internacional

Entre los primeros antecedentes del derecho humano al agua, tenemos la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua de 1977, que fue previa a la realización de la Cumbre de la Tierra. Esta conferencia había planteado la necesidad de reforzar la cooperación técnica

⁵ D.F.L. N° 850 de 1997.

internacional con respecto al desarrollo y aprovechamiento del agua. Se enfocaba en el agua no desde una perspectiva medioambiental sino desde una perspectiva económica del recurso hídrico, estableciendo que el agua es uno de los recursos que influyen en el desarrollo económico de un país. Se estableció en sus principios que *“Se debe prestar atención a la conservación y uso sensatos de los recursos hídricos en cada región, incluyendo la utilización justa y equitativa de las aguas de los ríos internacionales, lagos y acuíferos subterráneos, y la transferencia intra-cuenca de las aguas excedentes donde ello sea ambientalmente razonable y sea necesario para prevenir la desertificación”*. Sin embargo, a pesar de que dicha conferencia puso por primera vez al agua como tema central en la mesa de discusión, no estableció mecanismos de continuidad, planes de acción de cómo abordar a fondo la problemática de escasez hídrica, y sólo se pronunció sobre la importancia del agua a nivel socio-económico.

A pesar, que el agua es un elemento esencial para la vida, sólo fue mencionado en otras convenciones como en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979⁶, y en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, y no fue sino hasta 1992, en Dublín, donde se trató como tema principal el agua, en la “Conferencia Internacional sobre el Agua y el Desarrollo Sostenible”. Esta fue una reunión de carácter técnico y preparatoria para la Conferencia Internacional de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo. Dicha Conferencia, en su numeral 4, establece al agua como un bien económico, pero agregando que: *“En virtud de este principio, es esencial ante todo el derecho fundamental de todo ser humano a tener acceso a un agua pura y al saneamiento a un precio asequible”*. Dicha conferencia, adoptó el Programa 21 de acciones para poder alcanzar el desarrollo sostenible y, en su capítulo 18 se refiere a la protección y administración de recursos de agua dulce.

En 1994, se desarrolló la Conferencia Internacional de las Naciones Unidas sobre la Población y Desarrollo y, en su capítulo segundo, en el numeral dos se reafirman los objetivos de la Conferencia Internacional sobre el Agua y Desarrollo Sostenible, estableciendo que

⁶ Decreto N° 789 de 1997.

todas las personas deben tener acceso al agua, estableciendo que: *“Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido, vivienda, agua y saneamientos adecuados...”*

2.1 Consagración y contenido del Derecho Humano al Agua

El año 2010 se consagró el acceso al agua y saneamiento como un derecho humano, sin embargo, previo a dicho reconocimiento entre los hitos mas importantes están:

- A) La Observación General N° 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) del año 2002, que es un documento interpretativo del pacto.
- B) El Consejo de Derechos Humanos, que el año 2006, aprobó las directrices para la realización del derecho al agua potable y saneamiento.

Tanto la Observación General N° 15 del CDESC del año 2002⁷ como el Informe del ACNUDH establece el contenido del derecho humano al agua. Hay una consagración del acceso al agua potable como un derecho fundamental. Sin embargo, recién en el año 2010, con la resolución A/RES/64/292, se reconoció el derecho humano al agua. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del año 2002, se reunió para analizar el derecho al agua, en relación con la vinculación con los artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966. El Comité, en su Observación General N° 15, interpretó el alcance del párrafo 1 del artículo 11 de dicho Pacto, que establece que: *“Los Estados parte en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para si y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de sus condiciones de existencia”*. Dicho Comité, interpretó que el artículo consagraba el derecho de la persona a un nivel de vida adecuado para si y su familia. Hay allí, entonces, un contenido de dignidad y lo relacionó con la Observación General N°4 que se refiere al derecho a una vivienda adecuada. Si bien esto no fue explicitado, según las Naciones Unidas, se puede inferir que este concepto incluye las necesidades esenciales de la persona, incluyendo la salud y el acceso al agua por ser necesarios para la vida.

⁷ Observación General N° 15 del CDESC del año 2002.

El Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre el alcance y los contenidos de las obligaciones pertinentes en materia de derechos humanos relacionado con el acceso equitativo al agua potable y el saneamiento que imponen los instrumentos internacionales de derechos humanos significó un importante avance en el reconocimiento del derecho humano al agua. En el año 2006, la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, aprobó las directrices para la realización del derecho de agua potable y saneamiento. El objetivo, era asistir a gobiernos en la formulación de políticas, organismos internacionales y miembros de la sociedad civil en la aplicación del derecho de agua potable y saneamiento. Se establecieron planes de acción para solucionar la falta de acceso al agua potable y además se mencionó en dicho informe que, si bien el acceso al agua potable y saneamiento, hasta la fecha no era reconocido por los tratados internacionales de derechos humanos, si estaba contenido en la esencia de dichos tratados por el carácter esencial del agua para la vida en el planeta. La Oficina del Alto Comisionado, estableció que se requería de un reconocimiento institucional de la necesidad de agua potable y saneamiento, ya que es un derecho inherente a toda persona.

2.2 La Resolución A/RES/64/292 de la Asamblea General de las Naciones Unidas

El 28 de julio 2010, la Asamblea General de las Naciones Unidas dictó la Resolución **A/RES/64/292** denominada “*El derecho humano al agua y el saneamiento*”⁸. Dicha resolución tenía por finalidad elevar a la categoría de derecho humano con carácter de universal, el derecho al acceso al agua potable y saneamiento. La Resolución establece que: “*Reconociendo la importancia de disponer de agua potable y saneamiento en condiciones equitativas como componente esencial del disfrute de todos los derechos humanos (...)*”. Dicha asamblea, reconoció que el derecho al agua potable y saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida. Ya que está íntegramente vinculado con la dignidad humana. Para comprender mejor esto, es necesario conocer el contenido y características principales del derecho humano al agua.

⁸ EL DERECHO AL AGUA Y SU PROTECCIÓN EN EL CONTEXTO DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca “El derecho al agua y su protección en el contexto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” Germana Aguiar Ribeiro do Nascimento; Estudios Constitucionales, Año 16, N° 1, 2018 pp. 245-280, [recurso en línea, internet], Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v16n1/0718-5200-estconst-16-01-00245.pdf>

2.3 Contenido del Derecho Humano al Agua y sus principales características:

El derecho humano al agua, debe proteger especialmente a grupos que se encuentran en situación de vulnerabilidad como mujeres, niños, personas con discapacidad, ancianos, etc.

La definición del derecho humano al agua se estableció por primera vez en la Observación General N° 15 del CDESC del 2002, que indica que: *“El derecho humano al agua es el derecho de todos para disponer de agua suficientes salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico.”* Se debe mantener el acceso a un suministro de agua necesario para poder ejercer el derecho de agua. Además, no debe ser limitado producto de injerencias como sufrir cortes arbitrarios de suministro, o la no contaminación de recursos hídricos. Debe también, establecerse un sistema de abastecimiento y gestión del agua que ofrezca a la población iguales oportunidades para disfrutar del derecho al agua. Todos estos elementos deben ser adecuados para la dignidad, vida y salud humana. Además, la Observación establece que el derecho al agua debe cumplir con ciertas características:

- A) Ser suficiente
- B) Ser salubre
- C) Ser accesible
- D) Ser asequible

Que el agua deba ser suficiente, se refiere a la cantidad de recurso hídrico y establece que: *“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 comida, la preparación de alimentos, la higiene personal y doméstica”.* Se refiere entonces a la realización de labores mínimas que son esenciales para la vida, que se vinculan con el consumo, comestibles, etc...Sin embargo, no se refiere a una cantidad de agua en específico, sino que se deben establecer parámetros acordes a las características y necesidades de una población en particular. No obstante, la Organización Mundial de la Salud (OMS), establece que se requieren como mínimo entre 50 a 100 litros de agua por persona al día para cubrir las necesidades básicas y evitar problemas a la salud.

Que el agua deba ser salubre, se refiere a la calidad del recurso hídrico y las consecuencias que puede generar el consumo del agua para la salud. Por lo tanto, el agua debe ser limpia, potable, salubre, etc. La Observación N° 15 establece respecto de la calidad que: *“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”*. La salubridad es un parámetro subjetivo, que puede variar, sin embargo, la OMS estableció parámetros mínimos, definiendo al agua salubre como: *“aquella que no ocasiona ningún riesgo significativo para la salud cuando se consume toda una vida y está exenta de patógenos microbianos y sustancias químicas y radiológicas”*

El tercer requisito es la accesibilidad del recurso hídrico para lo cual se estableció que: *“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 debe ser física y no discriminatoria. En cuanto a la accesibilidad física se refiere a que el agua debe estar al alcance de todos, no sólo en el hogar sino además en establecimientos educacionales o lugares de trabajo. La OMS establece que existe una distancia razonable cuando hay una correlación entre el acceso físico y la cantidad suficiente de agua potable para satisfacer uso personales y domésticos. Como se puede ver, la OMS, en ningún momento se refiere al uso del agua en la agricultura o ganadería como usos del derecho humano al agua, de tal manera que podríamos interpretar que no se consideran esas actividades económicas, incluso si se practican a nivel de subsistencia, como parte del derecho humano al agua, sino como un uso productivo. (como veremos en el capítulo posterior en las sentencias de Corte Suprema).

Según Germana Aguilar Ribeiro⁹, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, comprende que: *“el derecho a la vida corresponde no sólo al derecho de todo ser humano de no ser privado de ella arbitrariamente, sino también el derecho de que no se creen condiciones que le impidan o dificulten el acceso a una existencia digna (...)”*

⁹ Germana Aguiar Ribeiro Do Nascimento (2018): “El derecho al agua y su protección en el contexto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Estudios Constitucionales, Año 16.N° 1 2018,pp.245-280

La no discriminación se refiere al deber de los Estados Parte de garantizar el derecho al agua, sin discriminación alguna, ya sea por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, o de cualquier otra índole. Una pregunta que surge es si se puede considerar como una discriminación la capacidad económica para acceder al agua o si ésta debiese ser totalmente gratis. Pues la gratuidad del agua sería la única forma de asegurar que no hubiese ningún tipo de discriminación económica. Sin embargo, no es lo mismo una discriminación arbitraria que una discriminación económica. Y, la Observación General N° 15 indica que el agua y los servicios e instalaciones de agua *“deben ser accesibles a todos de hecho y de derecho sobre todo a los sectores más vulnerables y marginados de la población”*. Además, debe haber acceso a la información relativa al recurso hídrico que comprende solicitar, recibir, y difundir información sobre las cuestiones del agua.

El requisito de ser asequible implica que el agua, sus instalaciones y servicios se encuentren al alcance de todos, económicamente hablando, es decir, que se pueda adquirir. El agua debe ser pagable por la población y no debe comprometer ni poner en peligro el ejercicio de otros derechos reconocidos por el Pacto. Sin embargo, en ningún momento se refiere a que el agua potable deba ser gratuita, sino que debe poder estar económicamente al alcance de todos. No indica que no se pueda cobrar por su provisión.

3. EL derecho al saneamiento

Para entenderlo, nos referiremos a la definición que entregó el año 2006 la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, que entiende, este derecho como: *“El derecho de toda persona de acceder a un servicio de saneamiento adecuado y seguro que proteja la salud pública y el medio ambiente”*¹⁰. Sin embargo, esta definición fue complementada por las observaciones del Informe de la Oficina del Alto Comisionado del 2007. Dicho Informe se refiere a posibilidad de que la prestación de servicios de agua y los servicios de saneamiento puedan ser ejercidos por el sector privado. Sin embargo, los Estados deben reglamentar y supervisar a los proveedores privados. Recién en el año 2016, se independizó el derecho de saneamiento del derecho del derecho al acceso al agua potable.

¹⁰ EL DERECHO AL AGUA, Ginebra. Naciones Unidas, 2006.

Entre los antecedentes, está la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas que, en su objetivo número 6 denominado “*agua limpia y saneamiento*”, establece dentro de sus metas lograr el acceso a servicios de saneamiento e higiene adecuados y equitativos para todos. Respecto del derecho al saneamiento surgió la necesidad de potenciarlo como un derecho con contenido propio distinto y separado del derecho al acceso al agua potable. Lo cual se tradujo en una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de fecha 22 de febrero del año 2016. La resolución 70/169 dio una nueva definición de derecho a saneamiento al establecer que: *“Toda persona, sin discriminación, tiene derecho al acceso, desde el punto de vista físico y económico, en todas las esferas de la vida, a un saneamiento que sea salubre, higiénico, seguro, social y culturalmente aceptable y que proporcione intimidad y garantice la dignidad”*. Sin embargo, a pesar de ser derechos distintos, el saneamiento y el acceso al agua potable, la resolución establece que existe una estrecha correlación entre los mismos. Según Alejandro Vergara Blanco , el derecho a saneamiento es: *“(…) un aspecto esencial para un desarrollo humano apropiado, para la salud y la protección del medio ambiente; es, además, una tendencia internacional. El “derecho al saneamiento” como tal no está aún reconocido oficialmente como exigible, pero existen diversas normas que están ligadas a él.”*¹¹

Luego de analizar el acceso al agua potable y saneamiento, mencionaremos las principales obligaciones que se comprometieron los Estados en relación con el derecho humano al agua, dichas obligaciones se encuentran establecidas en la Observación General N° 15 del CDESC. Las cuales son: la obligación de respetar, la obligación de proteger, la obligación de cumplir y otras obligaciones.

3.1 La obligación de respetar exige que los Estados Parte se abstengan de injerirse directa o indirectamente el ejercicio del derecho al agua. Y, dentro de dichos deberes y restricciones que se autoimponen los Estados, tenemos:

¹¹ Vergara Blanco Alejandro (2015): “El acceso al agua potable y al saneamiento ante el derecho chileno”, 189-217pp.

- A) El abstenerse de prácticas o actividades que denieguen o restrinjan el acceso al agua
- B) El inmiscuirse arbitrariamente en los sistemas consuetudinarios o tradicionales de distribución de aguas
- C) El reducir o contaminar ilícitamente las aguas
- D) El limitar el acceso a los servicios e infraestructuras de suministros de agua o destruirlo como medidas sancionatorias o punitivas

3.2 La obligación de proteger exige a los Estados Parte, que impidan que terceros menoscaben de cualquier modo el disfrute al derecho de agua. Y, además, los Estados deben adoptar todas las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para impedir que terceros denieguen el acceso al agua potable.

3.3 La obligación de cumplir se refiere a facilitar, promover y garantizar el acceso al agua. Facilitar se refiere a que se adopten las medidas que permitan y ayuden a los particulares o comunidades ejercer su derecho al agua. Promover, se refiere a que el Estado Parte, debe difundir la información adecuada sobre el uso higiénico del agua, protección de las fuentes del recurso hídrico y promover la reducción de desperdicios. La obligación de garantizar se refiere que el rol subsidiario del Estado, específicamente en el caso que los particulares no tengan las condiciones o por razones ajenas a su voluntad no puedan ejercer por si mismos los derechos de agua. Entre dichas medidas, las más importantes son:

- Adoptar una estrategia y plan de acción nacional en materia de recursos hídricos
- Velar por la asequibilidad del agua
- Facilitar un mejor acceso en las zonas rurales y zonas urbanas desfavorecidas o grupos vulnerables

3.4 Las otras obligaciones se refieren a obligaciones internacionales que corresponden a aquellas acciones que los Estados Parte deben desarrollar con el propósito de aumentar la colaboración y trabajo comunitario para lograr el acceso humano al agua y saneamiento.

Las obligaciones internacionales principales son:

- Los Estados Parte se deben abstener de cualquier medida que obstaculice directa o indirectamente el ejercicio del derecho de agua potable de los demás países. Ya que se trata de un ambiente y compromiso de cooperación internacional.
- Los Estados Parte deben adoptar las medidas para impedir que sus propios ciudadanos o empresas violen el derecho al ejercicio de agua potable de las personas de otros países.
- Y, además, se establece la obligación de facilitar la realización del derecho al agua en otros países como la facilitación de recursos hídricos, asistencia financiera, etc.

Además de las obligaciones internacionales, se establecen unas obligaciones básicas que deben cumplir todos los Estados que forman parte del Pacto, como, por ejemplo, garantizar el acceso al agua en una cantidad mínima esencial, que debe ser suficiente y apta para el uso personal, consumo doméstico y prevenir enfermedades. Otra obligación básica consiste en garantizar el acceso físico a instalaciones o servicios de agua y que se proporcione un suministro que sea suficiente y regular. Y, además, que deben velar por una distribución que sea equitativa en las instalaciones y servicios de agua.

4. El derecho humano al agua y fallos de la Corte Suprema que se refieren al deber del Estado de abastecer de agua potable a la población.

El Código de Aguas de 1981¹², en su artículo primero divide a las aguas en marítimas y terrestres, siendo estas últimas las que se aplicarán a dicho Código. El título segundo se

¹² DFL N° 1122 de 1981.

refiere al dominio y aprovechamiento de las aguas. Y, el artículo quinto define a las aguas como bienes nacionales de uso público, o sea que pertenecen a la Nación plena. El artículo sexto se refiere al derecho de aprovechamiento de aguas que, como sabemos, es transable en el mercado. Sin embargo, el Código de Aguas actualmente vigente no se refiere al derecho humano al agua, y trata al recurso hídrico a través de los derechos de aprovechamiento solamente como un bien apropiable. Por eso, existe un proyecto de reforma al Código de Aguas, iniciada en marzo del 2011.

El proyecto, en su versión actual, busca modificar el concepto de derechos de aprovechamiento de aguas, con el objeto de darles un carácter temporal (los derechos ya no serían a perpetuidad), donde se busca priorizar el consumo humano. Esto se relaciona mucho con el concepto de derecho humano al agua, donde Chile ha suscrito diversos tratados internacionales vinculantes que reconocen el derecho humano al agua. La pregunta es si es necesario una reforma sustancial al Código de Aguas porque, como veremos a continuación, a nivel de jurisprudencia podríamos decir que ya se está aceptando que el agua potable es un derecho que tiene la persona por su carácter de dignidad. Ya que la Corte Suprema se ha pronunciado sobre este tema en diversas sentencias.

3.5 Análisis de Sentencias de la Corte Suprema, en relación con el derecho humano al agua

Las sentencias dictadas por la Corte Suprema establecen la obligación del Estado de proveer agua a una población. A continuación, se verá el caso de Nogales y de Petorca.

4.1.1 Sentencia de la Corte Suprema, Nogales / Anglo American

Tenemos la sentencia de fecha 18 de enero 2021, de la Corte Suprema, en la causa rol N° 72.198-2020, Nogales / Anglo American. Entre los antecedentes está el caso de la comunidad de Nogales¹³, en el cual, producto de las movilizaciones sociales del año 2019 se presentó un recurso de protección. Lo cual generó resistencia entre las autoridades de las mineras Anglo

¹³ Sentencia de fecha 18 de enero 2021, de la Corte Suprema, en la causa rol N° 72.198-2020, Nogales / Anglo American. [recurso en línea, internet], Disponible en: <https://media.elmostrador.cl/2021/07/Sentencia-C-Suprema-revoca-1.pdf>

American S.A y El Salvador. Entre los antecedentes se menciona que, el 5 de noviembre 2019 el Grupo de la Comunidad Nogales se tomó los pozos de Anglo American. Y, en enero 2020, se desalojó dicho Grupo mediante el uso de la fuerza pública. Luego se presentó un recurso de protección en contra de Anglo American S.A, ya que había supuestos abusos contra los derechos fundamentales de los miembros de la comunidad. Ello debido a que la extracción de agua por parte de las mineras habría producido un descenso de las napas subterráneas. La pregunta de fondo era, si se estaba en presencia de un problema jurídico o técnico. La respuesta es que es un problema técnico, no jurídico. La napa freática había descendido y los pozos destinados a la comunidad quedaron secos. Se entregaron informes y ello gravita el desenlace de la sentencia de primera instancia. La DGA, establece que Anglo American Sur S.A. posee derechos de aprovechamiento de agua de hasta 400 litros x segundo, En cambio los derechos de la población son de sólo 50 litros x segundo. Sin embargo, Anglo American, tiene sólo autorización de usar hasta 190 litros por segundo. Anglo American informa que, mediante ayuda comunitaria, canalizaban a través de la Municipalidad, agua a las comunidades. Sin embargo, considerando problemas de eficiencia en el uso del agua, informes y alegatos de las partes, la Corte de Apelaciones rechaza el recurso de protección.

La Corte Suprema hace un análisis del derecho humano al agua y concluye que, el Estado de Chile tiene la obligación de asegurar un cierto nivel mínimo de agua a su población. Hay una obligación de proveer a lo menos 100 litros por habitante al día. Y obliga al Ministerio del Interior a modificar las partidas presupuestarias para lograr que la municipalidad pueda comprar suficiente agua para el consumo humano. Por tanto, la Corte Suprema concluye que Anglo American no tiene ninguna responsabilidad con la Comunidad de Nogales frente al desabastecimiento hídrico, siendo ésta una responsabilidad de la Municipalidad. Mediante este fallo la Corte Suprema sienta así un precedente de que es el Estado quien debe abastecer de agua potable a sus ciudadanos.

La pregunta es **¿Se tiene un derecho humano al agua o si hay que participar en un mercado del agua?** Y si estos conceptos son excluyentes el uno del otro, y si se invalidan mutuamente. Con esta sentencia, la Corte Suprema ordena a la Municipalidad a comprar los

derechos de aprovechamiento de agua necesaria para abastecer la población. ¿Cuál es el límite del Estado y alcance de los particulares? No parece que el Estado pueda ser capaz de resolver todos los problemas a nivel local. Hay países en que el agua es un recurso que provee directamente el Estado, como en caso de Honduras, pero, el Estado de dicha nación no tiene los recursos ni la capacidad de proveer a todos sus habitantes, en la misma cantidad ni calidad de agua. O sea, un mercado del agua en si, no es malo per-se, sino que ello depende de si el mercado está funcionando de la manera correcta. Ya que, en Chile, la legislación está anclada al derecho de aprovechamiento de aguas, la disponibilidad del agua en realidad es una disposición diaria y variable en el tiempo. Y, en nuestro país, la gestión del agua la realizan los privados, organizados mediante comunidades de usuarios. En la nueva Constitución no deberían afectarse los derechos de agua ya inscritos, pero igual considero que debería haber un reconocimiento explícito del derecho humano al agua. Sin embargo, el reconocimiento del derecho humano al agua no implica que no pueda existir un mercado del agua para las actividades productivas como la minería, la agricultura o la ganadería.

El fallo de la Corte Suprema se basó en los tratados internacionales suscritos por Chile. Por ejemplo, en junio 2010 la Asamblea de las Naciones Unidas establece el Derecho Humano al agua y saneamiento. Instituyendo un catálogo de derechos humanos y definiendo en qué consiste el derecho humano al agua. Este derecho consiste en tener acceso a una cantidad mínima diaria de agua potable. Especificando un consumo diario de entre 50 y 100 litros por persona, además detalla que el agua debe ser sanitariamente segura y accesible físicamente, lo cual implica que una fuente de obtención del agua debe estar a una distancia inferior a los 1000 metros contados desde su zona de captación, lo cual significa que el trayecto debe ser de menos de 30 minutos a pie. Desde el año 2010 el acceso humano al agua ha estado más presente en nuestra discusión parlamentaria. La ratificación por parte del Estado de Chile de diversos tratados internacionales implica obligaciones vinculantes.

La Corte Suprema en su numeral séptimo, establece: *“Que el Estado de Chile, al ratificar diversos Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos y otros instrumentos propios del derecho Internacional, ha adquirido voluntariamente una serie de obligaciones que resultan vinculantes (...)”*. Adicionalmente, Chile va a tener que seguir adhiriendo a

tratados vigentes como la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual establece que “El agua debe tratarse como un bien social y cultural, no económico”.

Otro tratado internacional mencionado por la Corte Suprema para fundar su sentencia es la Convención Interamericana de Personas Mayores, que fue ratificada por Chile el 1 de septiembre del año 2017, en la cual se establece en su artículo 25 el derecho a un medioambiente sano y, en su inciso “b” de dicho artículo, establece “*Garantizar el acceso de la persona mayor en condiciones de igualdad a servicios públicos básicos de agua potable y saneamiento, entre otros*”. Otro tratado mencionado es la Convención de Derechos del Niño, que se refiere también al agua como un requisito fundamental para la vida y dignidad de las personas. Además, la Corte Suprema ha precisado en su considerando octavo, que el derecho humano al agua comprende los usos personales y domésticos como la comida, la higiene, etc. Pero no considera el agua para la agricultura y pastoreo como parte del derecho humano. Textualmente la Corte Suprema establece: “*Asimismo, ha precisado que este derecho comprende sólo los usos personales y domésticos, esto es, consumo, lavado de ropa, preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica*”

La Corte Suprema, además menciona en sus considerandos, que la OMS, establece que se deben entregar entre 50 a 100 litros diarios por persona. El considerando décimo tercero establece que, toda persona por su dignidad de tal tiene derecho al acceso al “agua potable” en condiciones de igualdad y no discriminación. Es decir, que ningún individuo o grupo debería verse privado del acceso a agua potable por no poder pagarla. Y, que es deber del Estado garantizar dicha provisión de agua potable. Además, indica que el agua potable es un producto elaborado por el hombre, por lo tanto, debe ser producido por alguien. Aclarando que el derecho de los seres humanos es al agua potable para su consumo, pero no para el saneamiento o regadío. También la OMS establece categorías y grupos con derechos preferentes al agua, como son la gente pobre en zonas rurales, mujeres, niños, personas con discapacidad, pueblos indígenas, etc.

El Instituto Nacional de Derechos Humanos interpuso un recurso de protección, ya que a la población se le daban sólo 50 litros diarios de agua y, según el Instituto, deben ser, a lo

menos, 100 litros diarios por persona. La Corte Suprema en la sentencia, en su considerando duodécimo establece que es *“deber del Estado garantizar el acceso de los recurrentes y de la población al agua, en una proporción no inferior a 100 litros diarios por persona (...)”*

El problema con esta sentencia es que podría interpretarse como un activismo judicial por parte de la Corte Suprema donde, en base a sus fallos, podría estar influyendo en las políticas públicas. Por ejemplo, si en un fallo la Corte Suprema estableciese que la salud es lo más importante, entonces en el caso de una persona con una enfermedad terminal, no importaría el costo de su tratamiento, puesto que el Estado deberá financiarlo sine qua non. En el caso del agua, ahora todas las municipalidades deberán financiar cómo sea el cumplimiento de la cuota de “a lo menos 100 litros diarios de agua potable por persona”, ello sin importar la ubicación de esa persona. Este considerando genera un precedente jurídico, ya que uno podría argumentar que todas las municipalidades, y no sólo el municipio de Nogales que fue objeto del fallo, debe cumplir con esta garantía estatal del acceso humano al agua. Se podría argumentar que, con este fallo, la Corte Suprema abrió una caja de pandora, al no indicar de dónde debe salir el agua para dar los 100 litros diarios por individuo, ni la manera de captar dicha agua, ni la forma de financiar dichas inversiones. Obviamente, la Corte Suprema, no puede decir de dónde las municipalidades deben conseguir los fondos o cómo financiar los costos para proveer tal derecho humano al agua.

Lamentablemente, el Estado de Chile, no tiene las herramientas, ni el presupuesto para abastecer de agua potable a todos sus habitantes, en la misma cantidad, calidad y en todo su vasto territorio. También, la Corte Suprema con su fallo estaría indirectamente pasando a llevar las atribuciones del Congreso Nacional en el Proyecto de Ley que modifica al Código de Aguas, el cual se refiere al agua como un derecho humano (cuando es para consumo personal). Con este fallo la Corte Suprema, estaría indicando que no habría nada que modificar en el Código de Aguas ya que Chile voluntariamente se sometió a los tratados internacionales que reconocen el derecho humano al agua, lo cual sería jurídicamente vinculante. El tema del derecho humano al agua será un tema que obviamente deberá verse en la redacción de la nueva Constitución.

4.1.2 ¿Si la sentencia de la Corte Suprema ordena a las municipalidades el derecho humano al agua potable, de donde saldrán dichos recursos?

Según la sentencia, ya existiría un derecho humano al agua potable en Chile y serían los municipios los que ahora deberían garantizar el abastecimiento del agua a su población. Entonces, se deberá recurrir a los fondos municipales para su financiamiento. Por otro lado, en el mercado, el precio del derecho de agua es fluctuante y la actual Ley de Municipios tampoco establece dicha obligación. Si bien el derecho al agua puede ser cierto, ello no significa que dicha agua deba ser provista gratis. Mas bien indica que su consumo debe ser asequible, es decir, puede haber un precio, pero éste debe ser razonable. Luego salta inmediatamente la pregunta, ¿qué sería un precio “razonable” y en qué localidad?

Los fallos sobre la situación de Nogales y Petorca establecen la obligación subsidiaria del Ministerio del Interior de recabar fondos del Fondo de Emergencia. Tales fondos se entregarían a la municipalidad para adquirir los derechos de aprovechamiento de agua. Otra pregunta es, si hay algún interesado en venderlos. Desde ahora los municipios, con fondos del Estado y de los particulares deberían pagar por el agua. La gran interrogante es, cómo se extrapola esto a nivel nacional y hasta dónde llega la responsabilidad del Estado y de los municipios. Una situación que no puede resolverse simplemente con más camiones aljibes. Según el Director General de Obras Hidráulicas, para solucionar el problema específico de Nogales habría que comprar 36 litros por segundo adicionales, lo que equivale a 500 millones de pesos en nuevos derechos de aguas. Con esto, se podría concluir que el Estado tiene los recursos y herramientas para resolver los problemas de Nogales y Petorca, pero ciertamente no tiene la capacidad para resolver los problemas de cada persona en todo el territorio nacional. Por ejemplo, en un documental titulado “Petorca, cuando el río suena”¹⁴ relativo a la situación de escasez hídrica de Petorca, varias personas apelaban a su derecho al agua, pero no la querían para su propio consumo, sino que la requerían para su actividad agrícola y ganadera. Si bien ello refleja un problema de pobreza rural y de una agricultura de subsistencia, ello no constituye el derecho humano al agua.

¹⁴ Documental “PETORCA cuando el río suena | Documental de Fundación Superación de la Pobreza - SERVICIO PAÍS”. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=PPnqk-PyFC8>

El citado fallo no establece soluciones concretas, ni tampoco le corresponde hacerlo a la Corte Suprema. Por ejemplo, podría haberse referido al establecimiento de un sistema de agua potable rural a través de la Dirección de Obras Hidráulicas, pero para lograrlo se necesitan derechos de aprovechamiento. La pregunta es, cómo se hace para conseguir nuevos derechos de aprovechamiento en cuencas agotadas. Una solución sería la expropiación de derechos de aprovechamiento, pero a quién se expropia, en qué cantidad y cómo se le compensa. La expropiación no sería una solución viable pues atenta contra el derecho de propiedad. Otra alternativa consistiría en que el Estado compre derechos de aprovechamiento, pero ello queda supeditado a que alguien quiera vender libremente sus derechos de aprovechamiento.

4.1.3 La sentencia de la Corte Suprema, 23 de marzo 2021, Rol N° 131.141-2020.

Entre los antecedentes se indica que, en la comunidad de Petorca¹⁵, se constituyen en el acuífero 20 litros por segundo. Pero el problema es que no hay agua disponible y se deben modificar los estándares legales y administrativos para resolver el problema. En el considerando undécimo, la Corte Suprema establece que el derecho al agua se debe garantizar mediante ciertos requisitos que son: a) la disponibilidad del recurso hídrico, donde el abastecimiento debe ser continuo y suficiente, b) la calidad, el agua debe ser salubre y exenta de sustancias que impliquen un riesgo para la salud, c) la accesibilidad, donde las personas deben acceder al agua en condiciones de igualdad y no discriminación. Y, d) el último requisito consiste en que las personas tienen derecho a la información completa y cabal de asuntos relativos al uso del agua. En el considerando décimo tercero, la Corte establece que *“De las disposiciones recientemente citadas, emerge nítidamente una conclusión irredarguable: toda persona, por su dignidad de tal, tiene el derecho humano al agua potable (...)”*

¹⁵ Sentencia de la Corte Suprema, 23 de marzo 2021, Rol N° 131.141-2020. [recurso en línea, internet], Disponible en: <https://www.diarioconstitucional.cl/wp-content/uploads/2021/03/131.140-2021PROTECCION-AGUA-PETORCA-SUPEMA.pdf>

La responsabilidad administrativa de obligación de saneamiento es del Estado, no de los privados y se debe analizar las estructuras operacionales. Y concordarlos con los principios rectores de los derechos humanos. Se debe analizar si hay operaciones que afecten derechos a las cadenas de suministro del agua. Por ejemplo, el caso del cultivo de paltas, donde estas eran producidas requiriendo de un alto consumo de agua, en perjuicio de las comunidades de Petorca, y afectando su derecho humano al agua. Los paltos recibían mayor cantidad de agua diaria que las personas de la población. Si bien los productores de palta tenían derechos de consumo suficientes y los ejercían de acuerdo a la Ley, surge la pregunta de ¿Cómo los árboles pueden tener mayor acceso o derecho al agua que los seres humanos? Esta fue la pregunta que generó toda esta discusión. La situación de Petorca¹⁶ *“no puede resolverse solo trayendo una mayor cantidad de camiones aljibes, hay que tomar medidas más drásticas(...)”*

5. Cómo se ha tratado por nuestra legislación nacional el derecho humano al agua

Según la Agenda 2030 de las Naciones Unidas, sobre los Objetivos del Desarrollo Sustentables (ODS)¹⁷. El sexto objetivo consiste en garantizar la disponibilidad y gestión sostenible del agua y saneamiento para todos.

Para la cual, nuestra legislación cuenta con distintos instrumentos, siendo los principales:

1. Ley N° 18.902, de 1990 que crea la Superintendencia de Servicios Sanitarios
2. Ley N° 18.778 de 1989, que establece el subsidio al pago de consumo de agua potable y servicio de alcantarillado
3. Ley N° 19.949 que establece en 2004 el Sistema de Protección Social denominado Chile Solidario

¹⁶ Documental “PETORCA cuando el río suena | Documental de Fundación Superación de la Pobreza - SERVICIO PAÍS”. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=PPnqk-PyFC8>

¹⁷ Agenda 2030 de las Naciones Unidas, sobre los Objetivos del Desarrollo Sostenible (ODS)

4. Ley N° 18.450 de 1985 para el fomento de la inversión privada en obras de riego y drenaje
5. Proyecto de Ley de Reforma al Código de Aguas (Boletín N° 7543-121)
6. Ley N° 20.998 del año 2017 de Servicios Sanitarios Rurales

Sólo abarcaré a modo de ejemplo algunos de estos cuerpos legales para destacar cómo hemos incluido el derecho humano al agua en nuestro país. Por ejemplo, la **Ley N° 18.778 de 1989**, establece el subsidio al pago de consumo de agua potable y servicio de alcantarillado. Dicha ley, consiste en un descuento en la cuenta mensual de suministro de servicios de agua potable y alcantarillado y tratamiento de aguas servidas para algunos individuos vulnerables. Si el agua fuese totalmente de acceso gratuito, surge la pregunta ¿Quién pagaría el costo final? ¿Sería el Estado o los privados quienes financian las inversiones en infraestructura para dar agua potable y alcantarillado? Porque, aunque suene bien tener agua potable gratis, ello no es acceso humano al agua. Una gratuidad no sería responsable con un recurso escaso como lo es el agua. Creo que se debe pagar por su consumo, pero debe ser un precio asequible y justo y sólo por una cantidad mínima garantizada. Pero una gratuidad total generaría más problemas que soluciones.

El segundo ejemplo, consiste en el **Proyecto de Ley de Reforma al Código de Aguas (Boletín N° 7543-121)**¹⁸. La razón porque creo que la Corte Suprema, en los fallos anteriormente mencionados al inicio de este capítulo, se está dando atribuciones que no debería, se debe a que ya existe este proyecto de ley que busca reformar al Código de Aguas. Y, la Corte Suprema al establecer en sus sentencias el derecho humano al agua y establecer una cantidad mínima de 100 litros diarios por persona que deben proveer las municipalidades, se está adelantando o realizando una labor que le corresponde al ejecutivo no al poder judicial. El proyecto reconoce y ampara las funciones y usos del agua, donde se prioriza el consumo humano y el saneamiento. Se reafirma el carácter del agua como un bien nacional de uso público y la utilización eficiente del recurso hídrico. Si analizáramos todos los instrumentos de la agenda 2030 que se refieren al Objetivo número 6, nunca se menciona la gratuidad del agua, sino subsidios, ayudas, fomento a la inversión, etc. Incluso si el agua en

¹⁸ Proyecto de ley que reforma el Código de Aguas; (BOLETÍN N° 7.543-12), CHILE 144 págs.

Chile es considerada un derecho humano, ello no significa que deba ser gratis, sino que se deben dar los medios para que se pueda acceder al agua y al saneamiento. Por lo tanto, el mercado de las aguas no se contraponen al derecho humano al agua como a simple vista parecería, sino que, si es bien llevado este mercado, podría complementarlo, pero para eso se requieren ciertas mejoras al significativo sistema. A modo ilustrativo, el Banco Mundial en su informe “Diagnostico sobre la Gestión de Recursos Hídricos”, de fecha 31 de marzo de 2011¹⁹, realizó un análisis de cuales son las principales falencias del mercado de aguas en nuestro país. Mencionaré brevemente los principales problemas que sufre el mercado de aguas en Chile, sin embargo, por el límite de la extensión del trabajo solo serán listados:

Principales problemas del mercado del agua en Chile:

1. La falta de regulación y derechos de agua no formalizados
2. Mejorar la protección de los requerimientos hídricos para fines ambientales
3. Mejorar los mercados de aguas y disminuir la especulación
4. El sobre-otorgamientos de los derechos de agua

Posteriormente otro Informe del Banco Mundial, en un estudio posterior de fecha 28 de junio 2013²⁰, estableció cuáles son las posibles soluciones a los problemas del mercado de aguas en Chile, porque si el mercado funcionara, entonces sería mucho mas fácil lograr el acceso al agua potable y saneamiento y cumplir con el derecho humano al agua. Sólo mencionaré las siguientes recomendaciones que ofrece el Banco Mundial:

1. El mejoramiento dentro de la institucionalidad vigente
2. Mejoramientos que requieren nuevos reglamentos o modificaciones a los reglamentos existentes
3. Mejoras que involucran cambios administrativos reglamentarios y legales de mayor profundidad que pueden incluir la modificación sustancial y/o la creación de nuevas

¹⁹ Diagnostico sobre la Gestión de Recursos Hídricos, Banco Mundial del 21 de marzo 2011.

²⁰ Estudio para el mejoramiento institucional para la gestión del agua, documento del Banco Mundial, 28 de junio 2013.

instituciones y reasignación de competencias. Para lo cual se propone a la creación de nuevas instituciones con incluso mayor autoridad en materia de aguas que la propia DGA. Como, por ejemplo, la creación de una Subsecretaría de Recursos Hídricos o la Agencia Nacional del Agua.

El Banco Mundial en el dicho informe, destaca que un problema constante en nuestra legislación es la falta de regulación de derechos de aprovechamiento y esto influye negativamente en que podamos cumplir con el derecho humano al agua. Yo creo que, para resolver el tema y tener un Catastro Público de Aguas, que refleje realmente la situación de los derechos de agua en Chile, la DGA debe generar incentivos o desincentivos suficientes. Porque si el mercado funcionara y desaparecieran las mayores fallas, podríamos dar un mayor acceso al agua potable y saneamiento.

5.1 El Precio del agua

Muchos gobiernos son reacios a fijar un precio al agua como otros bienes, ya que genera un mercado negro paralelo. Algunos ven la gratuidad del agua como un derecho, pues consideran inmoral y atentatorio contra el derecho a la vida y dignidad del ser humano el tener que pagar por el agua. A modo de ejemplo, en el documental “How The Rich Are Stealing The World's Water (Water Shortage Documentary) | Earth Stories”²¹, se critica fuertemente el que los gobiernos cobren un precio o tarifa por el uso del agua y se propone que el acceso al agua potable debería ser totalmente gratuito para todos los habitantes. Y, otro caso parecido al anterior es el documental “Why are We Running Out of Drinking Water?”²², donde se establece que existe un monopolio u oligopolio de distintas transnacionales que se están acaparando con los derechos de aprovechamiento de agua de diversos países, lo cual ha generado pobreza y mala salud en varias zonas.

Sin embargo, si recordamos los fallos analizados anteriormente, la misma Corte Suprema, se pronunció que puede existir un precio al agua, pero “debe ser accesible y justo”. O sea, la

²¹ Documental “How The Rich Are Stealing The World's Water (Water Shortage Documentary) | Earth Stories”, [recurso en línea, internet], Disponible: <https://www.youtube.com/watch?v=uftXXreZbrs>

²² Documental “Why Are We Running Out Of Drinking Water? | Avoiding Apocalypse | Earth Stories”, [recurso en línea, internet], Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=KvLyrFS2q1M>

idea del mercado de aguas no se contraponen directamente al derecho humano al agua, sino que se deben complementar mutuamente. Creo, que existe una idea bien intencionada, pero en última instancia equivocada, de que al no cobrar por el agua se ayuda a los grupos más vulnerables. Pero cuando una Nación no obtiene los precios adecuados para el agua, es probable que se termine con una asignación incorrecta del recurso escaso. Creo que el mercado de las aguas cumple una función muy importante en la asignación de recursos hídricos. Si el agua fuese un bien abundante e inagotable como el aire, probablemente no se necesitaría un mercado de las aguas. Pero los mercados, son la solución pragmática a la escasez de cualquier recurso, también los hídricos. Un mercado bien regulado no es una solución de carácter moral sino racional, que nos puede servir para alcanzar mejor el derecho humano al agua.

Para establecer un precio correcto y justo, primero es importante que los incentivos sean los adecuados, en particular mediante una reforma en el mercado de los derechos de agua, actualizar dicho mercado y modernizarlo. Esto puede generar la racionalización en el uso del agua, promover las inversiones necesarias y proteger a los pobres.

En segundo lugar, el enfoque más conveniente para reformar los precios del agua variará de un país a otro, dependiendo del acceso asegurado de los pobres a la red de agua existente y la capacidad administrativa. Creo que hay que quitar el romanticismo no sólo al Derecho de Aguas, sino al Derecho Ambiental en general. Varias veces, he observado que el Derecho Internacional y la Convención Interamericana de Derechos Humanos, en sus discursos hablan de derecho humano al agua, que todos deben tener acceso al agua ya que es esencial para la vida. Pero no mencionan, que se trata de un recurso escaso, así que querámoslo o no hay que limitarlo, para que exista una eficiente asignación y distribución del recurso.

Sé que suena más grandilocuente hablar en abstracto que “todos tenemos derecho al agua y por lo mismo debe ser gratis” pero, si no se lleva mediante políticas públicas concretas, nos quedamos sólo con un discurso romántico que no sirve en la práctica pues es un derecho que no se puede ejercer. No es posible dejar de lado la variable económica diciendo que “la variable económica es para los economistas”, o que es un problema de la cámara de comercio o del ministerio de economía, etc. Esta visión no ayuda a solucionar el problema y sólo lo

acrecienta. Al realizar esta tesis, me he dado cuenta de que comienzo a justificar la existencia de un “mercado de las aguas”, como una forma de distribución del recurso hídrico e, incluso, que éste no se contrapone al derecho humano al agua, sino que puede fomentar o potenciarlo. Pero eso, es políticamente incorrecto decirlo, ya que estamos limitando un bien esencial para la vida en el planeta.

El problema del acceso al agua, al menos en Chile, es que es un mercado imperfecto y no está funcionando bien porque no se han dado los incentivos pecuniarios, por que existe mucha especulación, etc. Si queremos que exista un derecho humano al agua que efectivamente se pueda ejercer, no basta con una reforma al Código de Aguas, sino que debemos mejorar el mercado de aguas, fomentar las buenas prácticas y sancionar las que restrinjan arbitrariamente el acceso al agua. Pero colocarle un precio al consumo del agua potable no es algo que se contraponga al derecho humano al agua o saneamiento.

El problema de fondo siempre es uno de Libertad vs. Derechos. Un ejemplo es nuestra actual Constitución que establece la libertad de enseñanza, por sobre el derecho a la educación. Se privilegia la idea de que todos estos elementos -que son necesarios para la vida son libertades, más que derechos. Si bien es cierto que el problema es que la libertad, sin un sustrato material básico, se convierte en letra muerta. ¿De qué sirve tener libertad de pensamiento, de religión, si no se tiene qué comer? Y, no es menos cierto que, de igual manera podemos llenarnos de derechos en nuestra nueva Constitución pero, llegado el momento no podremos ejercer tales derechos, puesto que el Estado no es capaz de proveer los bienes y servicios. Entonces, también esos derechos igual que las libertades son letra muerta. La gente, sabiendo que tiene derechos que no ha podido ejercer, va a demandar al Estado. Pero ganar juicios no hará que el Estado obtenga los recursos para ofrecer los bienes y servicios que la gente demanda.

Conclusiones

El agua potable es aquella agua adecuada y segura para el uso y consumo humano. Es un producto que se elabora a partir del agua cruda captada de los ríos, lagos o pozos. El agua potable se obtiene después de mejorar la calidad del agua cruda mediante una serie de procesos altamente industrializados a que debe ser sometida. El agua potable es parte de una

industria porque se debe: captar el agua cruda desde las fuentes de agua dulce, producir el agua potable y luego distribuirla mediante una compleja infraestructura de ductos y cañerías hasta llegar a las personas. En diversas partes del mundo se vienen promoviendo enfoques integrados para la gestión del agua, que considere la conservación de los ecosistemas, la recarga y preservación de los acuíferos, la reutilización del agua, la optimización del uso del agua en condición de disponibilidad reducida, el desarrollo de infraestructura de almacenamiento, así como la búsqueda y construcción de mecanismos de coordinación y gobernabilidad entre los actores y usuarios de los diferentes sectores relacionados con la gestión hídrica. A la complejidad de lo expresado anteriormente se suma la variabilidad pluviométrica y los efectos del cambio climático; que determinan estacionalidades de cultivos, la evapotranspiración y la disponibilidad de agua, entre otros aspectos esenciales para la producción de agua potable como también para la producción de agua industrial y la agricultura. De lo anterior se desprende que el agua potable es un producto tecnológico, escaso y caro.

Por lo tanto, el decretar que el agua potable es un derecho humano universal que debe ser entregado de forma gratuita a todos los habitantes, choca con la escasa disponibilidad de capital fiscal para invertir en infraestructura que permita que ese derecho se pueda efectivamente ejercer. No estamos proponiendo que el acceso al agua potable no debe ser considerado un derecho humano, por el contrario, debe serlo, ya que es requisito esencial para la vida y salud. Pero, ello no obsta que se deba cobrar por la distribución del agua, ello no se contrapone al derecho humano al agua y saneamiento. Además, recordemos que en la actualidad muchos derechos que se consideran inherentes al ser humano son cobrados como la salud, la educación, etc...

Otra conclusión de este artículo académico es que el derecho humano al agua compuesto por el acceso al agua potable y a los servicios de saneamiento deben ser una prioridad nacional, sobre todo al existir regiones con escasez hídrica en Chile. Porque, mientras no se resuelva dicha situación seguirán existiendo críticas a la labor que cumple la DGA y al “mercado de las aguas”, ya que el acceso al agua potable influye en la salud y capacidad económica de las

personas. Y, según José de Jesús y Irma Benítez Irma²³, *“el acceso al agua potable y a los servicios de saneamiento es sin duda una de las circunstancias que dividen a las personas en salubres y productivas de las que viven en la pobreza(...)”*

La Corte Suprema de Chile mediante los fallos analizados, ha reconocido el derecho humano al agua y entrega al Estado mediante sus municipalidades la obligación de abastecer de agua potable a su población. Sin embargo, no establece ni da soluciones concretas de cómo se debe conseguir dicho recurso hídrico, por lo tanto, por muy buenas intenciones que se tenga con estas sentencias, se puede estar generando un problema mayor de distribución y acceso al agua potable. Y, como se dijo, el mercado de aguas no es malo per se y no se contrapone a la idea del derecho humano al agua. Sería un grave error eliminarlo completamente, por el contrario, lo que se debe hacer es perfeccionarlo para que entren nuevos actores al mercado, se evite la especulación y se registren los derechos de aprovechamiento.

Para lo cual deberán realizarse reformas que castiguen a quienes no quieren inscribir sus derechos de aprovechamiento y se recompense a quienes tienen inscritos sus derechos. Se deben crear incentivos para las buenas prácticas y desincentivos para las malas, para lo cuál hay que fortalecer la legislación interna, dándole nuevas atribuciones a la DGA o creando una Agencia Nacional del Agua, u otra institución con más facultades para tener un catastro actualizado que refleje la realidad los derechos de aprovechamiento de aguas, cuales están en uso y cuales sólo se mantienen con fines especulativos. Se debe además mejorar la relación con las comunidades de usuarios de agua, tenerlos como aliados y ganarse la confianza de las comunidades, ya que varias veces son estas quienes manejan información más actualizada incluso que la DGA sobre derechos de aguas a nivel local.

En el plano internacional el derecho humano al agua está plenamente reconocido y Chile debe cumplir con los tratados internacionales que ha suscrito, reformando el Código de

²³ Becerra Ramírez José de Jesús y Salas Benítez Irma (2016): “El Derecho Humano al acceso al agua potable: Aspectos filosóficos y constitucionales de su configuración y garantía en Latinoamérica”, Revista Prolegómenos-Derechos y Valores-pp. 125-146-2016.

Aguas y reconociendo expresamente el derecho humano al agua potable y saneamiento. No basta mediante un reconocimiento “indirecto” como plantea la Corte Suprema, sino que debe estar plenamente expresado y definido en la normativa nacional. De lo contrario podrían darse al menos hipotéticamente fallos contradictorios, unos que reconocen el derecho humano al agua y otros que dicen que en Chile no existe el derecho humano al agua y que no le corresponde al Estado velar por el acceso al agua potable y saneamiento.

Es importante aclarar que las mismas sentencias de la Corte Suprema mencionan que el uso del agua potable para agricultura y ganadería no constituye derecho humano al agua. Indica que dicho derecho se refiere exclusivamente para el consumo humano y que no se contrapone con el cobro por el servicio de abastecer de agua, siempre que sea a un precio justo y accesible. Por lo tanto, permitir que el mercado, mediante la libre confluencia de las fuerzas de la oferta y la demanda (lo cual tampoco significa que el mercado no pueda ser regulado o monitoreado), establezca el precio al agua potable es una solución pragmática al problema de la asignación del recurso hídrico.

Si se desea tener un acceso humano al agua potable, se debe cambiar nuestra cultura de cómo interactuamos con el medio ambiente en general, no considerarlo cómo una fuente de extracción de energía inagotable para nuestro propio beneficio, sino considerarlo como parte integral para nuestra vida y, cuando se dañan los ecosistemas, se está atentando contra la vida y dignidad humana. Al igual que asociar el acceso al agua potable y el saneamiento con la dignidad humana, se debe hacer lo mismo con el medioambiente en todo su conjunto. Para lo cuál, se deben aplicar los principios del desarrollo sustentable, teniendo una solidaridad intergeneracional, ya que el agua que actualmente disponemos no es sólo nuestra, sino que también le pertenece a las generaciones futuras, y debemos al menos tratar de entregarles un planeta mejor que aquel que recibimos.

Bibliografía

Autores citados

Becerra Ramírez José de Jesús y Salas Benítez Irma (2016): “El Derecho Humano al acceso al agua potable: Aspectos filosóficos y constitucionales de su configuración y garantía en Latinoamérica”, Revista Prolegómenos-Derechos y Valores-pp. 125-146-2016

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

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

González González Jorge (2014): “El Acceso al Agua Potable Como Derecho Humano”, en Editorial Club Universitario (Edición 1), 340 pp.

Mitre Guerra Eduardo José (2012): “El Derecho Al Agua: Naturaleza Jurídica y protección legal en los ámbitos nacionales e internacionales”, Editorial : IUSTEL (PORTAL DERECHO; Madrid, España), 448 pp.

Vergara Blanco Alejandro (2015): “El acceso al agua potable y al saneamiento ante el derecho chileno”, 189-217pp.

Jurisprudencia citada

Sentencia de fecha 18 de enero 2021, de la Corte Suprema, en la causa rol N° 72.198-2020, Nogales / Anglo American. [recurso en línea, internet], Disponible en: <https://media.elmostrador.cl/2021/07/Sentencia-C-Suprema-revoca-1.pdf>

Sentencia de la Corte Suprema, 23 de marzo 2021, Rol N° 131.141-2020. [recurso en línea, internet], Disponible en: <https://www.diarioconstitucional.cl/wp-content/uploads/2021/03/131.140-2021PROTECCION-AGUA-PETORCA-SUPEMA.pdf>

Material audiovisual citado:

Documental “How The Rich Are Stealing The World’s Water (Water Shortage Documentary) | Earth Stories” Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=uftXXreZbrs>

Documental “Why Are We Running Out Of Drinking Water? | Avoiding Apocalypse | Earth Stories” Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=KvLyrFS2q1M>

Documental “PETORCA cuando el río suena | Documental de Fundación Superación de la Pobreza - SERVICIO PAÍS”. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=PPnqk-PyFC8>