Boletín Nº 12.961-07

Proyecto de reforma constitucional, iniciado en moción de los Honorables Senadores señor Girardi, señora Muñoz y señores De Urresti, Huenchumilla e Insulza, que declara a las aguas como bien nacional de uso público y garantiza el derecho al agua.

I. ANTECEDENTES

Introducción.

En un análisis relacionado al contexto planetario, Chile podría ser calificado como un país privilegiado en materia de recursos hídricos, toda vez que se puede estimar que el volumen de agua procedente de las precipitaciones que escurre por los cauces es de 53.000 m3 por persona al año, superando en 8 veces la media mundial (6600 m3/habitante/año), y en 25 veces el mínimo de 2.000 m3/habitante/año que se requiere desde la óptica de un desarrollo sostenible.[1]

Sin embargo, gran parte del territorio nacional se encuentra sometida a una condición de sequía, que ha sido identificada como el área de mayor vulnerabilidad para Chile, y se le asocia en una condición sostenida de alza de temperaturas y bajas precipitaciones, variables afectadas directamente por los procesos desencadenados por el cambio climático.

Es relevante anotar que la disponibilidad de agua no sólo está asociada a factores meteorológicos producto del cambio climático[2] sino que se ve agudizada por la sobre asignación de derechos de agua, la no priorización de sus usos y la continua demanda sobre el recurso. Lo que sumado a la falta de análisis sobre el recurso y de competencias adecuadas de los órganos que la administran para generar estrategia que puedan enfrentar eficazmente la situación.

Chile estuvo entre los 10 países con mayor gasto asociado a desastres en el 2015 (Kreft et al., 2017)[3]. Según la Oficina Nacional de Emergencia (ONEMI), ese año el déficit hídrico fue lo que movilizó más fondos, con un total de $32.947 millones. En

---

[1] Informe Banco Mundial 2011. Disponible en http://www.dga.cl/eventos/Diagnostico%20gestion%20de%20recursos%20hidricos%20en%20Chile_Banco% 20Mundial.pdf

[2] Se ha estimado que una cuarta parte de la baja en las precipitaciones, a partir del año 2010, tiene origen antropogénico (Boisier et al., 2016). Brecha y Riesgo Hídrico Fundación Chile 2018 <https://fch.cl/wp-content/uploads/2018/07/radiografia-del-agua.pdf>

concreto para el año 2016 el 76% de la superficie de chilena está afectada por sequía, desertificación y suelo degradado[4]; y 110 acuíferos del país se encuentran actualmente con una demanda comprometida superior a su recarga (Ministerio del Interior y Seguridad Pública, 2015)[5].

En sesión de Comisión especial de Recursos Hídricos, desertificación y sequía en el Senado, el pasado 03 de septiembre, el Ministro de Obras Publicas sostuvo que conforme a la disponibilidad actual de agua los derechos de aguas deben reducirse a un tercio. Cuestión sumamente grave si se considera que los derechos de agua en Chile están sobre asignados y no se encuentran priorizados los usos provocando muchas veces riesgo de seguridad de abastecimiento para consumo y saneamiento.

Existen datos que los tomadores de decisión no pueden ni deben obviar, según la Oficina Nacional de Desarrollo Agrícola. El mayor usuario de agua en Chile es la agricultura, con un 73% del total nacional, lo que abastece a una superficie regada de 1,1 millones de hectáreas entre las regiones de Coquimbo a Los Lagos. Un 6% del consumo es agua para fines domésticos. Los usos mineros alcanzan al 9% y los industriales al 12% (Estrategia Nacional de Recursos Hídricos 2012-2025)[6].

Por su parte, la minería que ocupa un porcentaje menor en el total nacional, esta tiene normas de extracción de aguas subterráneas muy particulares, que le permite "adueñarse" del agua que alumbra dentro de su espacio de concesión minera, lo que ha posibilitado un gran daño en zonas desérticas altiplánicas, afectando bofedales, humedales, y conculcando la subsistencia de pueblos originarios especialmente protegida por normas internacionales de Derechos Humanos.

---

[3] Kreft, S., Eckstein, D. y Meichior, I. (2017). Global climate risk index 2017. Who suffers most from extreme weather events?, weather-related loss events in 2015 and 1996 to 2015. GERMANWATCH, Alemania. Disponible en URL: https://germanwatch.org/fr/download/16411.pdf

[4] Disponible en: http://www.chiledesarrollosustentable.cl/noticias/noticia-pais/el-76-de-la-superficie-del-pais-esta-afectado-por-sequia-desertificacion-y-suelo-degradado/

[5] Política Nacional de Recursos Hídricos. (2015). Ministerio del Interior y Seguridad Pública. Disponible en https://www.interior.gob.cl/media/2014/04/recursos_hidricos.pdf

[6] Estrategia Nacional de Recursos Hídricos 2012-2025. Disponible en https://www.mop.cl/Documents/ENRH_2013_OK.pdf

Frente a esta realidad el Gobierno y el mundo empresarial a liderado principalmente dos propuestas; primeramente, la de fomentar la inversión en plantas desalinizadoras de agua, cuestión sumamente compleja en términos de calidad de agua, por lo que el estándar de su desarrollo goza de mucha incredulidad y oposición social, y por otro lado, la construcción de una carretera hídrica, conduciendo agua desde ríos del sur hada el centro norte de nuestro país bajo fundamentos ambientales totalmente regresivos, tales como sostener que el agua de los ríos se pierde en el mar, y olvidando de que este tipo de soluciones interviene de manera significativa ecosistemas, oponiéndose a las soluciones territoriales y basadas en la naturaleza.

Por lo que mejorar la gestión es urgente. Es necesario que la Constitución Política de Chile reconozca el acceso al agua y el saneamiento como un derecho humano, que se asegure el agua a grupos vulnerables y se priorice su uso, es una cuestión de derechos humanos, de seguridad interior del Estado y de gobernanza responsable del que es quizás el elemento más esencial para nuestra subsistencia.

A mayor abundamiento, de acuerdo con el informe "Diagnóstico de la gestión de los recursos hídricos en Chile"[7] del Banco Mundial (2011), en el período que media entre 1980 y 2010, nuestro país ha tenido un desarrollo económico importante, con una tasa anual de crecimiento real del PIB de 6,2%. Nuestra economía, con clara orientación de mercado, tiene una fuerte tendencia a la exportación basada principalmente en sectores con procesos de producción que requieren mucha agua, tales como la minería y la agricultura. En 2005, las cinco clases de actividad económica consumidoras de agua con mayor participación en el PIB fueron la industria manufacturera (17%), comercio, restoranes y hoteles (10%), minería (8%), agropecuario y silvícola (4%) y electricidad, gas y agua (3%), mientras que en 2005 la contribución a las exportaciones de bienes fue: minería (57%), agropecuario, silvícola y pesquero (7%) e industriales (31%).

[7] Ob. Cit.

Ahora bien, el organismo internacional citado también sostiene que, dentro del contexto mundial, y respecto de aguas superficiales, nuestro país puede considerarse un país privilegiado en materia de recursos hídricos. Así, la "escorrentía media total" equivale a una media de 53.000 m3/persona/año, valor bastante más alto que la media mundial (6.600 m3/persona/año) y muy superior al valor de 2.000 m3/persona/año considerado internacionalmente como umbral para el desarrollo sostenible. Sin embargo, cuando se analiza regionalmente este valor medio enmascara una realidad muy distinta: desde Santiago al norte prevalecen las condiciones áridas; la media de disponibilidad de agua está por debajo de los 800 $m3^3$/persona/año, mientras al sur de Santiago supera los 10.000 m3/persona/año.

Con respecto a las aguas subterráneas, el referido informe sostiene que nuestro país posee un importante volumen de recursos subterráneos y que la recarga media estimada alcanza aproximadamente $55m^3/s$ desde la Región Metropolitana al norte. Al sur de la Región del Libertador Bernardo O'Higgins no se tiene información detallada del potencial de recarga, debido a la menor importancia de las aguas subterráneas como fuente de abastecimiento, pero según, una primera aproximación de la DGA, la recarga sería alrededor de 160 m^3/s entre las regiones VII y X. No se tiene información consolidada sobre el potencial de recarga al sur de la región X. A su vez, la utilización efectiva de las aguas subterráneas fue estimada en $88m^3/s$ en 2003, de los cuales 49% se utilizaba para la agricultura, 35% para abastecimiento poblacional y 16% para industria.

Las aguas subterráneas son particularmente importantes para los sectores minero y sanitario: representan alrededor de 63% de los derechos de aprovechamiento de aguas mineros en 2006 y 46% de los usos por agua potable. Son también importantes para la agricultura en las regiones XV a III.

Con base en lo normado por los artículos 63 a 68 del Código de Aguas, la DGA está facultada para declarar zonas de prohibición y áreas de restricción para nuevas explotaciones de aguas subterráneas, en un determinado sector hidrogeológico, con el objeto de proteger el acuífero y los derechos de terceros constituidos con anterioridad en la cuenca Entre la región de Arica y Parinacota (XV) y la región del Libertador General Bernardo O’Higgins (VI), hasta 2010 se habían

definido 69 acuíferos genéricos, los que abarcan 259 sectores hidrogeológicos, de los cuales se han estudiado 238 por la DGA. Del total de acuíferos estudiados, 106 sectores han sido declarados como Área de Restricción y seis sectores han sido declarados Zona de Prohibición, lo que suma un total de 112 sectores acuíferos restringidos.

En relación al agua potable y saneamiento, en términos generales, el informe sostiene que, las aguas necesarias para el abastecimiento de la población y el uso industrial en las ciudades es minoritario frente a otros usos consuntivos. Este uso representa 4% de los usos consuntivos nacionales y corresponde a 4,3 millones de usuarios, de los cuales el 44% está ubicado en la Región Metropolitana y el 12% en la Región de Valparaíso. Las principales fuentes de abastecimiento son las aguas superficiales con 54% y las aguas subterráneas con 46%. La escasez de agua es tan fuerte en el norte del país que el abastecimiento de Taltal y Antofagasta proviene de la desalación a partir de ríos de agua salobre.

Por su parte, los avances en los servicios de agua potable y saneamiento han sido sobresalientes, como pone de manifiesto no sólo la calidad actual de sus servicios, sino la evolución seguida y la comparación con otros países de la región. La situación actual de los servicios sanitarios en Chile presenta resultados altamente positivos en sus factores relacionados con las características principales de cobertura, calidad, continuidad y cantidad. Chile, según el Banco Mundial, ha logrado una cobertura en agua potable y alcantarillado del 99,8% y 95,6% respectivamente de la población urbana (89% de la población total). Por otro lado, la cobertura de tratamiento del total de las aguas servidas era del 17% en 1998 y en 2009 ya alcanzaba el 83%. Sin embargo, la cantidad de agua no facturada ha crecido un 20% en los últimos 10 años. De hecho, mientras la producción a nivel nacional creció 17% entre 1998 y 2010, la facturación creció de solamente 7%.

En definitiva, el Informe en referencia sostiene que entre 1980 y 2010 la intensificación de la situación de los recursos hídricos probablemente ha estado menos influenciada por el propio sector del agua que por la estrategia de desarrollo nacional de Chile y que por las políticas macroeconómicas y de otros sectores. El papel fortalecedor del mercado y el fomento de una economía orientada a la

exportación basada en productos como el cobre, la fruta fresca, la madera y su pulpa, el salmón, y el vino - todo lo cual usa agua en su proceso de producción - han llevado a un importante aumento del uso del agua, en particular en las cuencas relativamente pobres en agua de las partes norte y central del país. Es probable que muchas de esas tendencias continúen en el corto a medio plazo. Al mismo tiempo, se está limitando la disponibilidad de agua por descenso en su calidad en algunas cuencas, y por los efectos del cambio climático que añadirán estrés adicional, especialmente en las cuencas ya pobres en agua.

1. Marco jurídico regulatorio de las aguas en Chile. Un sistema dual.

El marco normativo regulatorio de las aguas en Chile presenta un régimen dual, es decir, oscila entre el ámbito público y privado[8]. En efecto, las aguas en nuestro país constituyen, desde un punto de vista de la teoría, bienes nacionales de uso público conforme lo dispone el artículo 595 del Código Civil (en adelante, CC) y por el artículo 5° del Código de Aguas (en adelante, CdA), lo que se traduce en la exclusión del derecho de propiedad, de este modo, desde el punto de vista puramente formal no caben dudas que las aguas forman parte del dominio público lo que, de acuerdo al artículo 589 CC, implica que su dominio pertenece a la nación toda y cuyo uso corresponde también a todos sus habitantes.

Al estar "publificados", estos bienes, no pertenecen ni a personas naturales o jurídicas, sean de derecho público o privadas, es decir, se trata de bienes "abiertos al uso público de la nación", inapropiables e inalienables, por lo que de acuerdo al

[8] Alcalde, Jaime. (2014) De los bienes y su dominio, posesión, uso y goce. Revista chilena de derecho privado. (22). P. 299-313.

artículo 19 N° 23 de la Constitución[9] (en adelante, CPR), requiere que una ley de quorum calificado que los haya declarado con este carácter[10].

Con todo, el Código de Aguas reconoce la posibilidad de constituir en favor de particulares derechos de aprovechamiento de aguas. El referido derecho, habilita para que privados puedan "aprovecharse de las aguas mediante un derecho real de naturaleza administrativa, que concede al titular el uso y goce las mismas conforme con el volumen por unidad de tiempo que se le ha asignado"[11]

Esta regulación con marcada inclinación privatista, lleva a explicar por qué, por ejemplo, en dicho código no se hacen referencias en torno al uso que deben o puede hacerse de ellas y por cuanto tiempo. En efecto, como señalan Dourojeanni y Jouravle el Código de Aguas "no obliga a los solicitantes justificar uso futuro alguno. Tampoco es necesario que los titulares de derechos de agua utilicen efectivamente los caudales a que tienen derecho o construyan las obras necesarias para hacerlo. Estas características de Código de aguas son únicas en el mundo"[12].

A lo anterior, se suma el fenómeno de propietarización de los derechos del que no ha estado ajeno el derecho de aprovechamiento de aguas, lo que ha llevado a que, a través del derecho a la propiedad, se reconozca la potestad dominical sobre un bien incorporal como es el derecho de aprovechamiento.

De este modo, si bien las aguas son bienes nacionales de uso público, el derecho de aprovechamiento sobre ellas, posee una doble protección en el texto constitucional, a través de la garantía general prevista en el inciso primero del

---

[9] Art. 19 n° 23 CPR.- La libertad para adquirir el dominio de toda dase de bienes, 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. Lo anterior es sin perjuicio de lo prescrito en otros preceptos de esta Constitución.
Una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional puede establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes.

[10] Vergara, Alejandro. (2017). Bienes de uso público y comunes. Derecho Administrativo identidad y transformaciones. Ed. Uc, Santiago-Chile. P375-383

[11] Alcalde, Jaime. (2014) De los bienes y su dominio, posesión, uso y goce. Revista chilena de derecho privado. (22). P. 299-313.

[12] Dourojeanni, A & Jouravle, A. (1999). El código de aguas en Chile: entre la ideología y la realidad. División de recursos naturales e infraestructura. CEPAL, Stgo. Disponible en https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6380/1/S9910680_es.pdf (consultado 16 de septiembre de 2019).

artículo 19 N° 24 de la Constitución al señalar que "el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales" y de manera más particular, en el inciso final cuando se señala 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"[13]. Con esta fórmula de propietarización de un derecho subjetivo con contenido patrimonial recaído sobre las aguas, el constituyente evitó "cualquier exegésis constitucional que condujere a la idea de que los derechos que nacen de una concesión para el aprovechamiento de las aguas nos estarían albergados dentro de los bienes incorporales a que se refiere el inciso primero del mismo artículo"[14].

Lo anterior posee un efecto protector de la máxima importancia. Así, la protección constitucional del dominio presupone que diversos elementos de su régimen jurídico quedan sujeto a la reserva legal, por ejemplo, en lo tocante a los modos de adquirir y a la forma en que deben ejercerse las facultades de uso y goce y disposición, sólo pueden ser establecidos a través de una ley. De este modo, la garantía de reserva legal se erige como un límite a la potestad reglamentaria para alterar el contenido del derecho de propiedad. Por esta razón es que el modo de adquirir o configurar un derecho de aprovechamiento debe necesariamente estar establecido en la ley[15]. En efecto, ha sido el propio Tribunal Constitucional el que ha señalado que este estatuto protector de la propiedad establecido en la Carta Fundamental, implica que, cualquier la privación o afectación, deba estar necesariamente establecido en la ley, sea general o particular, no siendo posible una afectación a través del ejercicio de la potestad reglamentaria (STC N°260-1997, considerando 15°).

Así las cosas, el derecho de aprovechamiento, en tanto derecho de concesión arropado con vestiduras de un derecho de dominio, puede adquirirse de

---

[13] BCN (2011). Regulación de los derechos de agua. 2011.

[14] Celume Tatiana (2013). Régimen Público de las aguas. Ed. Thomson Reuters. Stgo de Chile. P. 110.

[15] Ob. Cit.

las siguientes maneras: a través, de un acto administrativo de la Dirección General de Aguas (en adelante, DGA), es decir, se trata de un modo originario de adquirir el dominio; puede adquirirse a través de un remate de derechos conforme dispone el artículo 142 CdA, y finalmente como todo derecho real, puede adquirirse por acto entre vivos, por sucesión por causa de muerte y por la usucapión.

De esta manera estamos en condiciones de concluir que la Constitución Política de la República y el Código de Aguas han establecido un régimen de las aguas especial y único en el mundo, dotando al derecho de aprovechamiento de aguas de las características de un derecho real, facultando a su titular de disponer y gozar de ellas conforme a la ley y protegido por el derecho de propiedad.

En este contexto, el derecho de aprovechamiento de aguas es una concesión otorgada por el Estado, pero en propiedad, lo que genera un error conceptual debido a que el titular del derecho más que un concesionario, es un propietario, titular de un derecho de dominio, propiedad tutelada constitucionalmente que solo puede ser privada, por una causa de utilidad pública producto de una expropiación y por ende, su consecuencial pago"[16].

Este modo de concebir la regulación de las aguas en nuestro país no es casual, sino que responde a una visión histórico-ideológica subyacente en el constituyente de 1980 y en el codificador del 1981. En efecto, el Código de Aguas de 1981, tuvo (y tiene) una marcada finalidad de fomento productivo, es decir, a través de él, se pretendió atraer nuevas inversiones, impulsar la agricultura, dando una nueva definición a los derechos de aguas, evitando así los efectos que tuvo en el pasado, la reforma agraria. De este modo en la Comisión de Estudios de una Nueva Constitución (en adelante, CENC) estuvo presente un marcado elemento economicista respecto del "recurso agua", pues se buscaba reiniciar la industrialización en el país, es por ello que la discusión de debate al interior de dicha instancia se plasmó en la sola necesidad de reforzar o fortalecer, a través del

[16] Pliscoff, A. (2017). La institución de la caducidad en el proyecto de ley que reforma el código de aguas en Chile. Actualidad Jurídica XVIII (36). UDD. p.455-464

derecho de propiedad, la titularidad que la ley concede a particulares para el uso y goce de las aguas[17].

En efecto, el Tribunal Constitucional reafirma esta idea al señalar que "al consagrar este derecho la CENC tuvo en vista, como un elemento vertebral del nuevo orden público económico que la Constitución se proponía instituir, la conveniencia de que los particulares tuvieran preeminencia frente al Estado en cuanto ser titulares del dominio de los bienes situados en el territorio nacional, lo que es coherente con el rol subsidiario que el nuevo régimen jurídico político asignó al Estado en materia económica. Así, no puede resultar inconstitucional una norma que regula la forma de asignar derechos de aprovechamiento de aguas..." (STC 513-2006, considerando 28°).

Las razones expuestas explican, además, porqué la fórmula de publificación de las aguas quedara sólo establecido en el ámbito legal y no se elevara a rango constitucional, pues a juicio de la CENC, éste era una materia de exclusivo resorte del legislador, por lo que no era necesaria su consagración constitucional, permitiendo así que no quedara un régimen demasiado estricto y que fuera más fácil de modificar[18]. Por el contrario, se prefirió una técnica de propietarización de una cosa incorporal como el derecho de aprovechamiento, consagrándose en buenas cuentas, un esquema de propiedad perpetua sobre el uso y goce de las aguas de fácil transferibilidad.

La referida idea es ratificada por nuestra jurisprudencia constitucional cuando sostiene que "la normativa constitucional contiene un mandato habilitante al legislador para establecer bajo qué condiciones y requisitos se adquieren derechos sobre las aguas, otorgándole a los particulares un verdadero derecho de propiedad sobre ellas" (STC 1309-2009, considerando 7°).

---

[17] Ob. Cit.

[18] Comisión de Estudios de una Nueva Constitución (CENC). Acta de la sesión N° 183 Comisión Ortúzar, 2 de marzo de 1976.

Con este modelo normativo, se pierde en nuestra tradición jurídica el principio de inherencia del agua con el suelo, lo que consecuencialmente se traduce en una escisión jurídica del agua respecto del predio receptor, es decir, el agua bajo el ecosistema normativo del legislador de 1980, se transforma en un commodity transable en el mercado de modo independiente del suelo.

2. El derecho al agua (derecho al agua y al saneamiento) en el ámbito internacional.

Como se ha dicho, bajo el régimen originario del Código de Aguas estuvo presente la idea de mejorar el rendimiento productivo y, por consiguiente, la necesidad de robustecer los derechos de propiedad sobre el recurso. De este modo, el legislador de 1980 en ningún caso previó las nuevas problemáticas que se avecinaban y que debemos enfrentar en la actualidad. Así, la escasez hídrica, los efectos del calentamiento global o crisis climática y la distribución inequitativa de recursos desarrollado bajo el alero del actual estatuto jurídico justifican la necesidad de adoptar acciones político-legislativas, siendo una de ellas, la discusión en el seno del Congreso Nacional de la reforma al código del ramo, que busca, especialmente, dotar al Estado de herramientas que le permitan restringir, limitar y redistribuir derechos de aprovechamiento de aguas.

En el referido contexto, el régimen de aguas chileno, a través de los derechos que confiere al titular del derecho de aprovechamiento de aguas, fundado en la propiedad y en oposición a las débiles facultades regulatorias que posee la administración para garantizar la servicialidad objetiva de las aguas al deber general, nos ha llevado a un verdadero vaciamiento de contenido y de su afectación al dominio público, comprometiendo la eficacia del régimen de agua para salvaguardar el interés público y otros derechos fundamentales, salvo el de propiedad del titular del referido derecho.[19] (Yáñez, 2017: ponencia en la comisión de agricultura del Senado).

[19] Yáñez (2017). Presentación ante Comisión de Agricultura del Senado.

Entonces, frente a fenómenos globales como las escasez hídrica, surge la necesidad de modular el régimen constitucional de las aguas a la luz de las garantías fundamentales, es decir, de cambiar el eje del debate en torno a la naturaleza jurídica del agua como bien público, más aún, considerando el desarrollo dogmático del derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación (artículo 19 N°8) y las limitaciones que admite el derecho de propiedad en virtud de su función social (artículo 19 N°24 inciso 2).

Sin perjuicio de lo anterior, algunos de los elementos de esta nueva mirada han sido recogidos por la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores de justicia. Así, la Excma. Corte Suprema ha sostenido que se "estableció que una serie de derechos provisorios de agua no podrían ser otorgados por afectar derechos definitivos de otros, incluyendo pequeños agricultores" ya que "el legislador ha otorgado expresamente a la autoridad respectiva la facultad de dejar sin efecto, o poner término a los permisos o concesiones que en cada caso regula, sin exigir que el ejercicio de dicha atribución quede sujeto a la previa tramitación de un procedimiento administrativo preestablecido y claramente definido" (SCS N°5.596-2016, de 3 de mayo de 2016, "Agrícola La Loica Limitada con Dirección General de Aguas, considerando 10°). Es decir, nuestro máximo tribunal sentenció que la autoridad administrativa pertinente (en este caso, la DGA) podía dejar sin efectos derechos provisorios por afectar derechos de aguas definitivos.

Por su parte, en autos sobre constitución de derechos de agua en parques nacionales, se ha verificado un positivo un cambio de criterio. Así, nuestro máximo tribunal, remitiéndose a la Convención de Washington, sostuvo que las aguas presentes en un parque nacional con independencia de su denominación deben ser protegidas, pues su uso provoca un daño al ecosistema involucrado (SCS N°7.423-2010, de 27 de julio de 2012, "CONAF Región de Los Lagos con Dirección Regional de Aguas de Los Lagos").

Más allá de algunos avances normativos y jurisprudenciales en el ámbito local, lo cierto es que ha sido el derecho internacional el que ha desarrollado el "derecho al agua", bajo la forma del derecho al agua potable y el saneamiento, que

llevan ínsitas obligaciones específicas en relación con el acceso a agua potable, con el acceso a una cantidad suficiente de agua potable, aseguramiento progresivo del acceso, y protección de calidad y de fuentes de agua potable.

En efecto, el primer esfuerzo internacional está constituido por la Conferencia del Agua de Naciones Unidas de 1977, de Mar del Plata; instancia donde por primera vez se reconoció un derecho al agua potable en calidad y cantidad suficiente para la satisfacción de necesidades básicas[20]. Luego, la Observación General N°15 de Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 2002, avanzó en determinar el contenido del derecho al agua, al señalar que el "derecho al agua entraña tanto libertades como derechos. Las libertades son el derecho a mantener el acceso a un suministro de agua necesario para ejercer el derecho al agua y el derecho a no ser objeto de injerencias, como por ejemplo, a no sufrir cortes arbitrarios del suministro o a la no contaminación de los recursos hídricos. En cambio, los derechos comprenden el derecho a un sistema de abastecimiento y gestión del agua que ofrezca a la población iguales oportunidades de disfrutar del derecho al agua" (artículo 10 Observación N° 15), lo que, básicamente supone que el agua debe estar físicamente accesible, culturalmente aceptable, localizada donde la seguridad de las personas este asegurado, y a un precio donde su acceso no comprometa la renuncia a otros servicios básicos, además de tratarse de un derecho justiciable[21].

Luego en 2007, el Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre el alcance y el contenido de las obligaciones pertinentes en materia de derechos humanos relacionadas con el acceso equitativo al agua potable y el saneamiento que imponen los instrumentos internacionales de derechos humanos, en su artículo 49 sostuvo que "habida cuenta de la claridad de estas obligaciones, el debate abierto para determinar si el acceso al agua potable es un derecho humano de por sí o deriva de otros derechos humanos no debería

[20] Varo, A. (2019). El Derecho al agua en Europa; obstáculos para su reconocimiento y garantía. La nueva propuesta de directiva de calidad del agua destinada al consumo humano. Derechos y Libertades (41), época II, p.287-321. Doi: 10.14679/1218

[21] Contreras, M. & Schonsteiner, J. (2017). Derecho al agua, emergencias y responsabilidades del estado y las sanitarias. Informe anual sobre Derechos Humanos en Chile. Ed. UDP. P. 99-162.

afectar el reconocimiento de que el acceso al agua potable es un derecho humano" (A/HRC/6/3).

A su turno la Resolución aprobada por el Consejo de los Derechos Humanos 18/1, de 12 de octubre de 2011, señaló que el derecho al agua potable y su saneamiento "deriva del derecho a un nivel de vida adecuado y está indisolublemente asociado al derecho al más alto nivel posible de salud física y mental, así como al derecho a la vida y la dignidad humana" (A/HRC/RES/18/1).

No se debe perder de vista que recientemente se ha discutido en Europa una reforma a la Directiva 98/83/CE de 1998 sobre Agua potable, que surge como repuesta a las demandas de la iniciativa ciudadana europea denominada "Rgth2Water" de 2013, a la evaluación de impacto de la Directiva de Agua Potable de 1998 (DE 98/83/CE), en aras de mejorar la calidad regulatoria, y al avance en el cumplimiento de los objetivos de desarrollo sostenible y los principios del nuevo Pilar Europeo de Derechos sociales"[22]. Consecuencialmente producto de este debate, se ha consagrado en su artículo 13 el "acceso al agua destinada al consumo humano", estableciéndose una serie de obligaciones a los estados comunitarios en orden a mejorar el acceso y el uso del agua potable, y a asegurar el acceso al agua potable de grupos vulnerables, entre otras[23]. En este contexto, así la Unión Europea se pone a la cabeza en materia de consagración y regulación del derecho al agua potable y saneamiento.

En concreto, como señala el profesor González, la principal característica del derecho al agua es la suiciencia; es decir, el abastecimiento de agua por persona debe ser suficiente y continuo, para el uso personal y doméstico, que incluyen de forma general el agua para beber, el saneamiento personal, el agua para realizar la colada, la preparación de alimentos, la limpieza del hogar y la higiene personal[24]; Se trata, por consiguiente, de un derecho individual, ya que se refiere a una situación jurídica individual; se trata de un derecho prestacional, pues requiere de

[22] Ob. Cit.

[23] Ob. Cit.

[24] González, J. (2017). Necesidad del derecho del acceso al agua como derecho fundamental. Disponible: https://2019-vlex-com.ns1.bcn.cl/#ES/sources/20280

la actividad pública, y se trata de un derecho de realización progresiva, es decir los estados deben realizar un esfuerzo constante y a largo plazo[25].

II. IDEA MATRIZ

Como se ha visto, el modelo regulatorio chileno -como ha sido defendido por algunos- permite una definición de derechos de propiedad sobre el recurso, lo que concedería mayor certeza en el "mercado del agua", pero lo cierto es que no toma en consideración la priorización respecto sobre el uso y goce de las mismas destinados al consumo humano, ni tampoco aspectos ambientales.

Es por ello que han sido relativamente recientes, inorgánicas y escasas, las modificaciones al modelo regulatorio con una mirada que tome en cuenta el consumo humano y la protección ambiental. En efecto, recién en el año 2005, a través de la Ley N°20.017, han existido algunas consideraciones ambientales, como el caudal ecológico y las reservas[26].

Sin perjuicio de lo anterior, la reforma al Código de Aguas que actualmente se tramita en el Senado (boletín 7543-12)[27], posee ejes tan necesarios como urgentes, como son la priorización de la función de subsistencia, protección de las áreas de importancia patrimonial y ambiental, el fortalecimiento de las atribuciones de la administración en su función de gestión de las aguas, y el establecimiento de sanciones fuertes frente a la especulación o tenencia ociosa de las aguas.

Por consiguiente, la reforma no sólo se funda en un profundo sentido de realidad en torno al agua y su gestión, sino que además, recoge recomendaciones internacionales enderezadas a la consagración de un sistema equitativo considerando como norte, lo ha señalado Foro Mundial del Agua (2015), que

---

[25] Ob. Cit.

[26] Celume, T. (2019). Aguas Marinas. Opinión. El Mercurio Legal.

[27] http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=7543-12

propuso adecuar todas las instancias institucionales y normativas para tener un mundo con seguridad hídrica y aplicar una efectiva gestión integrada del recurso hídrico. Además, en el año 2016, la OCDE recomendó a Chile que para el período 2016-2025, debía profundizar una reforma del marco legal, que proteja los derechos humanos, la preservación ecosistémica, posibilite el desarrollo productivo y consolide una nueva institucionalidad del agua[28] (DGA, 2017. Presentación Comisión de Agricultura del Senado).

Asimismo, con la modificación que introdujo la Ley N°21.132, en sobre de responsabilidad penal de personas jurídica, se incorporó la posibilidad de que el delito de contaminación de aguas admita una comisión culposa[29], además de la tramitación de un proyecto de ley que protege los glaciares.

Si bien lo expuesto refleja un cambio de mirada del legislador en torno a la necesidad de considerar el agua como un bien escaso y clave para el desarrollo humano (lo que es obvio), no estuvo presente durante muchos años de aplicación del Código de Aguas. Este es el principal fundamento para la idea de elevar a la más alta jerarquía de nuestro ordenamiento jurídico el dominio público del Estado sobre las aguas, con prescindencia de su estado físico o su origen.

Con esta fórmula se incorporan al dominio del Estado todas las aguas: el agua dulce, aguas provenientes de la desalación, y, por cierto, las aguas en estado sólido que permanecen en glaciares, mientras que, por otra parte, se termina con la protección constitucional del dominio de los derechos de aprovechamiento, y se consagra el derecho al agua como ha sido la tendencia internacional, terminando así con un confusión doctrinaria en relación al dominio absoluto que tienen los "dueños" de derechos de aprovechamiento de aguas, sobre un bien que legalmente, pertenece al dominio público.

---

[28] Dirección General de Aguas.

[29] Merino, E. (2019). Últimas modificaciones a la ley n° 20.393: ¿cuáles son sus consecuencias? Opinión. El Mercurio Legal.

Así las cosas, lo que busca el presente proyecto de reforma constitucional es, en primer lugar, consagrar el derecho al agua su protección, en segundo lugar, elevar a nivel constitucional el carácter de bien nacional de uso público de las aguas y la eliminación del N°24 del artículo 19 toda referencia a que los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgan a sus titulares la propiedad sobre ellos. Con esto, se elevará a la más alta jerarquía normativa el régimen jurídico de las aguas, quedando la normativa infraconstitucional sometida enteramente a aquella y, por tanto, toda contradicción con la carta fundamental sería inconstitucional.

No se trata de determinar solamente cuales derechos de privados prevalecen, como son los actuales conflictos judiciales en torno al agua, sino que cómo se puede diseñar un sistema que permita y asegure agua suficiente de manera equitativa para todas las personas, por lo que resulta necesario adentrarse en lo que consiste el derecho al agua. Es por esta razón que surge la necesidad publificar las aguas con la máxima fuerza normativa, ya que sólo su consagración en la CPR permitirá modular de mejor manera el uso justo y correcto de las aguas, con el uso de los derechos de aprovechamiento

El agua como como garantía fundamental constitucional.

Pues bien, en primer lugar, la presente reforma constitucional propone, por una parte, agregar un nuevo numeral 8° bis al artículo 19 de la Constitución Política de la República consagrando el derecho al agua y, por otra, modificar el artículo 20 del texto constitucional incorporando este nuevo derecho al catálogo de derechos protegidos por la acción de protección.

Los antecedentes que sirven para esta modificación se inician con la Resolución 64/292, 28 de julio de 2010, de la Asamblea General de las Naciones Unidas que reconoció explícitamente el derecho humano al agua y al saneamiento, reafirmando que un agua potable limpia y el saneamiento son esenciales para la realización de todos los derechos humanos. Dicha Resolución exhorta a los Estados y organizaciones internacionales a proporcionar recursos financieros, a propiciar la capacitación y la transferencia de tecnología para ayudar a los países, en particular

a los países en vías de desarrollo, a proporcionar un suministro de agua potable y saneamiento saludable, limpio, accesible y asequible para todos.

En noviembre de 2002, como se ha señalado, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptó la Observación General N° 15 sobre el derecho al agua. Así, por una parte, su artículo l.1 establece que "el derecho humano al agua es indispensable para una vida humana digna" y, por otra, que el derecho al agua se define como el derecho de cada uno a disponer de agua suficiente, saludable, aceptable, físicamente accesible y asequible para su uso personal y doméstico.

Así, para estos efectos, el abastecimiento de agua por persona debe ser suficiente y continuo para el uso personal y doméstico. Estos usos incluyen de forma general el agua de beber, el saneamiento personal, el agua para realizar la colada, la preparación de alimentos, la limpieza del hogar y la higiene personal. De acuerdo con la Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS), son necesarios entre 50 y 100 litros de agua por persona y día para garantizar que se cubran las necesidades más básicas y surgen pocas preocupaciones en materia de salud.

Además, el agua necesaria, tanto para el uso personal como doméstico, debe ser saludable; es decir, libre de microorganismos, sustancias químicas y peligros radiológicos que constituyan una amenaza para la salud humana. Las medidas de seguridad del agua potable vienen normalmente definidas por estándares nacionales y/o locales de calidad del agua de boca. Las Guías para la calidad del agua potable de la OMS proporcionan la bases para el desarrollo de estándares nacionales que, implementadas adecuadamente, garantizarán la salubridad del agua potable.

Por otra parte, el agua ha de presentar un color, olor y sabor aceptables para ambos usos, personal y doméstico. Así, todas las instalaciones y servicios de agua deben ser culturalmente apropiados y sensibles al género, al ciclo de la vida y a las exigencias de privacidad.

Todo el mundo tiene derecho a unos servicios de agua y saneamiento accesibles físicamente dentro o situados en la inmediata cercanía del hogar, de las instituciones académicas, en el lugar de trabajo o las instituciones de salud. De acuerdo con la OMS, la fuente de agua debe encontrarse a menos de 1.000 metros del hogar y el tiempo de desplazamiento para la recogida no debería superar los 30 minutos.

Finalmente, el agua y los servicios e instalaciones de acceso al agua deben ser asequibles para todos. El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (en adelante, PNUD) sugiere que el coste del agua no debería superar el 3% de los ingresos del hogar.

En el contexto anterior, el derecho al agua se está consolidando poco a poco en las nuevas constituciones[30] de Marruecos, Túnez, África del Sur, Colombia, República Democrática del Congo, Gambia, Panamá, Uruguay, Venezuela, Zambia. En Ecuador y las Maldivas (2008), la Constitución reconoce el derecho al agua como un derecho humano fundamental. En Kenia, la Constitución de 2010 reconoce el derecho a una vivienda adecuada, el derecho a estándares de un nivel razonable de saneamiento y el derecho al agua potable. En 2004 la Constitución de Uruguay pasó a definir el agua como un derecho natural esencial para la vida y el acceso al agua potable como un derecho humano fundamental estableciendo la gestión social y sostenible de los recursos hídricos del país, cuya planificación y control se someten a un proceso participativo y cuya gestión corresponde en exclusiva a los poderes públicos.

De igual modo, la Constitución de Ecuador de 2008 reconoce los recursos naturales y entre ellos el agua, como bienes comunes, al proclamar en su artículo 1, párrafo tercero, que, "los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible". En su artículo 12 constitucionaliza "el derecho humano al agua", al que se define como "fundamental e irrenunciable" y este mismo precepto corrobora el régimen jurídico

[30] Ruiz Ruiz, Juan José. El derecho al agua en las nuevas Constituciones de Marruecos (2011) y Túnez (2014). UNED. Revista de Derecho Político. Disponible en: Núm. 98 (2017).

que para todos los recursos naturales contempla el artículo 1, al disponer que "el agua constituye patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida". De manera análoga se tutela otra necesidad vital al reconocer el derecho de "personas y colectividades" al "acceso seguro y permanente a alimentos sanos, suficientes y nutritivos".

La doctrina ecuatoriana entiende que del contenido constitucional del derecho al agua se deriva una prelación de usos del agua 1) para el ser humano, 2) para la soberanía alimentaria, 3) para asegurar el ciclo vital del agua y 4) para actividades productivas.

También las Constituciones de Guatemala (artículo 128), Panamá (artículo 118) y Ecuador (artículo 23) han constitucionalizado el derecho al agua.

En Bolivia la Constitución de 2009 en su artículo 16.c.1 afirma que "toda persona tiene el derecho al agua y a la alimentación", declaración que completa el artículo 20, al disponer que "toda persona tiene derecho de acceso universal e igual al servicio de agua potable (...) El acceso al agua constituye un derecho humano que no puede ser objeto de concesión y privatización".

Una de las formulaciones más acabadas se encuentra en la Constitución de México que, tras la reforma de 2011, dispone en su artículo 4 que "Toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible. El Estado garantizará este derecho y la ley definirá las bases, apoyos y modalidades para el acceso y uso equitativo y sustentable de los recursos hídricos".

Sudáfrica, por su parte, en el art. 27 c.1 b) de la Constitución de 1996 reconoce que "toda persona tiene derecho de acceso al alimento y agua suficientes".

En Europa la consagración constitucional del derecho al agua se ha intentado en varias ocasiones así, por ejemplo, en Bélgica, en un intento por incorporar nuevas generaciones de derechos como el derecho de acceso a internet o el derecho a la energía. También en Francia el reconocimiento del derecho al agua ha

sido objeto de diversas iniciativas parlamentarias desde 2013 que no han prosperado. Tal vez por ello su reconocimiento a nivel constitucional solo ha sido parcial y por vía hasta ahora jurisprudencial, puesto que ha sido en la decisión del Conseil Constitutionnel N°2015-470 de 29 de mayo de 2015, que resolvía una question prioritaire de constitutionnalité planteada por una empresa adjudicataria (SAUR SAS), donde se ha reconocido que la prohibición de cortes de agua se encuentra conforme a la Constitución.

A nivel legislativo se encuentra reconocido en el artículo 1 de la Ley N° 2006-1772, de 30 de diciembre de 2006, sobre el agua y medios acuáticos, en el que se dispone que "cada persona física, para su alimentación e higiene, tiene el derecho de acceder al agua potable en condiciones económicamente aceptables para todos".

A nivel jurisprudencial, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en una sentencia de 2012 reconoció el suministro de agua como una prioridad, especialmente en lo que se refiere al impacto sobre la salud y la vida de la población. En España, el Estatuto de la Comunidad de Valencia (2006), el de la Comunidad de Aragón (2007) y el de Castilla-La Mancha (2007) garantizan el derecho de las personas a tener un suficiente suministro de agua de calidad.

Finalmente, en el estado de Sinaloa, en México, su constitución (2008) reconoce el derecho al agua y al saneamiento.

Pues bien, nuestra actual Constitución Política menciona tan sólo en dos ocasiones al agua en su texto y exclusivamente en el contexto del derecho de propiedad contenido en el numeral 24 del artículo 19. Así, en un primer caso, para referirse a los yacimientos de cualquier especie existentes en las aguas marítimas sometidas a la jurisdicción nacional y, por otra, para amparar bajo el derecho de propiedad a los derechos de aprovechamiento de aguas. En consecuencia, nada se dice en relación al derecho al agua, en su dimensión de derecho humano.

La historia fidedigna de la discusión de la Constitución de 1980 tampoco recoge esta nueva concepción (derecho al agua) debido a que este elemento, desde

un punto de vista jurídico, se entendía indisolublemente vinculado a la concepción de su derecho de aprovechamiento. Así, en el seno de la CENC, se señaló que "se ha estimado que debe establecerse un régimen que, sin importar el reconocimiento de un derecho de dominio sobre las aguas, permita asegurar las inversiones que conforman una infraestructura tendiente a lograr el mejor aprovechamiento de este elemento, tales como redes de canales, tranques de almacenamiento, etc.[31]

En consecuencia, la reforma constitucional que se propone constituye una innovación desde el punto de vista del derecho interno y el cumplimiento de los actuales estándares normativos en materia de derechos humanos. Además, de integrar al texto constitucional instrumentos jurídicos que permitan al Estado y a los particulares asegurar que la disponibilidad de agua priorice el consumo y bienestar humanos, como por ejemplo, la acción de protección que procederá, frente a actos u omisiones arbitrarios o ilegales que provoquen la privación, perturbación o amenaza del derecho al agua.

El agua como bien nacional de uso público.

Ya en el siglo XIX, Prado[32] -siguiendo al ese entonces recientemente promulgado Código Civil- sostenía que, una clasificación de los bienes es aquella que distingue entre nacionales y particulares o privados. Así, para la doctrina decimonónica, se llaman bienes nacionales aquellos cuyo dominio pertenece a la nación toda y si, además su uso pertenece a todos los habitantes de la nación, como el de calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, se llaman bienes nacionales de uso público o bienes públicos. Los bienes nacionales cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes del Estado o bienes fiscales.

---

[31] Historia de la Constitución Política. Artículo 19 N°24. Página 17. Biblioteca del Congreso Nacional. Información disponible en:
file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/HLArt19N24CPR.pdf

[32] Prado Santiago (se atribuye autoría). Principios Elementales de Derecho Administrativo chileno adaptados a la enseñanza del ramo en el instituto Nacional. Siguiendo el plan i las teorías de varios autores. Imprenta Nacional. Santiago. 1859. Página 249.

Además, agrega que "A la primera especie de bienes nacionales, a más de los enumerados corresponden los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales, exceptuándose las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad y los grandes lagos que pueden navegarse por buques de más de cien toneladas"[33].

El mismo autor sostiene que, "el deber principal de la administración en cuanto a los bienes nacionales de uso público, es velar por su conservación i mejora; impedir que el interés de particulares se sobreponga al general estorbando o menoscabando el uso común, todo con arreglo a las leyes i ordenanzas particulares que reglamentan el uso de esta especie de bienes."[34]

Pues bien, casi 120 años después el panorama en relación a las aguas es bastante distinto. Así, continúan siendo bienes nacionales de uso público de acuerdo al Código Civil y al Código de Aguas, sin embargo, el derecho de aprovechamiento sobre ellas no sólo goza consagración constitucional sino que de una protección especial en el mismo texto, el del derecho de propiedad, es decir, el titular del derecho de aprovechamiento de aguas es, a su vez, titular de un derecho de propiedad sobre el referido derecho, lo que en la actualidad, ha llevado a que el derecho de aprovechamiento de aguas prime sobre el carácter de bien nacional de uso público de las mismas.

Lo anterior, en virtud de la presente iniciativa, será modificado sustancialmente, por una parte, elevando a la máxima jerarquía de nuestro ordenamiento jurídico el carácter de bien nacional de uso público de las aguas y, por otra, extirpando del texto de la Constitución la protección propietarizada de los derechos de aprovechamiento de aguas.

Con lo anterior, el Estado podrá adoptar políticas públicas y disponer e incentivar medidas administrativas y legislativas que mejor compatibilicen con el nuevo

---

[33] Ídem.
[34] Ob. Cit. 5 Página 250.

régimen de las aguas, tanto en su dimensión de derecho humano, como de bien nacional de uso público.

En virtud de lo anteriormente expuesto, venimos en proponer la siguiente iniciativa:

PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL

ARTÍCULO ÚNICO: Modificase el Decreto N°100, de 16 de junio de 2018, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República, en la siguiente forma:

1. Agregase un nuevo numeral 8 bis al artículo 19, del tenor que sigue

"El derecho a disponer de agua suficiente, saludable, aceptable, físicamente accesible y asequible para su uso personal y doméstico.

El Estado deberá proveer los servicios básicos necesarios para garantizar este derecho y el acceso al agua potable y el saneamiento.

Las aguas en cualquiera de sus estados, incluidas las aguas desaladas y glaciares, son bienes nacionales de uso público.

La ley asegurará el manejo integrado de cuencas y de los acuíferos para armonizar su uso y acceso en forma participativa; y establecerá las prioridades de uso de las aguas, favoreciendo el consumo humano y su sustentabilidad, así como las condiciones para adquirir, ejercer, restringir y caducar los derechos o permisos otorgados sobre ellas."

2. Eliminase el inciso final del numeral 24 del artículo 19.

3. Agrégase en el artículo 20 inciso primero entre los guarismos "6," y "9", al guarismo "8bis,"