Boletín Nº 12.970-07

Proyecto de reforma constitucional, iniciado en moción del Honorable Senador señor Latorre, que suprime el texto referido a la propiedad sobre las aguas y consagra el derecho humano al agua.

1. Antecedentes

Proyecto de reforma constitucional, iniciado en moción del Honorable Senador señor Latorre, que elimina el texto de la Constitución sobre la propiedad que se otorga sobre las aguas a los titulares de los derechos reconocidos o constituidos sobre ellas en conformidad a la ley y que incorpora a la Constitución el derecho humano al agua.

1. Escasez hídrica y cambio climático

Chile se encuentra en un grave contexto de escasez hídrica. Más de 400.000 personas no tienen acceso al agua a través de cañerías y deben abastecerse mediante camiones aljibe.[1] Del mismo modo, hacia el año 2040 Chile entrará en el grupo de los 25 países con mayor estrás hídrico.[2] Especialmente, las regiones de Coquimbo y Valparaíso, en los últimos años, han debido recurrir continuamente a la declaración de zona de emergencia agrícola, de zona de emergencia ganadera y, finalmente, de zona de catástrofe, para poder disponer de recursos para paliar los efectos de la prolongada sequía. Con todo, ninguna de estas medidas ha logrado realizar una mejora significativa de las personas que no cuentan con acceso al agua para uso doméstico y personal, como tampoco pequeños ganaderos y agricultores.

A pesar de lo anterior, de acuerdo a los datos oficiales del Ministerio de Obras Públicas de Chile al considerar todo el territorio nacional el volumen de agua disponible a partir de las precipitaciones que escurren por cauces es de 53.000 m3 por persona al año. Esto constituye ocho veces el promedio mundial de 6.600 m3 por persona al año, y en 25 veces el mínimo (2.000 m3 por persona al año).[3]

De acuerdo a la información precedente en Chile existe suficiente agua para asegurar el suministro. Con todo, Chile no es capaz de garantizar el acceso al agua a toda la población. Existe un grave problema de gestión del agua, por una parte, y un gran problema sobre la regulación de los derechos de agua. En términos de gestión existen varias autoridades con funciones superpuestas, no existe manejo integral de cuencas y la capacidad fiscalizadora y reguladora de la Dirección General de Aguas es bastante limitada. Junto con lo anterior, la

[1] Fundación Newenko (2019). Escasez Hídrica en Chile, p. 2
[2] Ibíd.
[3] Ibíd.

gobernanza del agua pone usualmente en tensión a asociaciones de canalistas, APR y otros actores involucrados.

Por estas razones, es que resulta necesario discutir dos elementos que son el pilar de la regulación del sector hídrico en Chile: reconocimiento del agua como un derecho humano universal y la regulación de los derechos que pueden constituirse sobre las aguas.

2. Fuentes del Derecho Humano al Agua

En noviembre de 2002, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptó la Observación General N° 15[4] sobre el derecho al agua. En su artículo I.1 establece que: "El derecho humano al agua es indispensable para una vida humana digna". La Observación n° 15 también define el derecho al agua como el derecho de cada uno a disponer de agua suficiente, saludable, aceptable, físicamente accesible y asequible para su uso personal y doméstico. Luego, el 28 de julio de 2010, a través de la Resolución 64/292[5] la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó una resolución que explícitamente reconoció por primera vez el derecho humano al agua y al saneamiento. El énfasis se puso en que el agua potable y el saneamiento son esenciales para la realización de todos los derechos humanos. De ambos instrumentos internacionales se toma la redacción de este proyecto de ley.

El acceso al agua incluye el acceso al agua suficiente para uso personal. La provisión de agua debe asegurarse para el uso personal y doméstico, libre de contaminantes. El acceso material al agua se debe proveer sin discriminación y la seguridad personal no puede ser comprometida para acceder al agua.

Del mismo modo, el agua debe ser económicamente accesible de manera tal que los costos directos e indirectos sean abordables y no deben desplazar la realización de otros derechos como vivienda, comida, educación y salud.

Finalmente, a pesar de que no encontramos en la Declaración Americana y Declaración Universal de los Derechos Humanos el derecho agua como un principio guía, el artículo 25 de esta última declaración lo aborda, estando el derecho al agua implícito bajo el derecho a la vida y el derecho a un estándar de vida adecuado, que asegure a las personas así como a sus familias, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios.

---

[4] Disponible en: https://www.refworld.org/pdfid/4538838d11.pdf (en inglés)

[5] Disponible en: https://www.un.org/ga/serch/view_doc.asp?symbol=A/RES/64/292&Lang=S

3. El agua no puede ser tratada como un derecho de propiedad más.

Nuestro Código de Aguas actualmente en vigor señala, en su artículo 5°, que las aguas son bienes nacionales de uso público, otorgándose a los particulares el aprovechamiento de ellas, en conformidad y con los requisitos establecidos por sus disposiciones. De modo paralelo, nuestro Código Civil en su artículo 595 señala igualmente que "todas las aguas sobre bienes nacionales de uso público". Acorde con ello, puede sostenerse que en Chile no existen aguas privadas, o más aún, que sobre las aguas, consideradas como bienes, no puede existir apropiación directa por los particulares, por pertenecer ellas a la Nación toda.

Sin embargo, la propia ley señala y luego caracteriza el aprovechamiento privado del agua, dotándolo de atributos que han hecho posible que sobre este recurso natural se haya creado un mercado y que sea objeto de tráfico jurídico como la mayoría de los demás bienes. Incluso, se regulan estos derechos que se pueden constituir sobre las aguas en el inciso 11 del numeral 24 del artículo 19° de nuestra Constitución a propósito del derecho de propiedad.

Consideramos que esta aproximación a los derechos a ser constituidos sobre las aguas es insuficiente, y de hecho, estos derechos ya están sujetos a la hipótesis general del numeral 24 del artículo 19 de la Constitución, en tanto nuestra Carta Fundamental asegura a todas las personas en su inciso primero: "El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales".

Los derechos de propiedad sobre el agua superficial se han justificado por ser un medio para crear la seguridad y certeza jurídica necesaria para la inversión. Considerar que existe un derecho de propiedad sobre el derecho de aprovechamiento de agua consagrado en el Código de Aguas es problemático. Internacionalmente, en muchos casos se ha tratado este derecho sobre el agua superficial como un usufructo, pues se limita el derecho a un flujo y uso específico.[6] Del mismo modo, la situación de escasez hídrica sostenida que posee Chile, especialmente en sus zonas centro norte, dotan en un sinsentido la situación de mantener la "certeza jurídica" sobre agua que materialmente no está disponible.

Por estas consideraciones resulta necesario consagrar el derecho humano al agua, para asegurar a las personas su acceso para uso doméstico y personal. De esta manera, se consagra en la Constitución la regulación del agua como un derecho humano.

---

[6] Matthews, Paul (1991). "Water is not Real Property". Journal of Contemporary Water Research and Education, Vol. 85, Issue 1, p. l

4. El agua como un derecho humano

En el derecho comparado, encontramos algunos Estados que han reconocido constitucionalmente el derecho humano al agua. Entre ellos encontramos los casos de Sudáfrica y de Uruguay. En otros casos, por ejemplo Hungría, no se ha consagrado este derecho a nivel constitucional. Sin embargo, para enfrentar la crisis hídrica global, se han priorizado la gestión de los recursos hídricos de manera que se cubran las necesidades básicas de la población.[7]

El reconocimiento del derecho al agua no se vincula únicamente con la satisfacción de una necesidad humana básica sino que además se vincula con la dignidad intrínseca que poseen las personas. De este modo, al asumirse un compromiso en el ámbito de los derechos humanos se protege a los recursos hídricos de situaciones de sobreexplotación (como ocurren en Chile a raíz del sobre otorgamiento de derechos de aprovechamiento) y de contaminación.

Junto con lo anterior, cabe destacar que el agua es un bien fundamental tanto para la sobrevivencia como para que no se menoscaben otros derechos humanos. Al resguardar constitucionalmente este derecho dentro de las garantías de nuestra carta constitucional estamos contribuyendo a la erradicación de la pobreza y a lograr un desarrollo sostenible de los recursos hídricos en beneficio de generaciones presentes, sometidas a la urgencia de tomar medidas en la gestión del agua y en su reconocimiento de ella como un derecho, así como respecto de las generaciones futuras[8].

2. Proyecto de Reforma Constitucional

Artículo único. Introdúcense las siguientes modificaciones en la Constitución Política de la República:

1. Modifíquese el artículo 19 en el siguiente sentido:

a. Elimínese el inciso 11 del numeral 24.

b. Intercálese, a continuación del numeral 25°, el siguiente numeral 26°, pasando el actual a ser 27°:

"26° El derecho al agua potable y al saneamiento. Se entenderá que este derecho es esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos.

---

[7] Tello, Luisa (2006). "El acceso al agua potable, ¿un derecho humano?". Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos, Número 2, p. 103.

[8] Tello, Luisa (2006). "El acceso al agua potable, ¿un derecho humano?". Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos, Número 2, p. 121.

Toda persona tiene derecho a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, físicamente accesible y asequible para el uso personal y doméstico. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar el suministro y provisión del mismo".