

2. MARCO CONSTITUCIONAL PARA LA GESTIÓN DE LAS AGUAS EN CHILE: APROXIMACIÓN DESDE EL DERECHO HUMANO AL AGUA Y AL SANEAMIENTO

ANTONIO PULGAR MARTÍNEZ¹

RESUMEN

El reconocimiento del Derecho Humano al Agua y al Saneamiento en el Sistema Internacional de los Derechos Humanos supone nuevos desafíos para las regulaciones nacionales, para la adopción del contenido normativo de esta garantía. Por otra parte, y en consideración del principio de supremacía constitucional, la actividad normativa del Estado debe ceñirse a las normas y principios que la Carta Fundamental estatuye lo que, en el caso de la legislación chilena, podría suponer desajustes normativos que deben ser revisados. El presente artículo pretende abordar estos desafíos: i) en una primera parte en donde se señalen el contenido del Derecho Humano al Agua y al Saneamiento; ii) una revisión de los preceptos que constituyen las bases para la gestión hídrica en la Constitución chilena, y iii) un tercera parte, en la que se dé cuenta de los desafíos de la regulación chilena desde un enfoque de derechos humanos.

1 Egresado de Derecho de la Universidad de Chile. Asistente de investigación del Centro de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

2.1. Introducción

En materia de gestión de aguas, la entrada en vigor de la Constitución de 1980 supone un hito fundamental para la construcción del modelo normativo, actualmente vigente, en relación a la legislación sectorial de las aguas. Dicho modelo de gestión, de un contenido jurídico-político concordante con una ideología liberal en términos económicos, supone una fuerte vinculación entre los principios y valores que la Carta Fundamental introduce, y los preceptos e instrumentos que el propio Código de Aguas (1981) establece en términos de regular el acceso, uso y aprovechamiento de las aguas.

Por otro lado, y a partir del reconocimiento de la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2010, en el ámbito internacional, se ha reconocido la existencia de un derecho humano de carácter autónomo, relacionado al acceso al agua, así como a los servicios sanitarios vinculados a las aguas. La construcción de los elementos que componen este nuevo derecho humano puede ser puesta en perspectiva histórica para comprender, de mejor manera, la extensión de sus efectos.

Comprendiendo a la Constitución como el espacio hermenéutico, formal y sustantivo, en donde se despliegan los instrumentos jurídicos que regulan nuestra realidad, el debate constitucional propone una disputa de este espacio normativo, desde el cual se construyen tanto las respuestas institucionales, a nivel de Administración, como con respecto a las tutelas jurisdiccionales relacionadas al acceso, uso y aprovechamiento de las aguas en nuestro país. Dicho diagnóstico resulta vital para poder analizar, bajo el estándar del derecho internacional de los derechos humanos, la factibilidad de asimilar los contenidos vinculados a la garantía fundamental del acceso al agua, como también los aspectos críticos de la regulación constitucional.

Así, se pretende abordar las bases constitucionales para la regulación del recurso hídrico de la siguiente manera: i) una primera parte en donde se contextualicen los desafíos que propone el derecho humano al agua y al saneamiento; ii) una segunda parte en donde se aborden los preceptos que constituyen las bases para la gestión hídrica, ya sea desde la perspectiva de derechos fundamentales, como también desde la óptica económica en la que es abordada principalmente en nuestro ordenamiento jurídico; iii) un tercera parte y final, en la que se abordan los desafíos regulatorios que presenta el reconocimiento del DHAS en nuestro país.

2.2. El derecho humano al agua y al saneamiento

A) Desarrollo del derecho humano al agua y al saneamiento

En el ámbito internacional, a partir de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas de Estocolmo, en 1972, se comenzó a desarrollar una vinculación entre la protección del medio ambiente y los derechos humanos. En paralelo al desarrollo de las problemáticas ambientales y su respuesta por parte de la comunidad internacional, la situación de escasez del agua y el abastecimiento de la población mundial comenzaron a surgir como un asunto de igual importancia en la agenda política internacional.

Siguiendo a BAUTISTA, podemos encontrar dos momentos de desarrollo en relación a la protección de los recursos hídricos y una especie de reconocimiento de un derecho en relación al agua². El primer momento se sitúa en una serie de declaraciones e instrumentos de Naciones Unidas, tal como la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua, en Mar del Plata en 1977, y el Decenio Internacional del Agua Potable y el Saneamiento Ambiental, del periodo 1981-1991, lo que generó el reconocimiento de un derecho al agua en instrumentos que, tangencial y progresivamente, comenzaron a explicitar esta interconexión entre derechos humanos y agua³.

Otro hito relevante respecto de esta primera etapa se refiere a la Conferencia Internacional sobre el Agua y el Medio Ambiente de Dublín, en 1992, en cuanto se comenzó a referenciar la calidad de derecho fundamental que le correspondía a la, en ese entonces, aspiración por un acceso equitativo para la población mundial, generando una mayor conciencia sobre el papel de la planificación, gestión y conservación del recurso hídrico. Por otro lado, sostuvo un “discurso favorable a la participación privada en la

2 BAUTISTA, Juan (2013), *El derecho humano al agua y al saneamiento frente a los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM)*, CEPAL, Santiago, pp. 11-14.

3 En tal sentido podemos mencionar la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979 (CEDAW) estableció, en su artículo 14, párrafo 2, inciso h), el derecho de las mujeres de “gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de [...] el abastecimiento de agua”, así como la Convención sobre los Derechos del Niño, en donde se busca asegurar el disfrute de servicios sanitarios, y el combate a las enfermedades y malnutrición en la atención primaria de la salud de los niños con el suministro de alimentos nutritivos adecuados y de agua potable salubre, en relación a lo señalado en su artículo 24, párrafo 2.

prestación de los servicios de agua potable y saneamiento encontró una de sus referencias más potentes en la lectura algo sesgada que ciertos sectores hicieron de la Declaración de Dublín sobre el Agua y el Desarrollo Sostenible [...] Muchos de los países y varias instituciones financieras internacionales optaron por focalizar su atención en el aspecto del valor económico y promovieron procesos privatizadores en el mundo en vías de desarrollo⁴.

Desde una perspectiva histórica, esta concepción se desarrolló de la mano del fuerte fenómeno de liberalización de los mercados que la globalización económica implicó en relación a la implementación de políticas de contención del gasto público, en un contexto de fuertes críticas a los sistemas de desarrollo centrados en el Estado, ineficientes, corruptibles y siempre faltos de recursos, en relación a la gestión de los recursos naturales, y en particular del agua, lo que generó una merma importante en la prestación de servicios de carácter estatal y un creciente interés del sector privado para la participación en este mercado⁵.

La privatización de los sistemas de gestión de aguas comenzó a gestar distintas situaciones conflictivas en relación al acceso al recurso. Estas problemáticas que surgieron con la instauración de modelos mercantiles de gestión del agua, con regulación pública débil, posibilitó un cambio de concepción en el reconocimiento de un derecho humano al agua. Así, las críticas comenzaron a evidenciar la necesidad de robustecer los instrumentos de intervención estatal en la regulación del agua, en donde la ciudadanía ya no tiene un rol pasivo en relación al servicio público de agua potable, sino que propende a construir una titularidad activa en relación a derechos exigibles a la autoridad⁶.

Así, en el año 2002, se desarrolla la construcción del contenido sustantivo del derecho humano al agua, por medio de la Observación General

4 BAUTISTA, Juan (2013), p. 13.

5 Ídem.

6 Ídem. En el mismo sentido, tal como señala Bauer, el enfoque de libre mercado y el tratamiento del agua como un bien económico género que el sistema de mercados de aguas instaurado en Chile sirviera de inspiración para las reformas hídricas de la región y otros países, con el apoyo de organismos como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional. BAUER, Carl (2015), *Canto de sirenas: el Derecho de Aguas chileno como modelo para reformas internacionales*, 2ª edición (Santiago: El Desconcierto), pp. 63-65.

Nº 15 del Comité del Pacto Internacional Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). A pesar de que el Pacto no hace referencia directa sobre un derecho al agua, el Comité desarrolla la cuestión sustantiva a partir de los artículos 11 y 12 del PIDESC. Posteriormente, la Asamblea General de las Naciones Unidas, por medio de su resolución A/RES/64/292, de 28 de julio, “reconoce que el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos”⁷, vinculando el contenido sustantivo de este derecho a lo desarrollado previamente por la Observación General Nº 15 del Comité del PIDESC.

Ya el año 2015, otro instrumento de *soft law* incorporó nuevos desafíos relacionados con el derecho humano al agua y al saneamiento. Los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) que presenta la Agenda 2030, aprobada en septiembre de dicho año por la Asamblea General de las Naciones Unidas, estableció los desafíos de la comunidad internacional en pos de la lucha contra la erradicación de la pobreza y la consagración de la paz mundial. En dicho documento, la preocupación por los efectos que el fenómeno del cambio climático introduce en los recursos hídricos son tomados con especial preocupación, incluyendo nuevos conceptos a ser incorporados en la dimensión sustancial de este derecho, en cuanto se comprende que dificultades de acceso, en desigualdad de condiciones y con discriminación, es un factor importante para la mantención de la distribución desigual de la riqueza.

B) Contenido del derecho humano al agua y al saneamiento

Siguiendo el desarrollo de la Observación General Nº 15, la construcción del contenido sustancial del DHAS se construye a partir de los artículos 11 y 12 del PIDESC, en cuanto conformarían elementos comprendidos, y vinculados indisolublemente con el derecho al nivel de vida más alto y adecuado para la persona y su entorno familiar, entre otros derechos estrechamente conectados⁸. A mayor abundamiento, en su construcción subya-

7 Asamblea General de las Naciones Unidas, *El derecho humano al agua y el saneamiento* (A/RES/64/292, julio 2010).

8 En tal sentido OCHOA, señala que “el Derecho al Agua se encontraría incluido en el art. 11 del párrafo I del Pacto, dentro del derecho a un nivel de vida adecuado, pues el uso de la palabra incluso, empleada por esta disposición, indica que la enumeración que

ce el principio de no discriminación, toda vez que el medio ambiente, y particularmente el agua como uno de sus componentes, se revela como un recurso natural indispensable para la supervivencia de la humanidad. Así, tampoco es posible desconocer la solidaridad intergeneracional como un principio fundante de este derecho⁹.

El Comité define el derecho humano al agua como “el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico”¹⁰. Si bien la definición de su contenido se realiza en términos de derechos, libertades y obligaciones estatales vinculadas, el DHAS se define como un derecho de carácter prestacional, toda vez que explicita “las exigencias de los valores de dignidad, igualdad y de solidaridad humana, buscando superar las desigualdades sociales, generando el derecho de participar en los beneficios de la vida social o, al menos, a un mínimo vital compatible con la dignidad humana a través de derechos y prestaciones brindadas directa o indirectamente por los poderes públicos”¹¹.

en él se hace no resulta en ningún caso exhaustiva, considerándolo indisolublemente unido al nivel más alto de salud posible, al Derecho a la Vivienda y a la alimentación adecuada; al Derecho a la Vida y a la Dignidad Humana, al Derecho al Trabajo y a participar en la vida cultural”. OCHOA, Fernando (2013), “El derecho al agua como derecho internacionalmente justiciable en el sistema interamericano de derechos humanos. Un Análisis a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Revista de Derecho (Concepción)*, 233-234, p. 145.

- 9 En tal sentido Salas señala que, respecto de los elementos del DHAS, “subyace el principio de no discriminación, entendiendo que el agua es un servicio universal, lo que resulta de su condición de recurso esencial para la supervivencia, y debiera tenerse presente también el principio de la equidad intergeneracional, no recogido por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, pero que informa las obligaciones que asumen los Estados con relación a este derecho, e incorpora una perspectiva temporal en su ejercicio, es decir, la consideración de las generaciones futuras”. SALAS, Carolina (2011), “El derecho humano al agua: estructura y consecuencias jurídicas”, en *Actas de Derecho de Aguas* 1, p. 51.
- 10 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y Culturales*, Observación General N° 15, E/C.12/2002/11, noviembre 2002, p. 2, párrafo 3°.
- 11 NOGUERÍA, Humberto (2009), “Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano”, en *Estudios Constitucionales* 7, N° 2, p. 152.

De la misma manera, se configuran obligaciones específicas para los Estados, destinadas a respetar, proteger y cumplir con el disfrute del derecho humano al agua. Así, los Estados deben abstenerse de realizar cualquier práctica que injiera, de modo directo o indirecto, en el ejercicio y realización del derecho humano al agua, absteniéndose de realizar cualquier práctica o actividad que entorpezca, en condiciones de igualdad, el ejercicio del derecho. De igual manera, los poderes públicos deben aplicar medidas necesarias y efectivas, directas o indirectas, que aseguren el ejercicio del derecho, ya sea facilitando el ejercicio por comunidades o particulares, promoviendo información relacionada a la protección de recursos hídricos o promoviendo su eficacia.

El DHAS cuenta con tres factores, aplicables a cualquier circunstancia, que nos explicitan el entendimiento de un adecuado ejercicio de este derecho: disponibilidad, calidad, y accesibilidad.

En cuanto a la disponibilidad, “el abastecimiento de agua de cada persona debe ser continuo y suficiente para los usos personales y domésticos”¹². En tal sentido, el consumo debe satisfacer las necesidades de bebida y alimento, incluidas la higiene alimentaria y la preparación de comestibles, así como en lo que respecta al saneamiento ambiental, relacionado a propiciar las condiciones necesarias para asegurar el aseo personal, la higiene del hogar y la evacuación de excretas humanas¹³.

En relación a la calidad, se señala que el agua debe ser salubre, sin constituir una amenaza para la salud de las personas, libre de contaminación, alcanzando criterios de color, olor y sabor aceptables para su uso. Asimismo, los servicios de saneamiento deben ser seguros, otorgando agua limpia para el aseo personal, incluyendo la descarga y mantenimiento de las instalaciones¹⁴.

El factor de accesibilidad implica que el agua, sus instalaciones y servicios, deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado. Este factor reconoce cuatro dimensiones com-

12 OCHOA, Fernando (2013), p. 148.

13 A mayor abundamiento, Bautista señala que, según las estimaciones del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD, 2006), como de los informes de la Organización Mundial de la Salud, el mínimo exigible para hacer frente a las necesidades básicas sería entre 20 a 50 litros por persona por día. BAUTISTA, Juan (2013), p. 18.

14 BAUTISTA, Juan (2013), p. 29.

plementarias de la accesibilidad: i) accesibilidad física, encontrándose al alcance de toda la población, sin amenazas a la seguridad física; ii) accesibilidad económica, de manera que los costos asociados no supongan una vulneración o amenaza al ejercicio del derecho; iii) no discriminación, de manera de ser accesible, material y jurídicamente, sin discriminaciones, en particular, a población especialmente vulnerable, y iv) acceso a la información, pudiendo solicitar, recibir y difundir la información relacionada con el recurso hídrico y sus servicios relacionados.

La inclusión de la preocupación por el estado de las aguas, el acceso al agua potable y al saneamiento, como elemento que perpetúa la pobreza en la población, en los Objetivos de Desarrollo Sostenible también ha contribuido en la construcción de contenido jurídico del derecho humano al agua. En pos de generar las condiciones institucionales y económicas que permitan un desarrollo sostenible, se debe avanzar en la gestión y gobernanza de los recursos naturales, con solidaridad intergeneracional. Y en este tópico, la gestión del agua continental y los océanos se erige como un tema central.

Si bien es cierto, el ODS N° 6 es el único que refiere explícitamente sobre los desafíos de acceso al agua, la Agenda 2030 constituye un todo indisoluble, en donde todos los objetivos se encaminan a combatir la pobreza desde distintas perspectivas, de manera tal que existen otros objetivos que se interrelacionan con la gobernanza de las aguas¹⁵. De esta manera, el aporte en la construcción del contenido sustancial del DHAS, por parte de los ODS, consiste en incorporar aspectos relacionados a la gestión y calidad de las aguas, de manera tal que se garantice el acceso universal al agua potable y los servicios de saneamiento, mejorando los estándares de calidad de agua, evitando la contaminación de los afluentes y la descarga de sustancias residuales o peligrosas, la implementación de la gestión inte-

15 En tal perspectiva, podemos mencionar el Objetivo N° 2, relacionado con poner fin al hambre, lograr la seguridad alimentaria y mejorar la nutrición; el Objetivo N° 12, relacionado a garantizar las modalidades de consumo y producción sostenible, particularmente respecto al uso y gestión de los recursos naturales; el Objetivo N° 13, que busca adoptar medidas de combate contra el cambio climático, respecto a la resiliencia y adaptación a este fenómeno; el Objetivo N° 14, que pone su foco en los océanos, mares y recursos marinos, los que se deben conservar y utilizar sosteniblemente, y el Objetivo N° 15 que pone el foco en la protección, restablecimiento y uso sostenible de los ecosistemas terrestres, gestionar sosteniblemente los bosques, luchar contra la desertificación, detener e invertir la degradación de las tierras y detener la pérdida de biodiversidad.

grada de los recursos hídricos a distintos niveles normativos, y la inclusión de la participación de la comunidad en la implementación de mecanismos de gobernanza y saneamiento.

Esta concepción se ha reforzado en términos de respetar los ciclos naturales del agua, a la hora de instalar sistemas de gestión y gobernanza del recurso, de manera de alcanzar una armonía entre la protección ambiental con la de los recursos hídricos. En tal sentido, RECABARREN expone “[...] que las principales dificultades del acceso al agua dicen relación con su estado y conservación, es que la garantía de este derecho se encuentra estrechamente vinculada con la protección –o degradación– del medio ambiente y el crecimiento económico, más que con aspectos propios de los derechos humanos”¹⁶.

El Informe Mundial de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos introduce las Soluciones Basadas en la Naturaleza para la Gestión del Agua (SbN)¹⁷, buscando la introducción de procesos de gestión y gobernanza del agua más eficientes, menos costosas que la construcción de infraestructura gris, con mayores estándares de protección ambiental, de manera de asimilar los procesos naturales de las reservas acuíferas, que sea capaz de encauzar la gobernanza común y participativa de los recursos hídricos.



La protección del medio ambiente, entre ellas las aguas y su gestión, encuentra actualmente su punto de interconexión con los derechos humanos en el DHAS, proponiendo la introducción de nuevos modelos de gestión que aseguren el acceso equitativo al recurso, asegurando su disponibilidad futura.

2.3. El marco constitucional chileno para las aguas

Teniendo a la vista cuáles son los desafíos que nos propone la construcción del DHAS, podemos abarcar el análisis del marco constitucional

16 RECABARREN, Óscar (2016a), “El estándar del Derecho de Aguas desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Medio Ambiente”, en *Estudios Constitucionales* 14, N° 2, p. 326.

17 ONU-Agua, *Informe Mundial de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos 2018: Soluciones basadas en la naturaleza para la gestión del agua* (París, UNESCO, 2018).

chileno para la gestión del recurso hídrico. Abordar los dilemas de la regulación de las aguas desde la perspectiva constitucional resulta un ejercicio interesante, entre otras razones, por la fuerte vinculación jurídica e histórica que existe entre la Carta Constitucional y el Código de Aguas de 1981 como mecanismo de irradiación de los principios jurídico-políticos contenidos en ella¹⁸.

Así, se puede reconocer, en el ámbito constitucional, un espacio de disputa hermenéutica, de importancia radical, para el desarrollo de las soluciones normativas, administrativas y judiciales en torno a la gestión de las aguas en Chile. La concepción y valor jurídico que se le asigna al agua en la Constitución tiene como consecuencia la extensión de instituciones e instrumentos de intervención y gestión del recurso que se subsuma bajo la premisa constitucional, según el principio de supremacía constitucional.

En esta perspectiva, analizaremos los principales artículos constitucionales que inciden en la construcción del ordenamiento jurídico chileno, en torno a la gestión y gobernanza de las aguas.

A) *Artículo 19 N° 8, derecho al medio ambiente libre de contaminación*

En perspectiva histórica, se ha señalado por la doctrina que la inclusión y densidad de la dimensión ambiental en la Constitución de 1980 fue vanguardista para la época de imposición de la Carta Fundamental¹⁹.

La doctrina ha entendido, a su vez, que el precepto constitucional estaría constituido por tres elementos: i) una garantía fundamental o derecho público subjetivo; ii) un deber de protección del Estado o derecho público

18 Respecto al efecto de irradiación, véase ALDUNATE, Eduardo (2009), “La fuerza normativa de la constitución y el sistema de fuentes del derecho”, en *Revista de Derecho (Valparaíso)* 32, N° 1. Disponible en: <<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512009000100013>>.

19 En tal sentido, véanse GALDÁMEZ, Liliana (2017), “Medio ambiente, constitución y tratados en Chile”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 148, p. 116; BERMÚDEZ, Jorge (2014), *Fundamentos de Derecho Ambiental*, 2ª edición (Valparaíso: Ediciones Universitarias), pp. 114-116.

objetivo, y iii) una cláusula de limitación de derechos²⁰. Ahora bien, el desarrollo del derecho fundamental y sus mandatos de optimización conllevan una fuerte vinculación entre la norma constitucional con los conceptos jurídicos contenidos en la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente. Así, la inclusión de este precepto en las bases constitucionales para la gestión del agua responde a la inclusión del agua como un elemento del medio ambiente protegido.

El despliegue de la fuerza normativa de este precepto, siguiendo a **BERMÚDEZ**, no considera al medio ambiente, ni consecuentemente a los recursos hídricos en general, como un objeto de protección autónomo. Por el contrario, se entiende que el fundamento de la protección constitucional se relaciona con el fundamento antrópico e individual de este derecho, en donde la tutela se extiende a la caracterización del medio ambiente como el elemento fáctico para el desarrollo de otras garantías fundamentales, como el derecho a la vida y a la salud que la Constitución garantiza a todas las personas. Así, para la tutela constitucional “no basta esta titularidad genérica o *erga omnes*, es necesario invocar un derecho subjetivo que efectivamente fue afectado”²¹, respecto del espacio de protección que se requiere para que el ser humano logre su mayor realización espiritual y material posible.

Por otra parte, el mandato de protección estatal conlleva asegurar la no afectación de la garantía fundamental y la preservación del medio ambiente, cuyo efecto se extendería a la protección de las aguas en relación a su irrefutable interrelación con el equilibrio ecosistémico. Esto implicaría

20 GUZMÁN, Rodrigo (2012), *Derecho Ambiental chileno. Principios, instituciones, instrumentos de gestión*, (Santiago: Planeta Sostenible), pp. 49-50; GALDÁMEZ, Liliana (2017), p. 116.

21 BERMÚDEZ, Jorge (2000), “El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* 21, p. 11. En el mismo sentido, Aguilar señala que lo que asegura la Constitución asegura es “sólo el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación que sea nociva para la vida o la salud del hombre, como asimismo dañina para el ecosistema en que él se desenvuelve”. AGUILAR, Gonzalo (2016), “Las deficiencias de la fórmula ‘Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación’ en la Constitución chilena y algunas propuestas para su revisión”, en *Estudios Constitucionales* 14, N° 2, p. 370.

una consideración importante del principio preventivo como límite a las actuaciones del Estado en materia ambiental²².

Respecto a la cláusula de restricción de derechos, funciona como norma operativa o de legitimación para la restricción, a nivel normativo, de otros derechos fundamentales, por parte del Poder Legislativo, en pos de la consecución de la preservación de la naturaleza. Así, toda limitación que se requiera incluir deberá considerar este fin, en concordancia con la protección constitucional del artículo 19 N° 8, señalando específicamente cuál es la garantía que se pretende limitar.

La consagración constitucional del derecho al medio ambiente libre de contaminación no se encuentra exento de críticas. Una de ellas es el exacerbado carácter antrópico de su formulación, la que descansa en conceptos como “vivir” y “contaminación”, lo que no incluye una concepción omnicomprendensiva de la necesidad de protección del medio ambiente en condiciones adecuadas o ecológicamente equilibradas²³. Además, la expresa vinculación con otras garantías fundamentales, tal como el derecho a la vida y a la salud, no permiten comprender garantía alguna, de carácter autónomo, relacionada a la protección de los recursos naturales, de manera que se “dificulta y limita la expansión y desarrollo de este derecho [medio ambiente libre de contaminación], lo cual produce un impacto directo en las posibilidades de protección del mismo”²⁴.

Así también, compleja resulta la consagración de un derecho público subjetivo, de carácter individual, constituido sobre un bien colectivo, como lo es el medio ambiente y, consecuentemente, las aguas. Por último, la distinción entre derecho fundamental y mandato de protección implica que “la preservación de la naturaleza y la protección del medio ambiente no entran, ni pueden entrar en la materia del derecho fundamental a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”²⁵.

22 GALDÁMEZ, Liliana (2017), p. 123. En cuanto a la integración de criterios preventivos en el Constitución: CEA, José Luis (2012), *Derecho Constitucional Chileno*, tomo II, vol. 2º, 2ª edición (Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile), p. 315.

23 AGUILAR, Gonzalo (2016), pp. 368-369.

24 AGUILAR, Gonzalo (2016), p. 376.

25 AGUILAR, Gonzalo (2016), p. 390.

B) *Artículo 19 N° 23, libre apropiabilidad de los bienes*

La Constitución asegura la libertad de adquirir toda clase 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”.

Para VERGARA, el artículo 19 N° 23 vendría a establecer tres elementos estructurales en relación a esta garantía: i) Una garantía fundamental para adquirir todo tipo de bienes, salvo los exceptuados por ley; ii) Una distinción en la apropiabilidad entre los bienes públicos y privados, y iii) Necesidad de ley para incorporar nuevos bienes a la categoría de bienes públicos²⁶.

Este precepto establecería una regla general respecto de los límites del régimen legal al que se pueden someter tanto los bienes como las cosas en relación a la posibilidad de establecer distintos estatutos de dominio sobre los recursos naturales. De esta manera, existirían bienes que son apropiables por el ser humano, y otros, que en razón de ser “comunes a todos los hombres” o porque “pertenecen a la Nación toda”, se encuentran excluidos del comercio. Estas concepciones devienen en relevantes a la hora de establecer una teoría de dominio público.

Esta teoría se fundamenta bajo la institución de la publicación o *publicatio* como instrumento jurídico, por medio del cual el Estado determina las facultades que pueden ser arrogadas a la Administración, estableciendo una “exclusión de estos bienes de las posibilidades de apropiación privada, sea por la vía de la prescripción, o de otros medios hábiles en derecho civil”²⁷. Importante es señalar que los fundamentos introducidos por VERGARA BLANCO se alinean con los principios y valores jurídico-políticos que el constituyente chileno instauró, de manera de limitar la expansión de las facultades del Estado, en la regulación de las actividades relacionadas a los bienes públicos.

26 VERGARA, Alejandro (2015a), *Crisis Institucional del Agua en Chile* (Santiago: Ediciones UC), p. 35.

27 VERGARA, Alejandro (2015b), “Naturaleza jurídica de los ‘Bienes Nacionales de uso público’”, en *Ius Publicium* 3, p. 80.

Esta publicación estaría comprendida en el artículo 5°, en donde se señala que las aguas son bienes nacionales de uso público, con la posibilidad de establecer derechos de aprovechamiento en favor de particulares.

Esta discusión no es baladí, ya que la caracterización que le entreguemos al dominio público podrá resultar en la comprensión de un poder dominical distinto al de la propiedad privada, cuyo ejercicio recae en el Estado o, por el contrario, limitará la intromisión y ejercicio de la facultad regulatoria, respecto al acceso, uso y aprovechamiento de los bienes públicos y, seguidamente, de los recursos naturales.

Para ATRIA y SALGADO, el dominio público descansa en el artículo 19 N° 23, en cuanto el constituyente decide previamente qué bienes corresponden a la Nación toda, excluyéndose del comercio humano, y cuáles son, efectivamente, libres de apropiación privada²⁸. Esto, según los autores, tendría cuatro consecuencias relevantes: i) la libre apropiabilidad como garantía fundamental solo se referiría a bienes dentro del comercio humano; ii) de los bienes excluidos del comercio, solo los bienes nacionales de uso público comprenderían el dominio público; iii) esta distinción confirmaría la consagración de la propiedad privada, protegiendo a los privados de la intromisión estatal sobre el derecho fundamental, y iv) el dominio público no implica una titularidad estatal sometida a las reglas del derecho privado. Es una formulación alternativa a la propiedad privada, que determina las facultades del Estado sobre los bienes que componen dicho dominio, distintas al régimen particular de propiedad.

Así, la propiedad privada no constituiría el régimen general de propiedad en nuestro ordenamiento jurídico, más bien resultaría en la facultad del legislador de determinar estatutos propietarios distintos diferenciados, toda vez que la *publicatio* tendría como fundamento la satisfacción del interés público, en donde el ejercicio de la garantía de propiedad debe convivir en armonía con el interés general de todas las personas, limitando ciertas actividades.

Para ZÚÑIGA, reconocer las aguas como un bien público implica “un estatuto especial en la esfera de regulación del derecho público, lo que le otorga las características de imprescriptibilidad, in comerciabilidad, inem-

28 ATRIA, Fernando y SALGADO, Constanza (2015), *La propiedad, el dominio público y el régimen de aprovechamiento de aguas en Chile* (Santiago LegalPublishing), pp. 4-5.

bargabilidad y no susceptible a hipotecas y otros gravámenes de derecho común²⁹. Así, esta publicación operaría como método de legitimación de la intervención estatal, que se funda en el interés público involucrado en la protección de las aguas. Así la Administración actuará ya no por aplicación de titularidad sobre un estatuto especial de propiedad, en relación a estos bienes; más bien operaría como mecanismo de “atracción” de los bienes a la esfera de la Administración, a la esfera de organización y de potestades inherentes a la Administración³⁰. Dichas actuaciones de la Administración contarían con la limitación inherente a los derechos fundamentales que establece el artículo 5° de la Constitución.

C) *Artículo 19 N° 24, derecho de propiedad*

La Constitución consagra la protección sobre las diversas especies de propiedad, en relación a toda clase bienes, ya sea corporales e incorporeales. Su incorporación, según CEA, tiene por “propósito deliberado precaver, e incluso de impedir, que la economía privada en Chile retorne a criterios de índole colectivista”³¹.

Ahora bien, sobre este derecho en relación al marco constitucional de las aguas, centraremos la atención en dos de sus elementos: la dimensión ambiental y de protección de las aguas, en la función social, y la protección constitucional de los derechos de aprovechamiento constituidos sobre las aguas.

En cuanto a la función social, CEA lo define como un mecanismo o instrumento por el cual se permite “conciliar el ejercicio del derecho de propiedad por su dueño, por un lado, con las necesidades del mantenimiento y el desarrollo de la comunidad”³², de manera de encontrar puntos de armonía entre la seguridad jurídica y el interés público. La función social implica una limitación de los atributos esenciales del dominio, pero que no puede actuar como expropiación del núcleo esencial del derecho (uso,

29 ZÚÑIGA, Francisco (2018), “La demanialidad de las aguas”, en MONTENEGRO, Sergio et ál. (coords.), *Actas de las I Jornadas del régimen jurídico de las aguas*” (Santiago: LOM Ediciones), p. 39.

30 ZÚÑIGA, Francisco (2018), p. 40.

31 CEA, José Luis (2012), p. 563.

32 CEA, José Luis (2012), p. 575.

goce y disposición). A su vez, se estipulan finalidades de carácter taxativo para la invocación de la función social, entre los cuales destacamos, para los fines de este trabajo, la salubridad pública y la conservación del patrimonio ambiental.

COSTA señala que “en el derecho de aguas conviven una normativa de explotación con una normativa de protección del recurso, siendo que esta última no podría meramente apuntar a la protección de los usuarios, sino que por la naturaleza pública del bien, debe entenderse que apunta a la protección de la estabilidad del bien nacional de uso público”³³. Así, respecto a la función social de la propiedad, en lo que respecta a la regulación del derecho de propiedad constituido sobre el derecho de aprovechamiento de las aguas, se deduce la obligación de los titulares de proteger tanto los servicios ecosistémicos que dicho recurso brinda como los distintos ciclos en los que se relaciona directamente el agua en relación a su inherente interés colectivo³⁴.

En relación a la garantía propiamente tal, relativa a la protección de la propiedad, se puede establecer que se recogen dos grandes aspectos en el artículo 19 N° 24 de la Constitución: i) una primera sección en donde se regula un estatuto general del derecho de propiedad, estableciendo principios y disposiciones comunes en relación al derecho de dominio, y ii) la constitución de un estatuto especial de propiedad relativo a la regulación de los recursos naturales, que merecen una regulación especial, en específico dedicada a la regulación de la propiedad minera y la propiedad de los derechos constituidos sobre las aguas. Estos preceptos constituyen los parámetros que se infundirán en el resto de la legislación sectorial, en la que se profundice o determine los elementos de dicha propiedad y los criterios interpretativos a seguir.

El artículo 19 N° 24 no se refiere a la extensión del poder dominical sobre las aguas, sino que establece un marco hermenéutico para la interpretación de otros preceptos que componen el régimen jurídico de las aguas, como el artículo 19 N° 23, el artículo 5° del Código de Aguas y el artículo

33 COSTA, Ezio (2018), “La obligación de proteger la función ambiental del agua para los usuarios de derechos de aprovechamiento de aguas” en MONTENEGRO, Sergio *et ál.* (coords.), *Actas de las I Jornadas del régimen jurídico de las aguas*” (Santiago: LOM Ediciones), p. 86.

34 COSTA, Ezio (2018), p. 93.

595 del Código Civil, en cuanto reconocen que las aguas –como recurso natural– son bienes nacionales de uso público y, como tal, están excluidas del comercio.

A su vez, se ha caracterizado este derecho de propiedad como un derecho real que recae sobre las aguas, entregando a su titular el uso y goce de las aguas –como bien–, pero todas las facultades del dominio sobre el derecho de aprovechamiento, pudiendo solo privarse legítimamente por medio de la expropiación³⁵.

El amparo del derecho de aprovechamiento en el artículo 19 N° 24 “puede entenderse como una forma mediante la cual la CPR asegura que, cualquiera fuese la regulación legal de los aprovechamientos particulares, éstos estuviesen revestidos con la protección legal del dominio. De esta forma, si en el futuro el legislador concediese mercedes o concesiones de aguas, permisos administrativos o mantenía la categoría de los derechos de aprovechamiento de legislación en vigor, de todas maneras esa titularidad, fuese amplia o restringida, albergaría un derecho que, por precario o débil que fuese, quedaría sometido al estatuto constitucional de la propiedad”³⁶.

En esta perspectiva, con la introducción de una agenda económica liberal durante el régimen militar, la Constitución Política de la República de 1980, en su profunda relación con el Código de Aguas de 1981, estableció un sistema general de regulación de las aguas en Chile basado en “derechos de propiedad privatizados, de mercados hídricos sin regulaciones y de autoridad gubernamental debilitada”³⁷. Siguiendo a ARANDA, la regulación de las aguas buscó la reasignación del recurso por medio de la separación de las aguas y las tierras por las que corre; privatizando las empresas sanitarias de suministro de agua potable para consumo humano, buscando la expansión de la disponibilidad del agua potable; liberalizando los derechos de aguas por medio de la propiedad privada, entregando al mercado el

35 CEA, José Luis (2012), p. 606.

36 CELUME, Tatiana (2013), *Régimen público de las aguas* (Santiago: LegalPublishing), p. 606.

37 ARANDA, Jorge (2016), “Entre el mercado y el Derecho Humano: la regulación de las aguas desde la autogestión y desde el proceso administrativo Chile”, en *Revista de Direito Sectorial e Regulatorio (Brasilia)* 2, N° 1, pp. 59.

instrumento de asignación de riquezas y recursos de manera eficiente –por medio de la compra y venta– respecto de derechos de aguas³⁸.

Las características otorgadas al derecho de aprovechamiento, tanto en la Constitución como en el Código de Aguas, han determinado que sea este el verdadero instrumento de gestión del recurso hídrico. Ni la asignación ni el uso están entregados al régimen público de las aguas, sino que a los propietarios del derecho. La construcción tradicional del derecho de aguas, a partir del derecho de aprovechamiento y la *publicatio* como pilares fundacionales, en la que se asegure la asignación más eficiente del recurso por medio de las reglas de la propiedad privada y el mercado, “evita imputarle directamente una contradicción al legislador, pero por la vía de vaciar de contenido el concepto de dominio público”³⁹. De tal manera, se consagrará un gran espacio para la gestión privada de las aguas, consagrando una agencia administrativa con pocas herramientas reales de influir en las políticas públicas relativas a las aguas, a su fiscalización o intervención en la gestión del recurso.

De tal manera, la extensión de las herramientas de intervención en la gestión y gobernanza de las aguas, por parte de la Dirección General de Aguas, es bastante escasa, limitándose a la potestad normativa del Presidente de la República en caso de escasez hídrica, entre otras. La DGA, por su parte, debe “otorgar todas las solicitudes por nuevos derechos de agua, gratis, siempre que el agua esté física y legalmente disponible”⁴⁰. Para el otorgamiento de nuevos derechos sobre las aguas, las solicitudes para su constitución no deben cumplir con especificación o justificación de los usos que se pretende dar al recurso. La DGA tampoco cuenta con competencias discrecionales para negar la constitución de estos derechos o para decidir entre solicitudes que compiten por el mismo recurso, según el uso que se le pretenda otorgar. Esta determinación se le ha asignado al mercado y a los particulares, toda vez que, en caso de peticiones simultáneas, la DGA deberá subastar públicamente los derechos al mejor postor⁴¹.

38 Ídem.

39 ATRIA, Fernando y SALGADO, Constanza (2015), p. 75.

40 BAUER, Carl (2015), p. 75.

41 BAUER, Carl (2015), p. 76.

BAUER constata dicho giro hacia la gestión y regulación privada de las aguas señalando que las agencias administrativas tienen “poca autoridad reguladora sobre el uso privado de las aguas. Casi todas las decisiones sobre el uso y gestión del agua las adoptan los propietarios individuales de derechos de agua o las organizaciones privadas de usuarios de canales [...]”. La DGA no puede anular o restringir los derechos de agua, una vez que han sido otorgados o constituidos de alguna otra forma, excepto expropiándolos y pagando por ellos [...] la agencia también ha perdido su poder para dirimir conflictos entre usuarios de agua⁴². Continúa señalando, a propósito de la ausencia de facultades de intervención administrativa, que “las tareas de coordinar los usos múltiples del agua y de resolver conflictos de cuencas hidrográficas han sido dejadas al libre mercado, esto es, a la negociación privada entre propietarios. Cuando esta negociación fracasa, el único recurso que queda es ir a los tribunales ordinarios de justicia, a pesar de la falta de conocimientos o de experiencias de los jueces en los temas relativos al agua. Este marco ha sido incapaz de impedir serios conflictos en el ámbito de las cuencas hidrográficas [...]”⁴³.

De esta manera, se vislumbra un pleno reconocimiento de la autogestión de las aguas, por sobre una regulación estatal o centralizada del recurso, el que “no reconoce la participación de todos los posibles afectados por el manejo del recurso, ni respecto de los conflictos que se generen en torno a él”⁴⁴. La vía de solución de conflictos se desarrolla dentro de las organizaciones de usuarios, en donde el derecho de participación se adquiere en relación proporcional a la titularidad de derechos de aprovechamiento sobre la cuenca o la porción de esta, sin integrar en los mecanismos de solución a eventuales afectados por la disponibilidad de agua y que no son titulares. Esto puede generar un excesivo control político dentro de la propia organización, que tampoco cuenta con herramientas para gestionar correctamente los conflictos entre los propietarios del derecho de aprovechamiento⁴⁵.

42 BAUER, Carl (2015), p. 77.

43 BAUER, Carl (2015), p. 79.

44 COSTA, Ezio (2016), “Diagnóstico para un cambio: los dilemas de la regulación de las aguas en Chile”, en *Revista Chilena de Derecho* 43, N° 1, p. 339.

45 Ídem. A mayor abundamiento, señala que las Organizaciones de Usuarios cuentan con “cierta libertad para modificar el reparto, fijar turnos y otras cuestiones meramente administrativas, no tienen dentro de sus herramientas la posibilidad de modificar

Así la gestión y administración del recurso –y del bien nacional de uso público– quedan entregadas a las Organizaciones de Usuarios de Aguas y, en subsidio, a los tribunales ordinarios. Por otro lado, la DGA está circunscrita a la asignación del recurso y a mantener un sistema de catastro público de las aguas que no ha cumplido las expectativas⁴⁶.

Es esta construcción la que ha determinado una pobre utilización de la función social para limitar el ejercicio de derechos de aprovechamiento, lo que se podría deber a una difícil conceptualización y aplicación de la conservación del patrimonio ambiental –como bien jurídico indeterminado– como a la falta de criterios de justicia ambiental en su utilización, ya sea en los conflictos relacionados al acceso al agua para la ciudadanía o en relación a la mantención del equilibrio ecosistémico que podría verse alterado por la mala gestión del recurso.

Es aquí en donde se consagran los cerrojos institucionales para la estabilidad del modelo regulatorio, toda vez que se “garantiza el marco legal básico para un modelo económico de libre mercado definiendo derechos de propiedad y libertades económicas de forma muy amplia y restringiendo firmemente la autoridad reguladora de las agencias gubernamentales y del Congreso”⁴⁷. En la misma sintonía, el propio Código de Aguas recoge como principio, y del modelo de gestión de recursos hídricos, el “*laissez faire*”: [que] no da un mandato directo ni establece un mercado de derechos de aguas, sino que pretende instalar normas legales y requisitos para que tal mercado emerja espontáneamente, como resultado de la iniciativa privada”⁴⁸.

De los dilemas de la regulación de aguas⁴⁹, el sustento ideológico que propone la Constitución con la redacción de los artículos 19 N° 23 y 24 termina por consagrar un modelo de desarrollo de corte neoliberal, que plasma “una tensión natural entre quienes creen que el modelo actual no

instituciones de nivel superior, siendo entonces imposible lograr acuerdos sociales significativos”.

46 COSTA, Ezio (2018), p. 340.

47 BAUER, Carl (2015), p. 81.

48 BAUER, Carl (2015), p. 74.

49 Costa desarrolla 4 dilemas de la regulación: i) el dilema ideológico; ii) el dilema material; iii) de acceso y disponibilidad, y iv) dilema de institucionalidad. COSTA, Ezio (2016), pp. 340-349.

se corresponde con los valores fundamentales de una sociedad, y otros que sí [...]”⁵⁰.

2.4. Desafíos del reconocimiento del DHAS en el ordenamiento jurídico chileno

La preocupación por el uso sustentable de los recursos naturales, en particular en lo que se refiere al DHAS, tiene en su seno la preservación y protección del medio ambiente como elemento fáctico que posibilita la subsistencia de la humanidad. Si bien en el ámbito internacional no existe un reconocimiento explícito a un derecho humano autónomo a un medio ambiente equilibrado y sano, es indesmentible que este se erige como *conditio sine qua non* para el ejercicio de otros derechos humanos.

Reflejada la situación hídrica de nuestro país, en donde los impactos del cambio climático han afectado, y lo seguirán haciendo progresivamente a lo largo de presente siglo, la disponibilidad y calidad de los recursos hídricos, resulta relevante plantear cuáles son los desafíos que nuestro ordenamiento jurídico plantea para la asimilación de esta nueva garantía desde la perspectiva constitucional.

El **primer desafío** relevante en este sentido es la generación de un espacio jurídico de integración que permita la protección del medio ambiente como un criterio determinante en la generación de una política y legislación sobre los recursos hídricos que comprenda los contenidos del DHAS. En tal sentido, la ausencia de un reconocimiento expreso de este derecho humano de carácter autónomo dificulta la aplicación e integración de los contenidos sustanciales del derecho.

A pesar de que parte de la doctrina considera que este derecho está implícitamente dentro de nuestro ordenamiento jurídico, “utilizando para ello la cláusula de reenvío contenida en el artículo 5º inciso segundo del Texto fundamental, que hace vigentes en Chile los derechos consagrados en los artículos 11 y 12 del PIDESC, así como las interpretaciones efectuadas por su Comité a través de las referidas Observaciones Generales 12, 14 y 15”⁵¹, como hemos visto de la descripción del marco constitucional, poco

50 COSTA, Ezio (2018), p. 342.

51 SALAS, Carolina (2011), p. 48.

se ha podido traducir en la aplicación de los contenidos del DHAS, por el cerrojo institucional que significa el inciso final del artículo 19 N° 24. Para lograr esta asimilación, **RECABARREN** señala que “[u]na política pública con enfoque de derechos debe ir dirigida a la persona humana como sujeto de derechos, y no como simple beneficiario, por lo que el reconocimiento –a lo menos legal, y de preferencia constitucional– del derecho humano al agua y al saneamiento, aparece como una vía directa para cumplir con aquel imperativo”⁵².

Por otra parte, la Constitución chilena carece de un elemento que permita la referida integración de los ámbitos de protección que contempla el derecho ambiental con el derecho internacional de los derechos humanos, como lo ha sido el concepto de desarrollo sostenible. Este concepto ha permitido, desde el derecho internacional, permeando en las regulaciones nacionales, poder integrar principios autónomos como los de prevención y precaución, los que difícilmente podrán encontrarse en la regulación sectorial de aguas. Este aspecto alcanza su punto más crítico cuando evaluamos las herramientas de intervención con las que cuenta la Administración, por medio de la DGA, para gestionar los recursos hídricos. En tal sentido, **RECABARREN** señala que “se deben modificar los mecanismos jurídicos que permitan a la Administración gestionar y planificar racionalmente las aguas en atención a objetivos ambientales, de manera que la DGA pueda actuar de forma preventiva y en su caso precautoria, y no solamente en caso de riesgo inminente”⁵³.

En el mismo sentido, el otorgamiento de derechos de aprovechamiento sobre las aguas, de manera gratuita por parte de la Administración, y sin límite de tiempo, generan una falta de consideración del principio de responsabilidad en la gestión de las aguas. Si consideramos que la proyección sobre la disponibilidad material y jurídica de las aguas en nuestro país no es positiva, sería esperable que la Administración tuviera un rol preponderante en la planificación de los recursos hídricos, así como la mantención de un catastro actualizado de la disponibilidad y calidad de las aguas tanto superficiales y subterráneas como las del océano, que fuera efectivamente

52 RECABARREN, Óscar (2016b), “El Derecho de Aguas chileno desde la óptica del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Medio Ambiente”, en *Revista Justicia Ambiental* 8, p. 131.

53 RECABARREN, Óscar (2016b), p. 134.

fiscalizable, para efectos de asignar la responsabilidad en los casos que procediera y que asegure el ejercicio del derecho de acceso al agua en sus condiciones de disponibilidad, calidad y accesibilidad.

En concordancia con lo establecido en el Principio 10 de la Declaración de Río de 1992, la mejor forma de tratar las problemáticas ambientales es con la mayor participación posible de la población, de manera que resulta esencial contar con las herramientas de información que posibiliten la participación ciudadana en sus distintos niveles y posibilitar el acceso a la justicia ambiental, en particular en lo que refiere a la gestión del recurso hídrico. Sobre este tópico, se puede levantar la necesidad de explorar nuevas formas de gobernabilidad de los recursos naturales, en donde se realice una definición efectiva y colaborativa de los distintos actores e interesados, sobre la gestión de las aguas, con perspectiva de solidaridad intergeneracional, de manera de lograr una participación real, en distintos niveles de definición de las políticas públicas que atañen a los recursos hídricos.

A mayor abundamiento, la resolución de los conflictos jurídicos relativos al recurso hídrico se ha centralizado en las Juntas de Vigilancia, que aglomera, en razón de la proporción de derechos de aprovechamientos adquiridos, a los titulares de derecho. Esto ha provocado una sobrerepresentación de actores en los conflictos jurídicos y ambientales, de manera que estas instituciones no son capaces de encauzar y generar soluciones democráticas para todos los interesados en el acceso al agua de una cuenca en particular, particularmente respecto de aquellas personas que requieren un acceso al recurso, pero que no son titulares de derechos de aprovechamiento. Para resolver esta asimetría de posiciones, “el Derecho doméstico, junto a establecer una acción judicial, a nivel constitucional o legal, que consagre una acción rápida, flexible y sencilla para garantizar el pleno goce y ejercicio del derecho humano al agua y al saneamiento, debe fortalecer los mecanismos procedimentales que permitan asegurar los derechos de acceso a la información y participación en la toma de decisiones”⁵⁴.

Un mecanismo que permite la gestión y gobernanza estratégica de los recursos hídricos, que permitiría la inclusión de la mayor cantidad de interesados, es la gestión integrada de los recursos hídricos a nivel de cuencas hidrográficas. Este mecanismo busca “asegurar un uso integrado y com-

54 RECABARREN, Óscar (2016a), p. 331.

pleto de los recursos hídricos, así como a proteger la calidad de las aguas y de los ecosistemas vinculados a la propia cuenca”⁵⁵. En nuestro sistema, la gestión, como ya lo mencionamos, se encauza por medio de las Juntas de Vigilancia, con una intervención menor de la Administración, la que además puede seccionarse a lo largo de la cuenca. La inclusión de este sistema de gestión planificada permitiría solucionar, de manera preventiva, y por medio de la entrega de información oportuna respecto a la disponibilidad y calidad de las aguas, respecto de usuarios aguas abajo, de manera que se asegure una distribución equitativa y democrática de los recursos hídricos. Así mismo, la integración de la institucionalidad alrededor de la cuenca permitiría la inclusión de distintos actores como la Administración, la sociedad civil y los usuarios de los afluentes y acuíferos, de manera de ajustar nuestro ordenamiento jurídico a los contenidos del DHAS.

2.5. Conclusiones

El desarrollo del derecho humano al agua y al saneamiento ha evolucionado en su contenido normativo, de la mano con la situación material de las aguas, la que se ha visto fuertemente impactada por la desertificación, el cambio climático y los desafíos para la superación de la pobreza que esta supone. Esa construcción, que se gestó a fines de la década de 1990, estuvo influenciada por la crítica a la implementación de sistemas de gestión de aguas de corte liberal, en la que el modelo regulatorio chileno implementado tanto por la Constitución como por el Código de Aguas provocó la generación de mercados de aguas que regula la distribución de las concesiones otorgadas por el Estado para el aprovechamiento del recurso. Dicha construcción supone en su seno la protección de los derechos de propiedad que se constituyen sobre las aguas y un límite, bastante restrictivo, para el despliegue de las potestades de la Administración para la gestión del recurso.

Analizado el contenido que constituye el derecho humano al agua y al saneamiento, podemos verificar que su extensión ya no solo abarca la necesidad de establecer mecanismos efectivos para asegurar el acceso al agua en condiciones de igualdad y no discriminación para todas las per-

55 RECABARREN, Óscar (2016a), p. 334.

sonas, sino que se ha extendido a la interrelación que este elemento de la naturaleza comprende con la preocupación de la preservación ambiental. Dicho contenido se ha desarrollado, preferentemente, en normas de *soft law*, de manera que no ha existido una asimilación vinculante en nuestro ordenamiento jurídico respecto de sus contenidos.

A su vez, el marco constitucional para la gestión de las aguas en Chile, desarrollado preferentemente en el “orden público económico”, expresa un reconocimiento parcial y limitado de estos contenidos, sin contemplar acciones o herramientas expeditas para solicitar la tutela de este derecho. Por el contrario, solo permite su justiciabilidad, en la medida que se vea inculcado un derecho subjetivo, de carácter individual, que hace imposible la incorporación de mecanismos de gobernanza que permita la efectiva participación ciudadana.

En el mismo sentido, la discutida titularidad del Estado sobre las aguas –y consecuentemente, la extensión de sus facultades para intervenir efectivamente la gestión de las aguas– ha sido comprendida, al alero del desarrollo constitucional, como bastante exigua, reduciéndose a la función de otorgar los derechos de aprovechamiento de aguas que sean solicitados por los particulares, de manera gratuita, sin que sea posible aplicar una gobernanza que incluya la solidaridad intergeneracional para la planificación del uso y aprovechamiento de este recurso.

En esa perspectiva, se pueden analizar los desafíos de la regulación de las aguas en función de asimilar e incorporar el derecho humano al agua y al saneamiento, con sus contenidos normativos. Un primer aspecto a considerar resulta de su reconocimiento expreso en la legislación nacional, que permita, con un imperativo normativo, desarrollar paulatinamente su contenido en el derecho nacional.

La protección ambiental, en donde la preservación de los recursos hídricos resulta fundamental, genera un espacio de interconexión entre los aspectos específicos de esta integración. En tal sentido, la incorporación de los principios de carácter ambiental, tal como el principio preventivo, precautorio, de responsabilidad, entre otros, a la legislación sectorial de las aguas, podría permitir una planificación y gestión de las aguas que asegure un acceso, calidad y disponibilidad de las aguas, y que reconozca la necesidad de protección de las funciones ecosistémicas del recurso. De esa forma, la gestión integrada de los recursos hídricos, a nivel de cuenca,

supone uno de los desafíos más importantes para la asimilación de este derecho.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina:

- AGUILAR, Gonzalo (2016): “Las deficiencias de la fórmula ‘Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación’ en la Constitución chilena y algunas propuestas para su revisión”, en *Estudios Constitucionales* 14, N° 2.
- ARANDA, Jorge (2016): “Entre el mercado y el derecho humano: la regulación de las aguas desde la autogestión y desde el proceso administrativo Chile”, en *Revista de Direito Sectorial e Regulatorio (Brasilia)* 2, N° 1.
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS (2010): *El derecho humano al agua y el saneamiento*. A/RES/64/292. Julio 2010.
- (2015): *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. A/RES/70/1. Octubre 2015.
- ATRIA, Fernando y SALGADO, Constanza (2015): *La propiedad, el dominio público y el régimen de aprovechamiento de aguas en Chile* (Santiago: LegalPublishing).
- BAUER, Carl (2015): *Canto de sirenas: el Derecho de Aguas chileno como modelo para reformas internacionales*, 2ª edición (Santiago: El Desconcierto).
- BAUTISTA, Juan (2013): *El derecho humano al agua y al saneamiento frente a los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM)* (Santiago: CEPAL).
- BERMÚDEZ, Jorge (2000): “El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* 21.
- (2014): *Fundamentos de Derecho Ambiental*, 2ª edición (Valparaíso: Ediciones Universitarias).
- CEA, José Luis (2012): *Derecho Constitucional Chileno*, tomo II, vol. 2º, 2ª edición (Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile).

- CELUME, Tatiana (2013): *Régimen público de las aguas* (Santiago: Legal-Publishing).
- COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (2002): *Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y Culturales*, Observación General N° 15. E/C.12/2002/11. Noviembre 2002.
- COSTA, Ezio (2016): “Diagnóstico para un cambio: los dilemas de la regulación de las aguas en Chile”, en *Revista Chilena de Derecho* 43, N° 1.
- (2018): “La obligación de proteger la función ambiental del agua para los usuarios de derechos de aprovechamiento de aguas”, en MONTENEGRO, Sergio; CELUME, Tatiana y COSTA, Ezio (coords.): *Actas de las I Jornadas del régimen jurídico de las aguas* (Santiago: LOM Ediciones).
- GALDÁMEZ, Liliana (2017): “Medio ambiente, constitución y tratados en Chile”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 148.
- GUZMÁN, Rodrigo (2012): *Derecho Ambiental chileno. Principios, instituciones, instrumentos de gestión* (Santiago: Planeta Sostenible).
- NOGUEIRA, Humberto (2009): “Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano”, en *Estudios Constitucionales* 7, N° 2.
- OCHOA, Fernando (2013): “El derecho al agua como derecho internacionalmente justiciable en el sistema interamericano de derechos humanos. Un Análisis a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Revista de Derecho (Concepción)* N° 233-234.
- RECABARREN, Óscar (2016a): “El estándar del Derecho de Aguas desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Medio Ambiente”, en *Estudios Constitucionales* 14, N° 2.
- (2016b): “El Derecho de Aguas Chileno desde la óptica del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Medio Ambiente”, en *Justicia Ambiental* 8.
- SALAS, Carolina (2011): “El derecho humano al agua: estructura y consecuencias jurídicas”, en *Actas de Derecho de Aguas* 1.
- VERGARA, Alejandro (1999): “Naturaleza jurídica de los ‘Bienes Nacionales de uso público’”, en *Ius Publicum* 3.

——— (2015): *Crisis institucional del agua: descripción del modelo jurídico, crítica a la burocracia y necesidad de tribunales especiales* (Santiago: Ediciones UC).

ZÚÑIGA, Francisco (2018): “La demanialidad de las aguas”, en MONTENEGRO, Sergio; CELUME, Tatiana y COSTA, Ezio (coords.): *Actas de las I Jornadas del régimen jurídico de las aguas* (Santiago: LOM Ediciones).