

DOCTRINA

Reconocimiento legal del derecho humano al agua y sus implicancias en los principios que informan el Código de Aguas

*Legal recognition of the human right to water and its implications
in the principles that inform the Water Code*

Tatiana Celume Byrne 

Universidad San Sebastián, Chile

RESUMEN Tanto a nivel constitucional como legal, el ordenamiento chileno solo ha contemplado el derecho humano al agua a partir de la reforma introducida al Código de Aguas por la Ley 21.435 de 2022. Este nuevo derecho se incorpora a la legislación y, junto con él, una serie de mecanismos legales para hacerlo efectivo. El presente artículo aborda los cimientos sobre los cuales se sustenta el derecho humano al agua, su evolución normativa en el contexto internacional, su reconocimiento jurisprudencial y, finalmente, su incorporación al derecho nacional vigente, a fin de verificar como ello produce radicales alteraciones en los principios de neutralidad, proporcionalidad y obligatoriedad de otorgamiento que sustentaban el modelo del Código de Aguas original.

PALABRAS CLAVE Aguas, derecho humano al agua, priorización, principio de neutralidad en el otorgamiento, principio de proporcionalidad.

ABSTRACT Both at the constitutional and legal levels, the Chilean system has only contemplated the human right to water from the reform introduced to the Water Code by Law 21,435, of 2022. This new right is incorporated into the legislation and, along with it, a series of legal mechanisms to make it effective. This article addresses the foundations on which the human right to water is based, its normative evolution in the international context, its jurisprudential recognition and finally its incorporation into current national law, in order to verify how this produces radical alterations in the principles of neutrality, proportionality and mandatory granting that supported the original Water Code.

KEYWORDS Water, human right to water, prioritization, principle of neutrality in the granting, principle of proportionality.

Introducción

Como indica Embid, «en el ámbito del derecho internacional, la fundamentación jurídica del derecho al agua, al margen de algunas otras referencias parciales, se construye sobre todo con fundamento en los artículos 11 y 12 del PIDESC [Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales]» (2006: 19-20). Este derecho, se estructura dentro de la categoría de los derechos económicos, sociales y culturales y, por tanto, se inserta en el ámbito de las garantías indispensables para asegurar un nivel de vida adecuado.

En este mismo sentido, García señala:

De manera expresa el Comité [de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas] ha reconocido que el acceso al agua es un derecho humano amparado por el artículo 11 del PIDESC, e indisolublemente asociado al derecho al más alto nivel posible de salud consagrado en el artículo 12, a los derechos a una alimentación y una vivienda adecuadas previstos en el mismo artículo 11 del Pacto (2008: 186).

Lo anterior, porque constituye «una de las condiciones fundamentales para la supervivencia».¹ Como puede apreciarse, el derecho humano al agua está concebido como un derecho de segunda generación, es decir, como uno que viene «a complementar los derechos individuales y políticos, enriqueciendo la dignidad y el desarrollo de la persona humana y calificando la forma de Estado» (Nogueira, 2009: 114). De esta forma, se trata de un derecho que está íntimamente relacionado con la dignidad de la persona humana y con el disfrute pleno de sus derechos fundamentales.

En cuanto a su reconocimiento, Obando puntualiza:

Aunque los principales instrumentos internacionales sobre derechos humanos reconocían el derecho a la vida, a un estándar adecuado para la salud y el bienestar, a la protección contra las enfermedades y a una alimentación adecuada, la mención de un derecho humano al agua se encontraba ausente en ellos, porque el ejercicio efectivo de tales derechos suponía el acceso al agua potable, por lo que constituía un derecho implícito en aquellos (2014: 65-79).

Su reconocimiento, por tanto, se ha dibujado en dos vertientes: una, que lo reconoce implícitamente contenido en otros derechos fundamentales; y otra, que le da un carácter de derecho independiente. La hipótesis del presente trabajo se construye bajo la idea de que, con el reconocimiento legal del derecho humano al agua en el ordenamiento nacional, este adquiere un carácter independiente y autónomo y

1. Organización de las Naciones Unidas, (2002). «Observación general 15: el derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)». Disponible en <https://bit.ly/3FilbXY>.

como tal precisa moldear diversas instituciones del derecho de aguas para su efectiva realización.

El derecho al agua como derecho humano tuvo su primer reconocimiento en el Plan de Acción de Mar del Plata de 1977, durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua. Allí se declaró que «todos los pueblos, cualquiera que sea su etapa de desarrollo y sus condiciones económicas y sociales, tienen derecho al agua potable en cantidad y calidad acordes con sus necesidades básicas». Recabarren nos recuerda que «la génesis del derecho humano al agua y al saneamiento se encuentra en una serie de conferencias internacionales celebradas en el contexto de las estrategias para el medio ambiente y el desarrollo» (2016: 320-321). Entre ellas, se encuentran tanto la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, celebrada en Río de Janeiro en 1992,² como la Declaración de la Conferencia Internacional sobre el Agua y el Medio Ambiente, adoptada en Dublín en 1992.³ Siguiendo a Bertazzo (2015: 71), es posible afirmar que «el Plan de Acción de Mar del Plata y la Declaración de Dublín han marcado sin duda un hito hacia el reconocimiento, en el derecho internacional, del derecho humano al agua».⁴

Un hito trascendental en el camino al reconocimiento del derecho al agua se efectuó al amparo del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas que, en 2002 e interpretando el PIDESC, adoptó la Observación General 15 sobre el Derecho al Agua. Al efecto, Estrada explica que «los órganos de derechos humanos de Naciones Unidas han profundizado sobre todo a partir del año 2000 en la conceptualización específica del agua y del saneamiento como derechos humanos, trascendiendo la consideración del agua como bien económico, como servicio público o como recurso natural» (2017: 32).

En la observación, el comité determina el sentido y alcance del derecho al agua como «el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para uso personal y doméstico». Esta observación establece la fundamentación jurídica del derecho, su contenido normativo y las obligaciones de los Estados con respecto al mismo, estableciendo a modo de condiciones para su ejercicio, la

2. De esta Conferencia derivó el *Programa 21* sobre medio ambiente, en el que se reconoce que «el suministro de agua potable y el saneamiento ambiental son vitales para la protección del medio ambiente, el mejoramiento de la salud y la mitigación de la pobreza» (Capítulo 18.47).

3. En su principio 4 declaró: «Es esencial reconocer ante todo el derecho fundamental de todo ser humano a tener acceso a un agua pura y al saneamiento por un precio asequible».

4. Cabe también señalar que, paralelamente a las citadas conferencias, el derecho al agua fue reconocido con relación a colectivos específicos en el ámbito de la protección convencional universal de los derechos humanos. En este sentido, Rodríguez Alba (2018: 13) destaca su inclusión en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979, en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006 y en el Convenio 161 sobre los Servicios de Salud en el Trabajo de 1985.

disponibilidad, la calidad y la accesibilidad (física, económica, la no discriminación y el derecho a la información). Sin embargo, y como destaca Obando, el enfoque principal de observación «fue centrarse en el ‘agua esencial’ para la sobrevivencia y las necesidades básicas asociadas a la dignidad humana, siendo este un enfoque mínimo que determina prioridades en los usos del agua» (2018: 19). Así, para autores como Smets, «el derecho al agua solo se aplica sobre una cantidad limitada de agua potable, es decir, agua de calidad adecuada que es necesaria para satisfacer las necesidades fundamentales» (2006: 57).

El 2010 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Resolución 64/292, que reconoció que el derecho al agua potable y el saneamiento constituyen un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos (Salmon, 2012: 250-251). Destacamos que esta declaración constituye la primera consagración del derecho al agua como derecho humano autónomo en el plano internacional.

Bajo la misma línea, el año 2013 la Resolución 24/18 del Consejo de Derechos Humanos reafirmó que:

En virtud del derecho humano al agua potable y el saneamiento, toda persona, sin discriminación, tiene derecho a agua suficiente, segura, aceptable, accesible y asequible para uso personal y doméstico y al acceso, desde el punto de vista físico y económico, en todas las esferas de la vida, a un saneamiento que sea inocuo, higiénico, seguro y aceptable y que proporcione intimidad y garantice la dignidad.

Ribeiro do Nascimento resume estas ideas al expresar que «se percibe así que el contenido del derecho al agua está definido expresamente en el ámbito internacional. De esta forma, los Estados no pueden más sostener que la ausencia de un objeto preciso impide la realización y judicialidad de este derecho» (2018: 256).

Podemos añadir que, en el contexto del *soft law*, se adopta la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Su objetivo es enfrentar de manera urgente las crisis ambientales interrelacionadas tales como las vinculadas al agua, el clima y la biodiversidad. Así, los Objetivos de Desarrollo Sostenible, acordados en septiembre de 2015 por la Asamblea General de las Naciones Unidas disponen en su objetivo 6, «garantizar la disponibilidad de agua y su gestión sostenible y el saneamiento para todos». ⁵ Para Estrada, «ello se destaca además pues el derecho humano al agua es el único derecho humano reconocido expresamente en la Resolución de Naciones Unidas sobre la Agenda 2030» (2017: 248).

5. Los objetivos 6.1 y 6.2 se refieren a «lograr el acceso universal y equitativo al agua potable a un precio asequible para todos» y a «lograr el acceso a servicios de saneamiento e higiene adecuados y equitativos para todos y poner fin a la defecación al aire libre, prestando especial atención a las necesidades de las mujeres y las niñas y las personas en situaciones de vulnerabilidad». Disponible en <https://bit.ly/3Pa6dru>.

Ahora bien, ni las observaciones del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, ni de la Asamblea General ni del Comité de Derechos Humanos poseen valor jurídico vinculante. En efecto, Menéndez puntualiza que «el reconocimiento internacional del derecho humano al agua no significa que su efectividad incumba a instancias internacionales. Corresponde a los Estados o, en su caso, a las organizaciones infraestatales competentes» (2012: 195). Para que el derecho humano al agua y al saneamiento sean reconocidos con carácter obligatorio, el reconocimiento debe efectuarse a través de una convención internacional con carácter vinculante, o bien, a través de su introducción en el ámbito interno de las naciones firmantes (Rodríguez Alba, 2018: 14).⁶

No obstante, como reflexiona Mitre,

la tercera ola de democratización de finales del siglo XX se reconoce por la adopción de derechos de tercera generación y por fundar el marco de liberalización económica con fundamento en políticas sociales y ambientales inclusivas. En ese contexto, se puede decir que el derecho al agua gana por primera vez presencia verdadera en el plano constitucional (2012: 107).

Actualmente, en Latinoamérica diversos países reconocen el derecho humano al agua explícitamente en sus cartas fundamentales, aunque con diversos grados de desarrollo.⁷ Así, por ejemplo, el artículo 47 de la Constitución uruguaya reconoce el acceso al agua potable y el acceso al saneamiento como constitutivos de derechos humanos fundamentales. En los demás casos, ello no se presenta del mismo modo, lo que ha llevado a señalar que,

en Latinoamérica predomina el reconocimiento tácito del derecho humano al agua en los textos constitucionales, desprendiéndose de los derechos fundamentales a la salud, a la alimentación, a la vivienda, y a un medio ambiente sano, al tratarse de derechos que no son realizables sin garantizar el acceso al agua (García, 2020: 185).

6. En el mismo sentido, Bertazzo (2015: 75): «Las normas contenidas en los instrumentos de *soft law* no son jurídicamente vinculantes, salvo cuando recojan el derecho internacional convencional o consuetudinario vigente (efecto declaratorio). Sin embargo, no es posible desconocer su relevancia. Este conjunto de normas, especialmente las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas (sobre todo cuando son aprobadas con una alta mayoría) y las declaraciones realizadas en conferencias internacionales, no solo ejercen una influencia en la interpretación e implementación del derecho internacional, general y convencional, pero también constituyen un aporte al desarrollo del derecho internacional ya que pueden fijar una norma consuetudinaria que hasta entonces se encontraba *in fieri* (efecto cristalizador) o dar luz a una regla que, por efecto de su cumplimiento en la práctica interna e internacional de los Estados y de la convicción de su obligatoriedad, con el andar del tiempo se convierte en una nueva costumbre internacional (efecto generador)».

7. Destacan Bolivia, Cuba, Ecuador, Honduras, México, Nicaragua, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

En este contexto, podría argumentarse que el derecho humano al agua y al saneamiento, como derecho fundamental, forma parte del bloque de constitucionalidad. Esto, por la existencia de derechos implícitos de origen internacional —aquellos contenidos en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes— y que se incorporan al derecho interno en virtud del artículo 5 inciso segundo de la Carta Fundamental (Obando, 2018: 127).

Reconocimiento jurisprudencial del derecho humano al agua en Chile

La Corte Suprema, reconociendo el derecho humano al agua, ha señalado en dos sentencias la obligatoriedad que tienen los instrumentos del derecho internacional en materia de derechos humanos, en virtud de la aplicación del artículo 5, inciso segundo, de la Constitución Política —o bloque de constitucionalidad—. ⁸ De acuerdo a lo fallado por esta magistratura, el derecho humano al agua se desprendería de la Convención Americana de Derechos Humanos, de la Convención Interamericana sobre Derechos de las Personas Mayores, de la Convención del Niño y de la recomendación que ha hecho el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas en cuanto a que los Estados deben respetar el disfrute del derecho al agua. La Corte menciona especialmente la Observación General 15 del comité.

En sus consideraciones dispone que, por su dignidad, toda persona tiene el derecho humano al acceso al agua potable y con mayor razón, lo tienen aquellos grupos vulnerables y categorías protegidas por el derecho internacional, como los pobres, las mujeres, los niños, las personas con discapacidad, los refugiados, las personas internamente desplazadas y los pueblos indígenas. Las sentencias de la Corte obligan al Estado chileno a garantizar el acceso al agua de los recurrentes y de la población, en una proporción no inferior a cien litros diarios por persona, cifrado sobre las directrices de la Organización Mundial de la Salud. ⁹

8. Sentencia del caso *Gallardo con Anglo American Sur S. A.*, Corte Suprema, rol 72.198-2020, 18 de enero de 2021; Sentencia del caso *Instituto Nacional de Derecho Humanos con Gobernación Provincial de Petorca*, Corte Suprema, rol 131.140-2020, 23 de marzo de 2021.

9. De conformidad a la tabla de la Organización Mundial de la Salud, para tener un acceso óptimo al agua se requieren más de cien litros por persona al día; un acceso intermedio se vincula a un promedio de cincuenta litros diarios por persona; y el acceso básico se relaciona a un promedio de veinte litros diarios por persona, que permite una atención mínima de necesidades de consumo e higiene con un elevado riesgo a la salud. Asimismo, una cantidad inadecuada se aprecia en cantidades iguales o inferiores a 5,3 litros por persona al día, donde el riesgo a la salud es altísimo. Cabe mencionar que la tabla también se refiere a las distancias que hay con las fuentes de agua y la adecuación que existe con los diversos usos domésticos del agua.

Estas sentencias reconducen el derecho humano al agua al bloque de constitucionalidad,¹⁰ al sostener que:

El Estado de Chile, al ratificar diversos tratados internacionales en materia de derechos humanos y otros instrumentos propios del derecho internacional, ha adquirido voluntariamente una serie de obligaciones que resultan vinculantes, por expresa disposición del artículo 5, inciso segundo, de la Constitución Política de la República, en relación con sus artículos 1 y 4, todos los cuales se insertan en el Capítulo I del texto político.¹¹

Así, por primera vez y a partir de la incorporación que se hace en el derecho internacional, se reconoce de manera explícita el derecho humano al agua como parte integrante de nuestro ordenamiento jurídico.

Los fallos de la Corte Suprema nos advierten que el derecho humano al agua emana de la dignidad humana. En este sentido, en las sentencias se argumenta que «el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos garantiza el derecho a la vida, desarrollando la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el concepto de *vida digna*, que incluye el derecho de acceso al agua».¹²

A su vez, se debe concluir que el derecho de acceso al agua debe ser igualitario para todas las personas, ya que, como argumenta la Corte, «los derechos, por su parte, se vinculan a un sistema de abastecimiento y gestión del agua que ofrezca a la población iguales oportunidades de disfrutar del derecho»¹³ y «toda persona, por su dignidad de tal, tiene el derecho humano de acceso al agua potable, en condiciones de igualdad y no discriminación; derecho que posee, como correlato, el deber del Estado de garantizar el acceso en las mencionadas condiciones».¹⁴

10. Sobre el bloque de constitucionalidad, el Tribunal Constitucional ha sentenciado que «sin perjuicio de que el derecho a la identidad personal no se encuentra expresamente consagrado en la Constitución chilena, diversas sentencias de esta magistratura lo han reconocido como un derecho de carácter implícito, ya que emana de la dignidad humana y, al encontrarse recogido implícitamente en diversos tratados internacionales sobre derechos fundamentales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, es uno de aquellos derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana a los que alude el artículo 5, inciso segundo constitucional». Tribunal Constitucional, rol 11.696-2021, 5 de julio de 2022, considerando undécimo.

11. Sentencia del caso *Gallardo con Anglo American Sur S. A.*, Corte Suprema, rol 72.198-2020, 18 de enero de 2021, considerando séptimo.

12. Sentencia del caso *Gallardo con Anglo American Sur S. A.*, Corte Suprema, rol 72.198-2020, 18 de enero de 2021, considerando séptimo. Sentencia del caso *Instituto Nacional de Derecho Humanos con Gobernación Provincial de Petorca*, Corte Suprema, rol 131.140-2020, 23 de marzo de 2021, considerando undécimo.

13. Sentencia del caso *Gallardo con Anglo American Sur S. A.*, Corte Suprema, rol 72.198-2020, 18 de enero de 2021, considerando séptimo.

14. Sentencia del caso *Instituto Nacional de Derecho Humanos con Gobernación Provincial de Petorca*,

Lo que conviene destacar del derecho al agua es el derecho igualitario en el acceso a fuentes de abastecimiento de agua, en el sentido de que todas las personas puedan acceder a una cierta cantidad de agua para sus menesteres domésticos, incluso para la subsistencia de sus animales en un régimen distinto al de los demás usuarios. Conforme a ello, se ha indicado también que,

este derecho al agua se sintetiza en la posibilidad real que tiene el ordenamiento jurídico de proveer a todas las personas de un acceso igualitario y no discriminatorio a las fuentes naturales de abastecimiento con la finalidad de satisfacer las necesidades básicas del consumo doméstico, debiendo añadirse la creación de mecanismos que permitan su adecuada fiscalización (Celume, 2021: 48).

De esta forma, como ha sentenciado el Tribunal Constitucional,

todos estos principios se encarnan en disposiciones concretas de la Carta Fundamental como lo son, entre otros, los artículos 1, 4, 5, inciso segundo, y 19, en especial su número 3, inciso séptimo [...]. Que estos preceptos no son meramente declarativos, sino que constituyen disposiciones expresas que obligan a gobernantes y gobernados tanto en sí mismas, como también, en cuanto normas rectoras y vitales que coadyuvan a desentrañar el verdadero sentido y espíritu del resto de las disposiciones de la Constitución.¹⁵

El derecho humano al agua constituye una concreción de la dignidad humana y, como tal, es un principio que tiene carácter vinculante y que debe ser respetado y promovido por los distintos órganos del Estado. En este sentido, podrá concluirse que constituye un deber del Estado asegurar el derecho humano al agua.

En virtud de estos fallos, hoy por hoy, podemos considerar que la legislación de aguas se ve informada por el derecho internacional y que, asumir que la legislación particular no contempla las normas adecuadas al efecto, no basta para omitir la debida protección de los afectados. Así, y aun cuando la reforma de la Ley 21.435 de 2022 al Código de Aguas ha incorporado este principio tutelar al ordenamiento jurídico chileno, no debemos olvidar que el derecho humano al agua integra parte de nuestro bloque de constitucionalidad y, por ende, es deber del Estado respetarlo y promoverlo.

Corte Suprema, rol 131.140-2020, 23 de marzo de 2021, considerando décimo tercero.

15. Sentencia del *Requerimiento en contra del señor Clodomiro Almeyda Medina*, Tribunal Constitucional, rol 46, 21 de diciembre de 1987, considerando vigésimo primero.

Reconocimiento legal del derecho humano al agua en la reforma al Código de Aguas

Si revisamos la legislación de aguas original, de 1981, podemos apreciar que su objetivo fue la creación de un mercado de *derechos de aprovechamiento de aguas*, en virtud del cual el derecho al agua solo podía concretarse a través de las reglas del mercado y con un mínimo reconocimiento. Del Código de Aguas original, destacamos la norma que permite cavar en suelo propio pozos para la bebida y el consumo doméstico (artículo 56), así como aquella que obliga, en caso de expropiación, a dejar a la expropiada agua suficiente para satisfacer sus necesidades de consumo humano (artículo 27). Siguiendo a Vergara (1998), podemos señalar que el Código de 1981 sentó, entre otras, las siguientes bases: un sistema general de protección a las titularidades privadas, una total libertad para el uso del agua a que se tiene derecho, la gratuidad con la que se obtienen los derechos de aprovechamiento y la obligatoriedad de la administración (o de los tribunales de justicia) para otorgar nuevos derechos de aprovechamiento si se dan los requisitos legales.

A diferencia de lo que ocurría con la legislación de aguas de 1951, bajo el esquema de 1981 la asignación de derechos de aprovechamiento se efectuaba sin tener en consideración una prelación de usos.¹⁶ Como ya hemos indicado «en el modelo original del Código de Aguas de 1981 existía una absoluta neutralidad legislativa en cuanto a los usos que los particulares quisieren otorgar a los derechos de agua, eliminando todo vestigio de prelación de usos tanto para su otorgamiento como para tiempos de sequía» (Celume, 2013: 230). A este respecto, Vergara, al referirse al mercado de derechos de aprovechamiento señala que

la actual legislación de aguas chilena no privilegia ningún uso sobre otro. Así, al momento de otorgar derechos nuevos, no hay preferencias legales de unos usos sobre otros. Si, al momento de solicitarse las aguas, simultáneamente existen varios interesados, la autoridad no puede privilegiar a ningún solicitante sobre otro, sino que la legislación ha recogido un mecanismo de mercado y un remate público (2018: 367).

Sin perjuicio de ser este el sentido general del modelo adoptado por el Código de Aguas original, se debe considerar que si existían normas legales que abogaban

16. El artículo 30 del Código de Aguas de 1951 disponía que: «si se presentaren diversas solicitudes de merced para unas mismas aguas, su concesión se hará en el siguiente orden de preferencia: 1. Bebida y servicio de agua potable de las poblaciones y centros industriales; 2. Usos domésticos y saneamiento de poblaciones; 3. Abastecimiento de ferrocarriles y elaboración de salitre; 4. Regadío; 5. Plantas generadoras de fuerza motriz o eléctrica; 6. Industrias, molinos y fábricas, y 7. Otros usos. Dentro de cada clase serán preferidas las empresas de mayor importancia y utilidad, y en igualdad de condiciones preferirán según las fechas de sus solicitudes».

por una prelación del consumo humano,¹⁷ aunque nunca fueron consideradas por la administración a la hora de otorgar derechos de aprovechamiento. No nos olvidemos que «la preocupación con el agua nace en el ámbito del derecho de aguas y desde allí se proyecta al derecho internacional de los derechos humanos» (Ribeiro do Nascimento, 2018: 246).

Solo en virtud de la incorporación de la Ley 21.435 se quebranta el principio de neutralidad. Lo primero es destacar que, con la modificación, se reconoce explícitamente que «el acceso al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial e irrenunciable que debe ser garantizado por el Estado» (artículo 5 inciso cuarto del Código de Aguas). Con esta norma, el derecho humano al agua y al saneamiento pasa a constituir una disposición jurídica que vincula a los órganos del Estado, sin perjuicio de que su reconocimiento sea meramente legal. En este sentido, al legislador ya no le es indiferente el uso que se dé a las aguas. Es más, para el legislador la asignación del derecho de aprovechamiento ya no es neutra, sino que está condicionada a la satisfacción de la necesidad de agua para el consumo humano y el saneamiento como prioridad frente a los demás usos del recurso. De este modo, la reforma legal reconoce la polifuncionalidad de las aguas y le concede prevalencia a la función de subsistencia.¹⁸ Con ello, el paradigma del libre uso de las aguas de que daba cuenta el mercado de los derechos de aprovechamiento, queda absolutamente desvirtuado, al menos en lo que atañe a la asignación del recurso.

Analizaremos ahora las herramientas por medio de las cuales este derecho humano se operativiza en la reforma al Código de Aguas, concretándose en medidas que permiten a las personas acceder con igualdad al recurso hídrico. Lo relevante de este análisis no se encuentra en la indicación de las reglas específicas que se han incorporado en el Código de Aguas para estos efectos, sino en la revisión, caso a caso, de su incidencia en el quiebre de los principios basales de asignación de recursos. Así,

17. El artículo 68 de la Ley General de Pesca y Acuicultura dispone que «la Dirección General de Aguas deberá preferir a la persona que acredite la calidad de acuicultor, en el caso de oposición a que se refiere el inciso tercero del artículo 141, del Código de Aguas, salvo aquellas referidas a la obtención de derechos consuntivos de aguas destinadas a consumo humano». Para Figueroa (1997: 83), «por el principio inspirador del Código de Aguas se debiera proceder a un remate; la ley de pesca pretende volver al principio de prioridades dándole a la acuicultura un privilegio, modificando para este caso, profundamente, el Código de Aguas y renunciando al concepto de que el mercado es el mejor asignador de recursos».

18. Los incisos primero y segundo del artículo 5 bis del Código de Aguas, disponen que «las aguas cumplen diversas funciones, principalmente las de subsistencia, que incluyen el uso para el consumo humano, el saneamiento y el uso doméstico de subsistencia; las de preservación ecosistémica, y las productivas. Siempre prevalecerá el uso para el consumo humano, el uso doméstico de subsistencia y el saneamiento, tanto en el otorgamiento como en la limitación al ejercicio de los derechos de aprovechamiento».

mientras algunas reglas reemplazan la neutralidad por una asignación de prioridad, otras quiebran las lógicas de la proporcionalidad o de la obligatoriedad del otorgamiento, logrando, en su conjunto, desarticular las lógicas del mercado de derechos de aprovechamiento tal como fue concebido originalmente.

Priorización del consumo humano en el otorgamiento de derechos de aprovechamiento de aguas

El derecho de aprovechamiento se constituye siempre y cuando concurren los siguientes requisitos copulativos: una solicitud legalmente procedente, disponibilidad del recurso, que no existan oposiciones de terceros y, tratándose de aguas subterráneas, que la explotación del respectivo acuífero sea la apropiada para su sustentabilidad, conservación y protección en el largo plazo (artículos 22, 141 y 147 bis del Código de Aguas). De verificarse estas condiciones la Dirección General de Aguas (DGA) está en la obligación de constituir el derecho, so pena de infringir el libre acceso a la propiedad privada (Vergara, 1998: 317). Con la incorporación de la Ley 21.435 hoy la DGA debe constituir el derecho de aprovechamiento en función del interés público. Según el artículo 5 del Código de Aguas, el interés público comprende las acciones que puede ejercer la autoridad, entre otras materias, para el resguardo del consumo humano y el saneamiento. De la nueva configuración del otorgamiento de derechos de aprovechamiento derivan instrumentos prácticos para la cautela del derecho humano al agua y al saneamiento.

El remate

Una de las herramientas más importantes para priorizar la función de subsistencia en el otorgamiento de derechos, es aquella que impide aplicar la figura del *remate de solicitudes* en el otorgamiento de derechos de aprovechamiento de aguas para la función de subsistencia. De esta forma, la preferencia para la constitución de estos derechos se aplicará «teniendo en consideración la relación existente entre el caudal solicitado y el uso equivalente, respecto de una misma persona, de conformidad con la normativa en vigor» (artículo 142, inciso final, del Código de Aguas).

El remate —que se traduce en una subasta— fue un mecanismo de asignación de derechos de aprovechamiento que se introdujo en la legislación de aguas de 1981 con la finalidad de que la administración no actuara arbitrariamente, prefiriendo a un peticionario frente a otro, cuando no hubiera disponibilidad suficiente para satisfacer todas las solicitudes sobre las mismas aguas. Al respecto, Donoso (2003: 31) indica que, «si existe competencia por la solicitud de derechos de aprovechamiento, estos se asignan a través de un proceso de licitación —remate— al usuario que ofrece el mayor valor». Este mecanismo de mercado trajo como consecuencia un resultado inequita-

tivo, que se tradujo, fundamentalmente, en que las cooperativas y los comités de agua potable rural no podían competir económicamente con otros solicitantes que disponían de mayores recursos. Para solucionar este problema se recurrió, primeramente, a la facultad que tenía el presidente de la República para constituir directamente el derecho de aprovechamiento en estos casos (artículo 148 del Código de Aguas). Hoy por hoy, y sin perjuicio de dicha facultad, la nueva norma soluciona el problema de la asignación para solicitudes hechas para la función de subsistencia, puesto que deben priorizarse y no se someten a la lógica de la subasta. Con la eliminación de la figura del remate para estas solicitudes podemos apreciar nuevamente el quiebre del principio de neutralidad en la asignación de derechos de aprovechamiento.

La legislación vigente se ha preocupado de manifestar su preferencia por las solicitudes hechas para el consumo humano, el saneamiento y el uso doméstico de subsistencia, rompiendo el esquema clásico del mercado de derechos de aprovechamiento sustentado en la lógica de Coase (1959), es decir, en la idea de mercados fundamentados en derechos de propiedad definidos, lo que implica desterrar la lógica de la regulación estatal. Los titulares de derechos de aprovechamiento manejan el mercado a través de sus preferencias, las que hacen explícitas en la oferta y demanda. El derecho de propiedad constituye así la piedra angular del mercado. Frente a la existencia de recursos escasos —como es el agua— lo conveniente es buscar algún método de asignación. Según Coase, el sistema de precios es el indicado, evitando la intervención estatal (1959: 19). De esta forma, el remate de solicitudes se presenta como un sistema de asignación basado en el sistema de precios, en el que la autoridad queda relegada.

La constitución directa de derechos de aprovechamiento de aguas

Para satisfacer los usos domésticos de subsistencia de la población o para la conservación del recurso, el presidente de la República podrá, previo informe de la DGA, constituir directamente derechos de aprovechamiento de aguas prescindiendo del procedimiento de constitución consagrado en el Código de Aguas. El derecho así constituido queda limitado, pues solo podrá transferirse en la medida que se mantenga el uso para el cual fue originariamente concedido y las transferencias sean informadas a la Dirección General de Aguas.

Hoy, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 21.435, se regulan dos situaciones de constitución directa de derechos de aprovechamiento de aguas. La primera, dice relación con la función de subsistencia (usos domésticos de subsistencia de población) y con la conservación del recurso. En estos casos, el presidente de la República puede constituir directamente el derecho sin que sea necesario que existan dos o más solicitudes sobre las mismas aguas y que no haya disponibilidad suficiente para satisfacerlas en su integridad. Como puede apreciarse, se prioriza de manera equita-

tiva la función de subsistencia al despejarla tanto del remate como para constituir la de manera independiente del mismo. La segunda, refiere a circunstancias excepcionales y de interés general y tendrá lugar cuando se hubieren presentado dos o más solicitudes sobre las mismas aguas y no hubiere recursos suficientes para satisfacer todos los requerimientos. En este caso, el presidente también podrá constituir directamente un derecho de aprovechamiento, pero no necesariamente para la función de subsistencia, sino para cualquier uso, dando preferencia a las organizaciones sin fines de lucro.

Nuevamente, podemos apreciar que la legislación vigente ha dispuesto romper el principio de neutralidad al que estaba sometido el otorgamiento de estos derechos. La reforma otorga al presidente la facultad discrecional de constituir nuevos derechos de aprovechamiento, siempre que se trate de una solicitud hecha para la función de subsistencia o en el caso de circunstancias excepcionales y de interés general. No priman en estos casos las fuerzas del mercado, sino por el contrario, los usos específicos que se le dará al recurso. Esta asignación termina por favorecer a un usuario por sobre otro según el uso que se le dará al recurso.

Otorgamiento de derechos de aprovechamiento de aguas contra disponibilidad

La Ley 21.435 permite que se otorguen derechos de aprovechamiento contra la disponibilidad para la finalidad de subsistencia (artículo 147 quáter del Código de Aguas). Según Arévalo, la disponibilidad del recurso puede ser física o jurídica y

la diferencia entre una y otra radica en que en el punto en que se está solicitando el derecho de aprovechamiento es posible que escurra o que exista materialmente la cantidad de agua que se está pidiendo. Esa es la disponibilidad física o material. Sin embargo, puede ocurrir que sobre esos recursos hídricos, no obstante existir ellos físicamente, no sea posible constituir nuevos derechos de aprovechamiento. Entonces, a la cantidad de recursos sobre los que es efectivamente posible constituir nuevos derechos de aprovechamiento se le denomina disponibilidad jurídica (2011: 688).

Cuando hablamos de disponibilidad, nos estamos refiriendo a la disponibilidad jurídica, ya que ella se mide en relación con los derechos de aprovechamiento ya otorgados y la posibilidad de constituir, en la misma fuente de abastecimiento, nuevos derechos.

Como indica Costa sobre la disponibilidad jurídica,

el problema estaría dado en la imposibilidad de nuevos usuarios para solicitar aguas cuando las cuencas están agotadas, o de solo pedir derechos eventuales, que en muchos casos nunca llegarán en realidad. Pero aún más, el problema de la disponibilidad jurídica también está relacionado con la sobreexplotación jurídica. En este sentido, es una realidad conocida en nuestro país que las cuencas en general se

encuentran sobre otorgadas, de tal manera que hay muchos más derechos de aguas constituidos que el agua que efectivamente está disponible en las cuencas (2016: 346).

Con esta nueva facultad, de manera excepcional, el presidente de la República podrá constituir derechos de aprovechamiento aun cuando no exista disponibilidad con la finalidad priorizar el consumo humano y el saneamiento y fundado en el interés público. Lo anterior, siempre y cuando cuente con informe previo y favorable de la DGA que constate la situación anterior y que «no ha sido posible la aplicación de otras normas que establece este Código o que estas no han sido efectivas» (artículo 147 quáter del Código de Aguas).

Esta facultad presidencial no solo quebranta el principio de neutralidad en la asignación de los derechos de aprovechamiento, sino que va más allá del principio de la obligatoriedad del otorgamiento de estos derechos. En este caso, la administración otorga derechos aun cuando no existe disponibilidad, violándose el axioma en virtud del cual para la constitución de nuevos derechos debe existir disponibilidad del recurso.

Atribuciones de la administración en la reducción temporal del ejercicio del derecho de aprovechamiento (artículo 5 bis del Código de Aguas)

El artículo 5 bis del Código de Aguas establece:

La Dirección General de Aguas se sujetará a la priorización dispuesta en el inciso segundo [prevalencia del consumo humano, el uso doméstico de subsistencia y el saneamiento] cuando disponga la reducción temporal del ejercicio de los derechos de aprovechamiento o la redistribución de las aguas, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 17, 62, 314 y demás normas pertinentes de este Código.

La legislación de 1981 solo contemplaba la facultad de reducir proporcionalmente el ejercicio de los derechos de aprovechamiento constituidos sobre aguas subterráneas si un usuario denunciare a la DGA estar perjudicado con la extracción que otro usuario estuviere ejerciendo. Esta facultad cesaba en cuanto los usuarios lo solicitaran.

En virtud de la Ley 21.064 de 2018, y luego con la Ley 21.435 de 2022, la Dirección General de Aguas puede ejercer esta facultad de oficio y procede no solo cuando la explotación de un usuario perjudique a otro, sino también por verse afectada la sustentabilidad del acuífero.¹⁹ Además, la DGA podrá dejar de ejercer su atribución en la medida que cesen las circunstancias que le dieron origen.

El verdadero aporte de la reforma al Código de Aguas a estas atribuciones, es su

19. De conformidad al inciso segundo del artículo 62 del Código de Aguas, «se entenderá que se afecta la sustentabilidad del acuífero cuando con el volumen de extracción actual se produce un descenso sostenido o abrupto de sus niveles freáticos».

aplicación conjunta con el artículo 5 bis, pues cuando la DGA efectúe la reducción proporcional del ejercicio del derecho de aprovechamiento, deberá priorizar la función de subsistencia, rompiendo la proporcionalidad. En otras palabras, en virtud de la aplicación del artículo 5 bis del Código de Aguas, la reducción temporal del ejercicio del derecho no se podrá efectuar proporcionalmente sino que deberá darse preferencia a los usos de la función de subsistencia. El principio de proporcionalidad es sustituido por el principio de priorización o preferencia. Este cambio no es menor, ya que, como veremos, toda la lógica del Código de Aguas se sustentaba en la idea de la proporcionalidad, tanto en la reducción del ejercicio de los derechos de aprovechamiento como en la redistribución de estos.

Asimismo, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 21.435, la reducción proporcional del ejercicio de los derechos de aprovechamiento también se puede aplicar en fuentes superficiales. El artículo 17 del Código de Aguas contempla dos hipótesis en las que la DGA puede intervenir con dicha facultad: de oficio o a petición de parte. La primera refiere a aquellos casos en que exista junta de vigilancia —un tipo de organización de usuarios de aguas— y la explotación de las aguas superficiales por algunos usuarios ocasionare perjuicios a los otros titulares de derechos. La segunda, cuando existan dos o más juntas de vigilancia en una fuente superficial por encontrarse esta seccionada. En este caso, la Dirección General de Aguas «podrá ordenar una redistribución de aguas entre las distintas secciones, cuando una de estas organizaciones se sienta perjudicada por las extracciones que otra realice y así lo solicite fundadamente» (artículo 17, inciso cuarto, del Código de Aguas). Lo importante de recalcar es que, en virtud del nuevo artículo 5 bis, estas intervenciones de la DGA —que se dibujan tanto en la reducción del ejercicio de los derechos de aprovechamiento superficiales como en la redistribución de los mismos— deberán efectuarse priorizando la función de subsistencia, por lo tanto, ninguna de las dos se puede ejercer de manera proporcional.

La originalidad de esta norma radica en que, hasta la reforma de la Ley 21.435, la Dirección General de Aguas no tenía atribuciones para redistribuir aguas superficiales. En virtud de esta nueva facultad no solo podrá intervenir la fuente superficial, sino que, además, podrá ordenar la priorización del consumo humano en esta redistribución. Creemos que esta herramienta de intervención se justifica y sustenta en la preferencia de la función de subsistencia que irradia toda la legislación de aguas. El legislador ha querido que la prevalencia del consumo humano, el saneamiento y el uso doméstico de subsistencia se manifieste en la gestión y distribución de las aguas que efectúan las organizaciones de usuarios de aguas como organismos intermedios de la sociedad. De esta forma, el principio de subsidiariedad estatal en la gestión del recurso hídrico que impregnaba la legislación original se ha visto sustituido por la intervención estatal en la gestión de las aguas, con la finalidad de priorizar la función de subsistencia.

Redistribución del recurso por severa sequía (artículo 314 del Código de Aguas)

En épocas de severa sequía, el presidente de la República, a petición o con informe de la DGA, puede declarar zonas de escasez por períodos máximos de un año, prorrogables (artículo 314, inciso primero, del Código de Aguas). Para hacer técnicamente posible tal declaración, la DGA debe calificar, previamente y mediante resolución, las épocas de sequía que revistan el carácter de severas (artículo 314, inciso segundo, del Código de Aguas). Con la redistribución, lo que se persigue es «entregar las aguas a quienes tienen derechos de aprovechamiento en condiciones distintas a las que indican sus respectivos títulos». Como refuerza Figueroa «no tiene ningún sentido facultar una intervención si se trata de repartir las aguas de la misma manera a como está obligado el directorio de la organización de usuarios» (1997: 127). Para ello, si no hubiera acuerdo de los usuarios, «podrá la propia DGA hacerse cargo de esta redistribución» (Muñoz, 2011: 1142-1143). Trátase, entonces, de una situación de excepción en la que por razones de sequía es necesario que la distribución de las aguas se reduzca proporcionalmente entre los usuarios de una cuenca. Para ello, el Código de Aguas otorga amplias atribuciones a la junta de vigilancia, que es la primera llamada a efectuar la redistribución, encargándole subsidiariamente al Estado su intervención en los casos previstos en la ley.

Respecto a la priorización del consumo humano y el saneamiento, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 21.435, conviene señalar que esta norma obliga a las juntas de vigilancia a presentar un acuerdo de redistribución. Lo fundamental es que dicho acuerdo debe «contener las condiciones técnicas mínimas y las obligaciones y limitaciones que aseguren que, en la redistribución de las aguas, entre todos los usuarios de la cuenca, prevalezcan los usos para el consumo humano, saneamiento o el uso doméstico de subsistencia, precaviendo la comisión de faltas graves o abusos» (artículo 314, inciso tercero, del Código de Aguas). De esta forma, será la Dirección General de Aguas la encargada de aprobar este acuerdo si se cumple con dichas garantías mínimas. En caso de aprobarse el acuerdo, la redistribución de aguas será realizada por la misma junta de vigilancia.

De conformidad al inciso sexto del artículo 314 del Código de Aguas, en el evento de que las juntas no presentaren el acuerdo de redistribución de las aguas dentro del plazo de quince días corridos —contados desde la declaratoria de zona de escasez hídrica— o el acuerdo de distribución presentado no diera cumplimiento a los criterios que aseguren la prevalencia de los usos para el consumo humano, el saneamiento o el uso doméstico de subsistencia, la DGA podrá ordenar el cumplimiento de esas medidas o disponer la suspensión de sus atribuciones. También podrá ordenar la suspensión de los seccionamientos de las corrientes naturales que estén comprendidas dentro de la zona de escasez, con la finalidad de realizar directamente la redistribución de las aguas superficiales y/o subterráneas comprendidas en la fuente, con cargo

a las juntas de vigilancia respectivas. De ello se desprende que existen dos escenarios de redistribución: el acordado y el administrativo, los que analizaremos separadamente a continuación.

Escenario de redistribución acordada por la junta de vigilancia

Previo a la reforma de la Ley 21.435,

la existencia de uno o más acuerdos entre los distintos usuarios de la corriente natural, sobre la redistribución de las aguas en zonas declaradas de escasez, deb[ía] conducir a la ejecución de una solución imparcial, justa y equitativa para las distintas secciones de aquella, la que se traduc[ía] en que el caudal disponible [era] prorrateado o turnado entre los distintos titulares de derechos de aprovechamiento (Obando y Allesch, 2014: 9).

Se trataba, entonces, de una redistribución proporcional en relación con la cuantía o medida del derecho de aprovechamiento.

Con la reforma al Código de Aguas, surge una nueva obligación para las organizaciones de usuarios y es que si estas,

al interior de sus redes de distribución, abaste[cen] a prestadores de servicios sanitarios, deberán adoptar las medidas necesarias para que, con la dotación que les corresponda por la aplicación del acuerdo de distribución, dichos prestadores reciban el caudal o los volúmenes requeridos para garantizar el consumo humano, saneamiento o el uso doméstico de subsistencia (artículo 314, inciso quinto, del Código de Aguas).

En otras palabras, se deberá garantizar a los prestadores de servicios sanitarios una dotación suficiente de agua para poder abastecer a la población, pudiendo afectar a los demás usuarios de la cuenca. Se quiebra, en este caso, la proporcionalidad en la redistribución de aguas la que cede en beneficio de la prevalencia de la función de subsistencia de las aguas.

Escenario de redistribución administrativa

En caso de que las juntas de vigilancia no presentaren el acuerdo de redistribución dentro del plazo contemplado en la ley o no diesen cumplimiento al acuerdo aprobado, la Dirección General de Aguas procederá a realizar la redistribución —o a aplicar el acuerdo—. Rige para la DGA la misma obligación de priorizar la función de subsistencia, ya que legalmente debe redistribuir «con el objeto de reducir al mínimo los daños generales derivados de la sequía, especialmente para garantizar el consumo humano, saneamiento o el uso doméstico de subsistencia, de conformidad a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5 bis» (artículo 314, inciso tercero, del Código

de Aguas). Dicho de otro modo, la redistribución que efectúe la DGA no debe ceñirse al principio de proporcionalidad, sino que al principio de prevalencia de la función de subsistencia. Bajo este principio, la redistribución deberá priorizar a los usuarios de consumo humano, de saneamiento o de uso doméstico de subsistencia.

Extracción de aguas

Se mantiene la atribución original de la Dirección General de Aguas para «autorizar extracciones de aguas superficiales o subterráneas», pero no como una facultad general, sino que la sujeta a la priorización para el consumo humano y el saneamiento. En este sentido, dichas autorizaciones deben estar «destinadas con preferencia a los usos de consumo humano, saneamiento o el uso doméstico de subsistencia» (artículo 314, inciso séptimo, del Código de Aguas). Se trata más bien de una autorización provisional, por cuanto, en este caso, no se constituye un derecho de aprovechamiento, ya que se carece de un procedimiento concesional que cree *ex novo* una titularidad. Por lo mismo, se trata de autorizaciones exentas de las limitaciones del caudal ecológico.²⁰ Además, esta autorización solo podrá darse mientras esté vigente el decreto de escasez.

Las autorizaciones temporales para la extracción de aguas en períodos de declaración de escasez son un claro ejemplo de cómo ha cedido el principio de neutralidad en el otorgamiento de derechos (en este caso, de autorizaciones) para priorizar la función de subsistencia. Al legislador no le es indiferente a quién se le autoriza el uso de aguas en épocas de sequía y les otorga preferencia a los usos de la función de subsistencia por sobre los demás usos.

Indemnizaciones

Vergara señala:

La cláusula indemnizatoria que establece el artículo 314 inciso quinto del Código de Aguas solo opera en caso de que las organizaciones de usuarios o la administra-

20. En virtud de la potestad reglamentaria de ejecución, la DGA por medio de la Resolución 1482 de 2022, ha regulado de manera estricta la procedencia y el procedimiento para obtener las autorizaciones temporales en caso de sequía. Lo fundamental de la resolución se traduce en que, en virtud de la priorización del consumo humano, el saneamiento y el uso doméstico de subsistencia, las autorizaciones siempre se concederán para dichos usos, pero se le establecen determinadas condiciones, tales como que «el agua a extraer solo puede ser utilizada para los fines expresamente autorizados, no pudiendo ser destinada a necesidades o aplicaciones distintas, ni ceder a otros usuarios» (letra a, numeral IV de la Resolución 1482 de 2022). Somos de la opinión de que estos requisitos exceden el tenor de la ley, puesto que los cambios de uso, por expresa disposición legal están autorizados, a menos que sea la propia ley la que los limite en casos específicos de manera expresa (artículo 149, inciso final, del Código de Aguas).

ción, de manera ilegal, prefieran usos determinados, o no respeten una redistribución proporcional (1999: 368).

En virtud de la reforma, y con el objetivo de proteger la función de subsistencia, las indemnizaciones no procederán «si dicha menor proporción fuese a consecuencia de la priorización del consumo humano, el saneamiento y el uso doméstico de subsistencia» (artículo 314, inciso octavo, del Código de Aguas). En otras palabras, en virtud de la priorización para el consumo humano y el saneamiento, la redistribución no necesariamente será proporcional. Es más, probablemente, no respete dicho principio. En dichos casos, no se podrá solicitar una indemnización ni a la junta de vigilancia (cuando la redistribución sea acordada) ni al Estado (cuando la redistribución sea administrativa). Por esta razón, esta norma es el corolario de la ruptura del principio de proporcionalidad en los términos antes explicados. La disposición impide que en caso de priorización de la función de subsistencia en la redistribución se pueda reclamar indemnización de perjuicios, quedando demostrada la clara preferencia del legislador por el principio de priorización de la función de subsistencia.

Autorizaciones transitorias para los servicios sanitarios rurales (artículo 5 bis del Código de Aguas)

La reforma prevé la urgencia que tienen los servicios sanitarios rurales y las dificultades que tienen para acceder al agua. Por este motivo, ha creado una figura especial, una autorización transitoria para priorizar las solicitudes efectuadas por un comité o una cooperativa de servicio sanitario rural que no excedan de doce litros por segundo. Por medio de esta figura y mientras se tramita la solicitud definitiva,

la Dirección General de Aguas podrá autorizar transitoriamente, mediante resolución, la extracción del recurso hídrico por un caudal no superior al indicado. Esta autorización se mantendrá vigente durante la tramitación de la solicitud definitiva, la que no podrá exceder de un año, pudiendo prorrogarse por una sola vez (artículo 5 bis, inciso final, del Código de Aguas).

En virtud de esta norma, los comités y las cooperativas de agua potable rural no tendrán que esperar a la constitución del derecho para efectos de acceder extractivamente al recurso. Esta figura tiene por finalidad acudir a la inmediata necesidad de abastecimiento que tienen los comités y las cooperativas de agua potable rural y que, con anterioridad a la reforma de la Ley 21.435, no se encontraba cubierta ya que requerían la tramitación total del expediente de solicitud de derechos de aprovechamiento.

Esta figura desfonda el principio de obligatoriedad que tiene la administración de otorgar el derecho de aprovechamiento si, entre otros, existe una solicitud legalmente procedente. En este caso, la DGA anticipa la constitución del derecho, por la necesidad de asegurar el consumo humano, el uso doméstico de subsistencia y

el saneamiento, otorgándole a las cooperativas y comités de agua potable rural una autorización previa.

Cabe mencionar que, como reflexiona Salazar,

los derechos sociales tienen como una de sus características principales tratarse de derechos de igualdad, entendido en el sentido de igualdad material o sustancial, circunscribiéndose a la defensa de determinadas situaciones de discriminación normativa, a través del establecimiento de un régimen diferenciado que se concentra en las desigualdades fácticas (2013: 75-76).

El derecho humano al agua, como derecho social, implica que el legislador cree un régimen exorbitante o diferenciado para darle preferencia a estos usuarios prevalentes. En este caso, las cooperativas y comités de agua potable rural gozan de una normativa particular y específica que, atendidas sus diferencias, les permite acceder al agua con preferencia a los demás usuarios, prevaleciendo la función de subsistencia.

Reservas de aguas para el consumo humano, el saneamiento y los servicios ecosistémicos de las aguas (artículo 5 ter y 147 bis inciso tercero del Código de Aguas)

A este respecto, el Código de Aguas dispone que «para asegurar el ejercicio de las funciones de subsistencia y de preservación ecosistémica, el Estado podrá constituir reservas de aguas disponibles, superficiales o subterráneas, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 147 bis» (artículo 5 ter, inciso primero, del Código de Aguas), sin necesidad de tener que denegar una solicitud pendiente parcialmente.²¹ Esta disposición constituye una nueva atribución para la administración. La lógica del Código de Aguas original era evitar cualquier tipo de reserva estatal y promover que las aguas se otorgaran a los particulares. Como señala Vergara (1998: 317), la Dirección General de Aguas «no puede negarse a otorgar esos nuevos derechos de aguas sin infringir una garantía constitucional (artículo 19 número 23 de la Constitución)».

La posibilidad de que el Estado pueda reservar aguas para determinados fines —abastecimiento de la población y circunstancias excepcionales y de interés nacional— se incorporó a la legislación por medio de la Ley 20.017 de 2005. Sin embargo, para que dicha reserva pudiera crearse, era necesario que hubiera una solicitud pendiente y que el Estado la denegara parcialmente. Sobre este punto se ha indicado que «en su historia legislativa, la reserva de caudales estuvo orientada a suplir la falta de recurso hídrico para el abastecimiento de la población y para impulsar el desarrollo

21. Se ha modificado el artículo 147 bis, inciso tercero, del Código de Aguas, en el sentido de disponer que el presidente de la República podrá reservar aguas para las finalidades de la función de subsistencia y la de preservación ecosistémica bajo el solo requisito de que haya aguas disponibles.

de actividades productivas relevantes en el contexto regional» (Celume, 2021: 42). Si bien esta facultad se sigue contemplando en la ley (artículo 147 bis, inciso tercero, del Código de Aguas), con algunas modificaciones —la denegación puede ser total—, en lo que respecta a la satisfacción de los usos de la función de subsistencia o a los usos de preservación ecosistémica, basta con que existan aguas disponibles para que el presidente de la República pueda reservarlas con dichos fines.

El objetivo de estas reservas es que el Estado pueda dejar las aguas correr, para proteger los efectos ecosistémicos de las aguas o constituir derechos de aprovechamiento para los usos de la función de subsistencia. Ahora bien, los derechos de aprovechamiento de aguas que se otorguen en contra de las reservas están limitados y solo «podrán transferirse siempre que se mantenga el uso para el cual fueron originariamente concedidos y dichas transferencias sean informadas a la Dirección General de Aguas» (artículo 5 quinquies, inciso primero, del Código de Aguas). Además, estos derechos son susceptibles de extinguirse «si su titular no realiza las obras para utilizar las aguas [...]; las usa para un fin diverso para aquel que han sido otorgadas, o cede su uso a cualquier otro título» (artículo 5 quinquies, inciso tercero, del Código de Aguas).

Bajo la lógica constitucional, el acceso a la propiedad privada constituye un derecho garantizado en el artículo 19 número 23 de la Constitución Política que en su inciso final prescribe que «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». Para Fermandois, «el origen de la necesidad de incluir una garantía especial del derecho a la propiedad, fue subrayar la accesibilidad de todas las personas privadas a los bienes en general, excluyendo las áreas o reservas de bienes para el Estado» (Fermandois, 2010: 246). Estamos en presencia de una reserva estatal de bienes, que se basa en el interés nacional, cual es, priorizar la función de subsistencia y proteger la función de preservación ecosistémica de las aguas. En lo que nos interesa, es decir la priorización del consumo humano, del uso doméstico de subsistencia y del saneamiento, la DGA puede crear titularidades para su uso. Estos derechos son esencialmente limitados, ya que están correlativamente vinculados a la reserva y no pueden exceder los límites legales para los que esta fue creada.

Estamos en presencia de una nueva hipótesis que vulnera el principio de neutralidad en el otorgamiento de derechos de aprovechamiento. Los derechos otorgados contra la reserva de aguas están condicionados a un uso específico: el consumo humano, el uso doméstico de subsistencia o el saneamiento. Por su parte, la libertad de uso de las aguas, como pilar sobre el que se sustenta el mercado de derechos de aprovechamiento, se ve infringido en la medida que estos derechos no pueden transferirse para un uso diverso. De este modo, podemos afirmar que, con ciertas normas sobre priorización de la función de subsistencia, los pilares fundantes del mercado de derechos de aprovechamiento se ven trasgredidos.

Usos mínimos o derechos de aprovechamiento de aguas que se adquieren por el solo ministerio de la ley

En la legislación original del Código de Aguas solo se contemplaba el derecho del dueño de un predio para cavar en suelo propio pozos para la bebida y el consumo doméstico (artículo 56, inciso primero, del Código de Aguas). Esta norma refería solo a aguas subterráneas. En virtud de la Ley 21.435, se crea una facultad adicional para toda persona a efectos de que pueda abastecerse de agua superficial para satisfacer las necesidades humanas de bebida y los usos domésticos de subsistencia, siempre y cuando dicha extracción no reporte utilidad económica alguna. Esta facultad puede ejercerse «en la medida que en el área no exista un sistema de agua potable concesionada o rural, u otra red para abastecer de agua potable a la población. En todo caso, si el ejercicio de este derecho causare un perjuicio superior al beneficio que reporta, deberá de inmediato suspenderse» (artículo 20, inciso final, del Código de Aguas). De esta forma, se concede a las personas un derecho por el solo ministerio de la ley, que no requiere de la tramitación de una concesión previa para poder extraer aguas superficiales provenientes de cualquier afloramiento que no se encuentre en terrenos privados, como una heredad o un lago menor contenido en un predio particular.

Del mismo modo en que el propietario de un predio puede cavar pozos para la bebida y el uso doméstico de subsistencia, los servicios sanitarios rurales también podrán extraer aguas subterráneas «de pozos cavados en el suelo propio de la organización, de algunos de los integrantes de ella, o en terrenos del Estado, previa autorización en todos los casos señalados» con la finalidad de destinarlas al consumo humano (artículo 56, inciso segundo, del Código de Aguas). La única limitación es que deberán informar a la Dirección General de Aguas la existencia y la ubicación de dichas obras de explotación de aguas subterráneas.

Estamos en presencia de lo que en doctrina se ha denominado «usos mínimos o limitados reconocidos como derechos por la ley» Vergara (1998: 333). En este sentido, Vergara puntualiza que,

son usos que la misma legislación reconoce, de principio, permitiendo que las personas los realicen directamente, sin necesidad de especial autorización o concesión. Dada la naturaleza de algunos de estos usos, si el ordenamiento jurídico los impidiera, se produciría en tales casos un entramamiento incomprensible de la vida en sociedad. Así, hay ciertos usos que quedan amparados por una cláusula general de permisividad (1998: 333).

Se trata de los pozos cavados en suelo propio para los usos domésticos, de las aguas del minero, las vertientes que nacen, corren y mueren dentro de una misma heredad y los lagos menores (artículos 56, 56 bis y 20, inciso segundo, del Código de Aguas). Estos usos, han tenido reconocimiento en los albores de la legislación de

aguas chilena, consisten en *derechos concesionales*, en el sentido de que se encuentran fuera de la lógica concesional del Código de Aguas y cubren diversas necesidades basadas en el interés público. Cabe mencionar que una primera manifestación del derecho humano al agua lo encontramos en los pozos artesianos. En palabras de Guzmán y Ravera, «el derogado artículo 945 del Código Civil, hoy reproducido en el artículo 56, inciso primero, del Código de Aguas [...] tiene como antecedente el Código de las Partidas, que a su vez se inspira en el derecho musulmán» (1996: 15-16). Esta disposición de antigua data, tiene como objetivo priorizar el consumo doméstico de las aguas,²² y en virtud de la reforma al Código de Aguas, este derecho se amplía: ya no se trata solamente de captar aguas subterráneas, sino la posibilidad de extraer aguas superficiales. Asimismo, se le otorga este derecho a las cooperativas y a los comités de agua potable rural en lo relativo a las aguas subterráneas.

Estos derechos mínimos o limitados traspasan la barrera del sistema concesional de los derechos de aprovechamiento en el que se sustenta toda la lógica del Código de Aguas. Se trata de ciertas hipótesis excepcionales que solo pueden tener origen en la necesidad de satisfacer un interés público que de otra manera sería irrealizable. Una de esas circunstancias está constituida por la priorización de la función de subsistencia. Se contraviene así la lógica del Código de Aguas antiguo que se construye sobre la base del sistema concesional.

Conclusiones

El derecho humano al agua era conceptualizado como un derecho dependiente del derecho a la vida, a la salud, a la vivienda, al medio ambiente sano y, como tal, estaba reconocido a través del bloque de constitucionalidad. Este derecho no había sido reconocido como un derecho autónomo sino hasta su incorporación al Código de Aguas mediante la Ley 21.435. De esto dan cuenta diversas instituciones del derecho de aguas que han sido modificadas para que este derecho sea ejercido. En este sentido, no ha sido suficiente la mera declaración del derecho humano al agua en el texto legal, sino que, lo realmente relevante han sido los mecanismos que la legislación ha contemplado para ejercitar este derecho. Estas manifestaciones las encontramos tanto en el otorgamiento de los derechos de aprovechamiento de aguas, como en las limitaciones y restricciones de su ejercicio, destacando, fundamentalmente, la redistribución de los derechos en épocas de sequía.

Son diversas las instituciones que, a partir del reconocimiento del derecho hu-

22. De conformidad al artículo 5 bis, inciso tercero del Código de Aguas, «se entenderá por usos domésticos de subsistencia, el aprovechamiento que una persona o una familia hace del agua que ella misma extrae, con el fin de utilizarla para satisfacer sus necesidades de bebida, aseo personal, la bebida de sus animales y cultivo de productos hortofrutícolas indispensables para su subsistencia».

mano al agua, han sufrido transformaciones. La más radical es la que trastoca la lógica original del Código de Aguas, que, asentado bajo el principio de neutralidad en el otorgamiento de derechos de aprovechamiento de aguas, buscaba que fuese el mercado el que asignase de manera eficiente estos derechos. Con la irrupción de la priorización del consumo humano y el saneamiento, este modelo ha quedado desbaratado. Existe, hoy por hoy, una prevalencia para conceder los usos que se refieran a la función de subsistencia: quedan exentos del remate y pueden ser constituidos directamente por la autoridad. Algo similar ocurre con las herramientas que posee la administración para intervenir reduciendo el ejercicio de los derechos de aprovechamiento o redistribuyendo en caso de sequía. El presupuesto base de estas potestades es la priorización de la función de subsistencia, con lo que el principio de proporcionalidad se rompe y pasa a ser sustituido por el principio de preferencia.

Otro principio afectado es el de la obligatoriedad del otorgamiento. A partir de la reforma al Código de Aguas, se pueden otorgar derechos contra disponibilidad, afectando este presupuesto esencial. Lo mismo ocurre con las autorizaciones provisionales de que disponen los comités y cooperativas de agua potable rural que no requieren de la tramitación de una solicitud.

Todas estas modificaciones han desfondado los principios sobre los cuales se asentaba la lógica del mercado de los derechos de aprovechamiento. El legislador ha dispuesto el principio de la preferencia o prevalencia de la función de subsistencia por sobre la libertad de uso —pilar fundante del mercado de los derechos de aprovechamiento—. El derecho humano al agua tuerce y resquebraja la lógica de mercado que impregnaba al Código de Aguas y que se basaba en el principio de la neutralidad en el otorgamiento de los derechos de aprovechamiento y en el principio de la proporcionalidad en la reducción y redistribución de las aguas.

Referencias

- ARÉVALO, Gonzalo (2011). «Legitimación para interponer oposiciones y obligatoriedad de constitución del derecho de aprovechamiento de aguas». En Alejandro Vergara (director), *Código de Aguas comentado* (pp. 686-698). Santiago: Abeledo Perrot.
- BERTAZZO, Silvia (2015). «La tutela del acceso al agua potable en el derecho internacional». *Revista de Derecho* (Universidad Católica del Norte), 22 (2): 55-92. DOI: [10.4067/S0718-97532015000200003](https://doi.org/10.4067/S0718-97532015000200003).
- CELUME BYRNE, Tatiana (2013). *Régimen público de las aguas*. Santiago: Thomson-Reuters.
- . (2021). «Regulación constitucional y legal de la propiedad sobre el derecho de aprovechamiento de aguas: tensiones actuales y propuestas para su modificación». *Revista Chilena de Derecho Privado*, 37: 15-58. DOI: [10.4067/S0718-80722021000300015](https://doi.org/10.4067/S0718-80722021000300015).

- COASE, Ronald (1959). «The Federal Communications Commission». *Journal of Law and Economics*, 2: 1-40.
- COSTA, Ezio (2016). «Diagnóstico para un cambio: los dilemas de la regulación de las aguas en Chile». *Revista Chilena de Derecho*, 43 (1): 335-354. DOI: [10.4067/S0718-34372016000100014](https://doi.org/10.4067/S0718-34372016000100014).
- DONOSO, Guillermo (1993). «Mercados de agua: estudio de caso del Código de Aguas de Chile de 1981». En *Mercados (de derechos) de agua: experiencias y propuestas en América del Sur* (pp. 25-48). Disponible en <https://bit.ly/3BegTPW>.
- EMBED, Antonio (2006). «El derecho al agua en el marco de la evolución del derecho de aguas». En Antonio Embid (director), *El derecho al agua* (pp. 15-56). Navarra: Thomson Aranzadi.
- ESTRADA, Dorothy (2017). «Los derechos humanos al agua y al saneamiento: una visión desde el Derecho Internacional, europeo y español». *Anuario Español de Derecho Internacional*, 33: 229-268.
- FERMANDOIS, Arturo (2010). *Derecho Constitucional Económico*. Tomo II. Santiago: Ediciones UC.
- FIGUEROA, Luis Simón (1997). *Asignación y distribución de las aguas terrestres*. Santiago: Ediciones Universidad Gabriela Mistral.
- GARCÍA, Aniza (2008). *El derecho humano al agua*. Madrid: Trotta.
- GARCÍA, Borja (2020). «La compatibilidad del derecho humano al agua con la legislación chilena: el reconocimiento latinoamericano de este derecho». *Ius et Praxis*, 26 (3): 172-194. DOI: [10.4067/S0718-00122020000300172](https://doi.org/10.4067/S0718-00122020000300172).
- GUZMÁN, Alberto y Ernesto Ravera (1996). *Estudio de las aguas*. Santiago: Congreso.
- MENÉNDEZ, Ángel (2012). «El agua como bien jurídico global: el derecho humano al agua». *AFDUAM* 16: 187-202.
- MITRE, Eduardo (2012). *El derecho al agua*. Madrid: Iustel.
- MUÑOZ, Gonzalo (2011). «Declaración de zonas de escasez y sus efectos», en Alejandro Vergara (director), *Código de Aguas comentado* (pp. 1139-1147). Santiago: Abeledo Perrot.
- DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS DEL MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS (2016). «Atlas del agua». Disponible en <https://bit.ly/3uwdmrsr>.
- NOGUEIRA, Humberto (2009). «Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano». *Estudios Constitucionales*, 7 (2): 143-205. DOI: [10.4067/S0718-52002009000200007](https://doi.org/10.4067/S0718-52002009000200007).
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (2020). «Domestic water quantity, service level and health». Disponible en <https://bit.ly/3Fcc4aW>.
- OBANDO, Iván (2018). «El derecho humano al agua revisitado: antecedentes normativos e implicancias jurídicas». *Revista de Derecho Administrativo Económico*, 27: 103-129. DOI: [10.7764/redae.27.5](https://doi.org/10.7764/redae.27.5).

- OBANDO, Iván y Johann Allesch (2014). «La responsabilidad civil extracontractual del Estado administrador por redistribución de las aguas en caso de extraordinaria escasez o sequía». En *Actas de las XVI Jornadas de Derecho de Aguas* (pp. 65-79).
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (1992). «Programa 21, Capítulo 18, Cumbre para la Tierra». Disponible en <https://bit.ly/3VXqPW6>.
- . (2002). «Observación general 15: el derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)». Disponible en <https://bit.ly/3FilbXY>.
- . (2018). «Objetivos de desarrollo sostenible». Disponible en <https://bit.ly/3Pa6dru>.
- RECABARREN, Óscar (2016). «El estándar del derecho de aguas desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos y del medio ambiente». *Estudios Constitucionales*, 14 (2): 305-346. DOI: [10.4067/S0718-52002016000200010](https://doi.org/10.4067/S0718-52002016000200010).
- RIBEIRO DO NASCIMENTO, Germana (2018). «El derecho al agua y su protección en el contexto de la Corte Interamericana de Derecho Humanos». *Estudios Constitucionales*, 16 (1): 245-280. DOI: [10.4067/S0718-52002018000100245](https://doi.org/10.4067/S0718-52002018000100245).
- RODRÍGUEZ, Alba (2018). «El derecho al agua en el contexto internacional y en el ordenamiento jurídico interno español». *Revista de Derecho, Agua y Sostenibilidad*, 2: 1-36.
- ROJAS, Christian (2021). «El derecho humano al agua frente a los desafíos de una nueva Constitución Política». En Domingo Lovera (editor), *Anuario de Derecho Público 2021* (pp. 101-127). Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales.
- SALAZAR, Sebastián (2013). «Fundamentación y estructura de los derechos sociales». *Revista de Derecho*, 36 (1): 69-93. DOI: [10.4067/S0718-09502013000100004](https://doi.org/10.4067/S0718-09502013000100004).
- SALINAS, Sergio (2006). «El derecho al agua como derecho humano. Contenido normativo y obligaciones de los Estados». En Antonio Embid (director), *Derecho al agua* (pp. 89-135). Navarra: Thomson Aranzadi.
- SALMÓN, Elizabeth (2012). «El derecho humano al agua y los aportes del sistema interamericano de derechos humanos». *Universitas, Revista de Filosofía, Derecho y Política*, 16: 245-268.
- SMETS, Henri (2006). *Por un derecho efectivo al agua potable*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- TELLO, Luisa (2008). *El acceso al agua potable, ¿un derecho humano?* México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- VALDÉS DE HOYOS, Elena y Enrique Uribe (2016). «El derecho humano al agua. Una cuestión de interpretación o de reconocimiento». *Cuestiones Constitucionales*, 34: 3-25.
- VERGARA, Alejandro (1998). *Derecho de Aguas*. Santiago: Jurídica de Chile.
- . (2018). «Bases y dogmas que permiten o impiden mercados de derechos de aguas: mercado en Chile y cuasi mercado en España». *Revista de Administración Pública*, 205: 339-380.

—. (1999). «El derecho de la sequía: la redistribución de las aguas». *Revista de Derecho Administrativo Económico*, 2: 361-370.

Sobre la autora

TATIANA CELUME BYRNE es doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca, España, e investigadora de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad San Sebastián, Chile. Su correo electrónico es tatiana.celume@uss.cl.  <https://orcid.org/0000-0003-2004-963X>.

La *Revista de Derecho Ambiental*, del Centro de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, es un espacio de exposición y análisis en el plano académico del derecho ambiental. Su contenido se presenta a través de doctrina, jurisprudencia y reseñas, y aborda diversas materias relacionadas con la gestión, institucionalidad y herramientas de protección ambiental y desarrollo sustentable. Se presentan artículos de diferentes autores y autoras en los que se analizan y abordan casos y temas jurídico-ambientales de creciente interés y actualidad.

DIRECTORA

Pilar Moraga Sariego

EDITOR

Jorge Ossandón Rosales

SITIO WEB

revistaderechoambiental.uchile.cl

CORREO ELECTRÓNICO

revistada@derecho.uchile.cl

LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO

Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional



La edición de textos, el diseño editorial
y la conversión a formatos electrónicos de este artículo
estuvieron a cargo de Tipografía
(www.tipografica.io)