

Senado  
Comisión Especial sobre Recursos Hídricos, Desertificación y Sequía  
Sesión  
Martes 18 de noviembre de 2014, 10:30 horas  
Sala 9, tercer piso, Valparaíso

**Síntesis de comentarios respecto de las reformas constitucionales sometidas  
al conocimiento de esta Comisión  
Prof. Dr. Gonzalo Aguilar Cavallo**

La siguiente es una síntesis de los principales puntos de la presentación oral ante la Comisión Especial del Senado. Esta presentación se elaboró habiendo analizado los proyectos de los boletines N°6.124-09; 7.108-07; 8.355-07; 9.321-12; 6.141-09; 6.254-09; y 6.697-07.

**Comentarios generales**

1. Todos los proyectos, salvo el 6.141-09 y el 6.254-09, apuntan a reemplazar el inciso final del artículo 19 N°24 de la Constitución, o bien, lo eliminan.
2. En consecuencia, en su mayoría, los proyectos proponen eliminar el inciso que señala “*Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos (inciso 11°)*” O sea, tienden a eliminar el derecho de propiedad sobre el derecho de aprovechamiento de aguas.
3. Junto con esta reforma a la Constitución, debería considerarse, al mismo tiempo, introducir un nuevo artículo en el capítulo primero de la Constitución, relativo a los principios rectores de la política social y económica del Estado, uno de cuyos podría ser, inspirándonos de la Constitución española, el siguiente: “Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva”.

**Comentarios específicos**

**Agua como bien nacional de uso público**

3. Esta idea me parece un paso en la dirección correcta en atención a las distorsiones que ha producido la existencia de un derecho de propiedad sobre un bien nacional de uso público. Recordemos que “Todas las aguas son bienes nacionales de uso público” (Art. 595 del código civil), es decir, bienes cuyo dominio pertenece a la nación toda y cuyo uso pertenece a todos los habitantes de la nación (art. 589 código civil). En este sentido, el dominio público implica un deber de prestación (presta un servicio a todos) y de solidaridad objetiva (pertenece a todos). La declaración del código civil, refrendada por el código de aguas (art. 5), esto es, que las aguas son de dominio de toda la nación, se ve vaciada de contenido al conceder derecho de

propiedad a los particulares que hayan constituido derecho de aprovechamiento de aguas. En definitiva, el derecho de la Nación sobre el agua se ve sobrepasado por el derecho de propiedad del particular sobre su aprovechamiento.

4. A mi juicio, la expresión “El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las aguas” y la expresión “Son de dominio público las aguas”, se pueden usar indistintamente, pero para mantener una uniformidad con el Código Civil y el código de Aguas, quizás habría que utilizar la expresión “Son de dominio público todas las aguas” o “Todas las aguas son bienes nacionales de uso público” como dice el proyecto del boletín N°8.355-07.

En cuanto a su ubicación, quizás sería más adecuado reemplazando el inciso final del N°24 que agregando incisos al N°23. Sobre las aguas, no hay derecho de propiedad privada, la propiedad es pública, de la Nación toda (art. 589 código civil y 5 código de aguas).

Se debería superar la especulación, la concentración monopólica y la asignación del derecho a usos de mayor valor que benefician a los sectores productivos. Para ello, quizás un paso para moderar esta situación sería pagar patente: El particular que requiera el uso del agua debería pagar una patente por el uso del recurso. Y, por otro lado, se debería restablecer con consagración constitucional un sistema de licencias o concesiones sujetas al uso en interés general de los recursos.

La Constitución debería asegurar un régimen global consolidado de protección del medio ambiente: Las autorizaciones, concesiones, o permisos sobre el agua deberían estar regulados bajo un régimen consolidado de protección del medio ambiente.

### **Dominio público, incluido los glaciares**

5. Un dato extremadamente relevante y eso sin duda nos proyecta hacia el futuro es la protección del agua en cualquier estado, incluidos los glaciares. (Boletín N°8355-07) Esta garantía constitucional nos colocaría al nivel de países como Austria, España o Argentina, que ya han regulado y protegido los glaciares. Del mismo modo, la expresión de que el “Estado tiene el dominio absoluto [...] de todas las aguas, incluidos los glaciares” me parece correcta, pero sin excepciones, a diferencia de lo que dice el proyecto (Boletín N°9321-12)

### **Autorizaciones, concesiones o licencias con plazo fijo**

6. Sobre el tiempo por el que se efectúa la constitución, reconocimiento, ejercicio de las concesiones que sobre las aguas se reconozca a los particulares, es muy apropiada la afirmación de que “estos derechos jamás podrán tener el carácter de perpetuos”. (Boletín N°8355-07) lo que coincide con la idea de que las concesiones que otorgue el Estado sobre las aguas no pueden exceder 30 años y, con aprobación del Senado, 45 años (Boletín N°6697-09) En nuestra opinión, este plazo debiera moderarse para hacerse coincidir con los plazos máximos del orden jurídico chileno, 10 años.

7. No es necesario señalar que su uso y aprovechamiento se puede reconocer o conceder a particulares. Basta con decir que la ley regulara el uso de las aguas.

## **Uso sustentable del agua**

8. Me parece un aporte sustancial y en consonancia con el derecho internacional general, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional del medio ambiente, la incorporación de la idea del uso sustentable del agua (Boletín N°6.124-09). El derecho internacional del medio ambiente, desde 1987, a través del denominado Informe Brundtland de Naciones Unidas, ha consagrado el principio del desarrollo sustentable.<sup>1</sup> Este principio se debiera consagrar para todos los elementos del medio ambiente y no solo para el agua.

## **Deber preferente de velar por la protección del agua**

9. Más dudas me causa la inclusión de la idea del deber preferente del Estado y de los particulares que hayan obtenido autorizaciones para el uso del agua de velar por la protección de la misma, ya que a esta afirmación constitucional habría que asignarle un significado y hacerla operativa, en el evento que el Estado y los particulares no cumplan con este deber. Se podría pensar, por ejemplo, en una titularidad amplia para interponer la acción de protección.

## **Prioridades entre los distintos usos posibles del agua**

10. En cuanto al establecimiento, a nivel constitucional, de las prioridades entre los distintos usos posibles al agua, me parece un aporte sustancial y en conformidad con toda la moderna tendencia del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional del agua. (*Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación* (Nueva York, 1997)). La Convención de Nueva York de 1997 consagra las prioridades en el uso de las aguas de cursos de aguas transfronterizos en su artículo 10. Este artículo menciona que “El conflicto entre varios usos de un curso de agua internacional se resolverá sobre la base de los artículos 5 a 7, teniendo especialmente en cuenta la satisfacción de las necesidades humanas vitales.” Aun cuando esta Convención no ha sido aun ratificada por Chile, la doctrina más autorizada considera que gran parte de sus normas constituyen derecho internacional consuetudinario, y, en consecuencia, vinculante para el Estado.<sup>2</sup> Esto mismo es lo que reitera la Observación General N°15 sobre el derecho al agua del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La prioridad la tiene el uso para el consumo humano y doméstico pudiendo incluso extenderse a los usos ambientales vinculados con la persona.

*“6. El agua es necesaria para diversas finalidades, aparte de los usos personales y domésticos, y para el ejercicio de muchos de los derechos reconocidos en el Pacto. Por ejemplo, el agua es necesaria para producir alimentos (el derecho a una alimentación adecuada) y para asegurar la higiene ambiental (el derecho a la salud). El agua es fundamental para procurarse medios de subsistencia (el derecho a ganarse la vida mediante un trabajo) y para disfrutar de determinadas*

---

<sup>1</sup> Comisión Mundial del Medio Ambiente y el Desarrollo (CMMAD). (1987). *Nuestro Futuro Común*. Nueva York: Organización de las Naciones Unidas.

<sup>2</sup> McCaffrey, Stephen C.: “Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para fines distintos de la Navegación”. Disponible en: [http://legal.un.org/avl/pdf/ha/clnuiw/clnuiw\\_s.pdf](http://legal.un.org/avl/pdf/ha/clnuiw/clnuiw_s.pdf) [Consultado el 17/11/2014]

*prácticas culturales (el derecho a participar en la vida cultural). Sin embargo, en la asignación del agua debe concederse prioridad al derecho de utilizarla para fines personales y domésticos. También debe darse prioridad a los recursos hídricos necesarios para evitar el hambre y las enfermedades, así como para cumplir las obligaciones fundamentales que entraña cada uno de los derechos del Pacto.”<sup>3</sup>*

11. El Boletín N°6124-09 señala solamente que “la ley establecerá las prioridades de uso de las aguas”, mientras que el Boletín N°8355-07 es mucho más avanzado y señala que “el legislador reservara caudales de aguas para asegurar la disponibilidad del recurso hídrico para el consumo humano”. O, el Boletín N° 9321-12 la ley establecerá “las prioridades de uso de las aguas, favoreciendo el consumo humano”

12. La prioridad entre los distintos usos posibles del agua no significa preferir los requerimientos de agua de una empresa o actividad económica, por sobre otra, sino más bien, el principio de prioridad es una fórmula de solución para aquellos casos de conflicto entre dos o más usos posibles de un agua escasa que solo puede ser utilizada en uno de dichos usos. En el evento de competencia entre distintos usos posibles, en dicho lugar y respecto de dicha situación, la norma constitucional que estableciera la prioridad en el uso, le indicaría a la autoridad administrativa o legislativa que debe decidir a favor del uso humano ya sea consumo personal y domestico. Esta elección no implica optar entre una empresa u otra, sino más bien optar derechamente por el ser humano.

### **Derecho de acceso al agua potable y el saneamiento: un derecho humano y un derecho fundamental**

13. Me parece positivo incorporar un nuevo derecho fundamental a la constitución, sobre todo si éste responde a los avances actuales del derecho internacional de los derechos humanos. El nombre del derecho según el derecho internacional es “derecho de acceso al agua potable y el saneamiento”. (Boletín N°9321-12) Además, incorporar este derecho a la Constitución permitiría abordar constitucionalmente el tema del agua bajo una perspectiva del enfoque de derechos.

14. El derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano que encuentra su fundamento especialmente en el artículo 25 (derecho a un nivel de vida adecuado) de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el artículo 11 (el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Sin perjuicio de otros tratados que se refieren sectorialmente el derecho al agua y el saneamiento tales como la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (art. 11 “Los Estados partes aseguraran el derecho a gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, el transporte y las comunicaciones”) y la Convención sobre los derechos del niño (art. 24 “En materia de derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud, el Estado asegurará el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente”). Por ultimo, pero no menos

---

<sup>3</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Observación general N° 15: El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) Doc. N.U. E/C.12/2002/11. 29º período de sesiones (2002).

relevante, el derecho humano al agua y al saneamiento fue reconocido por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, mediante la resolución 64/292, cuyo párrafo primero afirma: “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.”<sup>4</sup> Esta resolución contó con el voto favorable del Estado de Chile.

15. Como todos los derechos, este derecho fundamental se encuentra en íntima conexión con otros derechos sociales tales como el derecho a la salud, el derecho a la alimentación, el derecho al medio ambiente y el derecho a la vivienda.

16. El derecho humano al agua y el saneamiento reconocido en el marco jurídico nacional debería constituir un paso fundamental para integrar los derechos humanos en el sector agua y saneamiento.

17. El enfoque de este derecho implica proporcionar prioridad al acceso de los grupos vulnerables, desfavorecidos y de bajos ingresos y sobre todo en mejorar el acceso en zonas rurales, aisladas y asentamientos precarios.

18. El Estado tiene siempre el deber de garantizar que todas las personas tengan acceso a una cantidad mínima de agua para uso personal y doméstico.

19. Desde la perspectiva de un enfoque de derechos, es responsabilidad del Estado garantizar la provisión de los servicios básicos de agua y saneamiento. En este contexto, me parece adecuada la afirmación de que “El Estado deberá proveer los servicios básicos necesarios para garantizar este derecho y el acceso al agua potable y el saneamiento”. (Boletín N° 9321-12)

### **Derecho de los pueblos indígenas a sus recursos naturales existentes en sus tierras y territorios**

20. Este derecho, particularizado en el derecho de los pueblos indígenas al agua, debiera estar en los proyectos de reforma constitucional, y, sin embargo, no aparece. Así, en este derecho deben considerarse los derechos de las comunidades locales e indígenas para acceder a las fuentes y usos tradicionales del agua necesarios para su sobrevivencia física y cultural, tal como lo señala la Convención sobre los derechos de los pueblos indígenas de la OIT de 1989 (Artículo 15: 1. *Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.*) Este derecho debería ser afirmado en este sentido en la Constitución, de manera de incorporar en forma global el derecho de los pueblos indígenas al agua. Por su parte, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas de 2007, que Chile voto a favor en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas, señala en su Artículo 25: “Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído o ocupado y utilizado de otra forma y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras.”

---

<sup>4</sup> Asamblea General: Resolución 64/292. *El derecho humano al agua y el saneamiento*. Doc. N.U. A/RES/64/292, 28 Julio de 2010.

## **Acceso a la justicia ambiental**

21. Si se reconoce un nuevo derecho en la Constitución (derecho al agua y el saneamiento), es necesario disponer de mecanismos y acciones judiciales para la exigibilidad de estos derechos. Si se reconoce un nuevo derecho fundamental, debería también incluirse en la lista de los derechos susceptibles de recurso de protección, según el mandato del artículo 20 de la Constitución. De nada sirve un derecho, sin la correspondiente tutela. Además, que esto vulneraría el derecho a la tutela garantizada en el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el artículo 2 (3) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

## **Participación ambiental directa**

22. En el Boletín N° 9321-12 se señala que la ley asegura el manejo integrado de cuencas para armonizar su uso y el acceso en forma participativa”. Aquí se incluye, aun cuando de una manera muy débil, el principio de participación ambiental.

23. Los procedimientos participativos son centrales para alcanzar el objetivo del acceso universal, prestando especial atención a los grupos pobres y marginados. Además, es evidente que la participación ambiental es una concretización de la democracia ambiental y que este tipo de democracia ya encuentra un pilar en el artículo 4 y 5 de la Constitución.

## **Acceso a la información ambiental**

24. Falta agregar el principio del acceso a la información en materia de agua y saneamiento. Este principio es uno de los tres pilares instrumentales –junto con acceso a la justicia ambiental y participación del público en el proceso de toma de decisiones ambientales- para la concretización del derecho a un medio ambiente adecuado. Estos principios se encuentran consagrados en el derecho convencional internacional, por ejemplo, en la Convención de Aarhus, de 2001. Aun cuando Chile no es parte de esta Convención, la doctrina sostiene que las normas de la misma han pasado a formar parte del derecho internacional consuetudinario. Además, este principio fue reconocido, precisamente, en el caso *Claude Reyes y otros vs Chile*, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo que justifica aun más su expresa inclusión a propósito de la reforma referida al agua y el saneamiento.<sup>5</sup>

## **Propuesta final**

En definitiva, considerando los distintos proyectos examinados, me atrevo a sugerir el siguiente texto de reforma constitucional en relación con el derecho de acceso al agua potable y el saneamiento, la protección del agua y el medio ambiente y las formas en que los particulares podrían acceder al uso de las aguas.

---

<sup>5</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. (Fondo, Reparaciones y Costas)

### **Agréguese un inciso tercero al artículo 20 de la Constitución**

Habrá acción pública para presentar el recurso de protección en el caso del N°9 del artículo 19, cuando el derecho de acceso al agua potable y el saneamiento sea afectado por un acto u omisión, arbitrario o ilegal.

### **Incorpórese el siguiente numeral 9° al artículo 19 de la Constitución**

El derecho al agua consiste en el derecho de cada individuo a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico, sin discriminación, y satisfaciendo las necesidades básicas, individuales y colectivas.

El acceso al agua potable y el acceso al saneamiento, constituyen derechos humanos fundamentales.

El agua es un recurso natural esencial para la vida.

La política nacional de aguas y saneamiento estará basada en:

- a) el ordenamiento del territorio, conservación y protección del medio ambiente y la restauración de la naturaleza
- b) la gestión y uso sustentable -ambiental, social y económicamente-; solidaria con las generaciones futuras, de los recursos hídricos y la preservación del ciclo hidrológico que constituyen asuntos de interés general. Los usuarios y la sociedad civil, participarán en todas las instancias de planificación, gestión y control de recursos hídricos; estableciéndose las cuencas hidrográficas como unidades básicas
- c) el establecimiento de prioridades para el uso del agua por regiones, cuencas o partes de ellas, siendo la primera prioridad el abastecimiento de agua potable a poblaciones
- d) el principio por el cual la prestación del servicio de agua potable y saneamiento, deberá hacerse anteponiendo las razones de orden social a las de orden económico
- e) el principio de prevención, de evaluación ambiental y de desarrollo sustentable
- f) el principio de información ambiental, participación ambiental directa y acceso a la justicia ambiental
- g) la conservación y protección especial de los glaciares y el ambiente periglacial. Es deber del Estado velar por que los glaciares y el ambiente periglacial no sean afectados, y tutelar la preservación de los mismos

### **Sustituyese el inciso final del numeral 24 del artículo 19 de la Constitución, por los siguientes:**

El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las aguas, incluido los glaciares. Las aguas superficiales así como las subterráneas, constituyen

un recurso unitario, subordinado al interés general, y se declaran de utilidad pública para todos los efectos que correspondan.

El Estado deberá proveer el servicio público de saneamiento y el servicio público de agua potable, y garantizar este derecho y el acceso al agua potable y el saneamiento.

Los pueblos indígenas tienen derecho a sus recursos naturales, incluidos el agua y los glaciares que tradicionalmente han poseído u ocupan o utilizan de alguna otra manera. Los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente.

La ley asegura el manejo integrado de cuencas hidrográficas para armonizar su uso y garantiza la participación directa de la comunidad interesada en su formulación, gestión y manejo.

La ley garantizará el uso sustentable de los recursos hídricos, incluidos los glaciares en cualquiera de sus formas y asegurará la participación de la sociedad civil en la determinación de la gestión y el uso de los respectivos recursos.

La ley regulará el procedimiento de constitución, reconocimiento, ejercicio y extinción de autorizaciones, concesiones o permisos de uso sobre las aguas a particulares y el pago de una patente por el uso del recurso. Estas concesiones jamás podrán tener el carácter de perpetuas y no podrán ser otorgadas por más de 10 años, pudiendo extenderse, previa aprobación del Senado, por 10 años más. El no uso de las aguas concesionadas provocará la extinción inmediata de la concesión, en la forma señalada por la ley. El legislador garantizará la existencia de un caudal ecológico efectivo en todas las cuencas del país.

Toda autorización, concesión o permiso que de cualquier manera vulnere las disposiciones anteriores deberá ser dejada sin efecto.