



Texto definitivo (31.12.2021)

**PROPUESTA CONSTITUCIONAL**  
**EL AGUA PERTENECE A TODOS LOS PUEBLOS DE CHILE**  
**EL DERECHO HUMANO AL AGUA POTABLE Y SU CALIDAD DE BIEN PÚBLICO\***

**RESUMEN EJECUTIVO**

Uno de los aspectos centrales en la discusión sobre el nuevo texto constitucional será la regulación en materia de aguas, debido a la importancia social, ambiental y económica que hoy tiene este recurso, no sólo en Chile, sino en el mundo.

Respecto de las aguas, tres ejes, al menos, son centrales en su regulación constitucional: i) la función de éstas en la naturaleza, la sociedad y la economía, ii) su propiedad, su gestión y la regulación de su uso y iii) los derechos constitucionales que se establecerán en favor de las personas naturales en relación con las aguas.

La Constitución Política de la República vigente (“CPR”) no establece derechos constitucionales expresamente vinculados con el acceso al agua potable para el consumo humano y al saneamiento. Tampoco reconoce las múltiples funciones (polifuncionalidad) que tienen las aguas en la naturaleza, la sociedad y la economía. Por otro lado, no trata el asunto del estatuto jurídico de las aguas, sino sólo la propiedad sobre los derechos de aprovechamiento de éstas. El actual art. 19, N° 23, de la CPR establece que el legislador debe declarar qué bienes pertenecen a la Nación toda (cuáles son los bienes nacionales), para efectos que esté prohibida su apropiación individual. Al mismo tiempo, el art. 19, N° 24, inc. 11, de la CPR señala que se reconoce a los titulares de derechos sobre las aguas como propietarios de tales derechos. Dichos propietarios, por ostentar tal calidad, están sometidos a las reglas sobre delimitación (configuración) y limitación (prohibiciones y obligaciones) de la propiedad, en virtud de la función social que se le reconoce al dominio (art. 19, N° 24, inc. 2, CPR). Sin embargo, la referencia a la propiedad de los derechos de aprovechamiento y la consecuente vinculación con la protección a la esencia del dominio (art. 19 N°26) han impedido que el legislador pueda regular los derechos de aprovechamiento de aguas de un modo que cambie las características básicas que ha dispuesto el Código de Aguas de 1981 respecto

---

\* El presente texto sintetiza los acuerdos de la Comisión de Medio Ambiente del Foro para un Desarrollo Justo y Sostenible, cuyos integrantes son Pablo Badenier, Jorge Cash, Tatiana Celume Byrne, Ana María Correa, Jorge Leiva, Constance Nalegach, Máximo Pacheco, Andrés Peñaloza, Augusto Quintana, Ana Lya Uriarte y Reinaldo Ruiz. El informe completo puede descargarse en el sitio web <https://desarrollojustoyostenible.cl/>.

Texto definitivo (31.12.2021)

de éstos, cuestión que ha dificultado el avance en materias como la garantía de acceso al agua potable y al saneamiento para las personas, el reconocimiento de su polifuncionalidad y su estatuto jurídico.

La nueva Constitución debe garantizar el acceso al agua potable para el consumo humano y al saneamiento, acorde con los esfuerzos y avances internacionales en esta materia.

Por ello, en relación con los derechos constitucionales proponemos:

- i) Establecer un derecho al acceso al agua potable para el consumo humano y al saneamiento.
- ii) Establecer una habilitación para que el legislador pueda priorizar, en relación con otros usuarios, el uso de las aguas para el consumo humano y el saneamiento.

Sobre el rol de las aguas en la naturaleza, la sociedad y la economía, creemos que sería adecuado:

- iii) Un reconocimiento constitucional de las múltiples funciones de las aguas (carácter polifuncional).
- iv) La protección de la función ecológica de las aguas.

Asimismo, en materia de gestión, propiedad y uso de las aguas creemos necesario que se disponga:

- v) La gestión integrada y sustentable de las intervenciones en las cuencas hidrográficas.
- vi) La participación de las autoridades políticas regionales en la gestión de cuencas hidrográficas (en la nomenclatura hoy vigente: el gobierno central, los gobiernos regionales y los municipios).
- vii) La participación y diálogo de los usuarios de la cuenca hidrográfica (todas las personas beneficiarias, sin condicionamiento a su calidad -o no- de propietarios de derechos de aprovechamiento).

Texto definitivo (31.12.2021)

- viii) Un reconocimiento expreso de que las aguas (terrestres y marítimas, en todos sus estados) son bienes de uso público, es decir, lo que hoy se conoce legalmente como “bienes nacionales de uso público”. Asimismo, conviene explicitar que el reconocimiento de dicha calidad le otorgaría los caracteres de perpetuo, exclusivo, inalienable, imprescriptible e inembargable.
- ix) Que el otorgamiento de derechos para usar las aguas deberá satisfacer el interés público, entendido como el equilibrio del uso de las aguas entre sus distintas funciones, considerando la disponibilidad y la sustentabilidad de la fuente natural de abastecimiento, la distribución de la población y el ordenamiento territorial.
- x) Que el legislador podrá y deberá regular cómo usarán las aguas los particulares. Con todo, los usos de las aguas deberán ser esencialmente temporales, sujetos a cargas y limitaciones, destinados a un uso específico y sujetos a causales de caducidad y/o extinción.
- xi) Que el legislador deberá fomentar el uso de fuentes alternativas de agua (p. ej. se podrá incentivar, mediante regulación especial, el uso del agua del mar).
- xii) Que el legislador someterá el ejercicio de todos los derechos de aprovechamiento de aguas existentes a las nuevas disposiciones constitucionales. Este objetivo es recomendable expresarlo en una disposición transitoria, para efectos de que no quepan dudas sobre la aplicabilidad de la nueva Constitución a los derechos sobre las aguas ya existentes.

Proponemos el siguiente texto que, estimamos, satisface los objetivos planteados:

<p>Inciso 1</p>	<p><i>“La Constitución garantiza el derecho humano al acceso al agua potable para el consumo humano y al saneamiento. La ley establecerá las formas de priorizar el uso de las aguas para tales fines.</i></p>
<p>Inciso 2</p>	<p><i>Las aguas, terrestres y marítimas, en todos sus estados, son un bien de uso público, perpetuo, exclusivo, inalienable, imprescriptible e inembargable.</i></p>

Inciso 3	<p><i>La ley reconocerá las diversas funciones de las aguas y protegerá las ecológicas. También ordenará la gestión integrada y sustentable de cada cuenca hidrográfica, determinará la forma en que el gobierno, los gobiernos regionales y las administraciones comunales participarán en aquella gestión y garantizará el diálogo y la participación de todos los usuarios de la cuenca. Además, establecerá los derechos en virtud de los cuales se otorgará a los particulares el uso de las aguas, así como las causas de su caducidad o extinción.</i></p>
Inciso 4	<p><i>La autoridad sólo podrá otorgar a los particulares los derechos para usar las aguas si se satisface el interés público. Para estos efectos, se entenderá por interés público el equilibrio del uso de las aguas entre sus distintas funciones, considerando la disponibilidad y la sustentabilidad de la fuente natural de abastecimiento, la distribución de la población y el ordenamiento territorial.</i></p>
Inciso 5	<p><i>Los derechos de uso de las aguas tendrán una duración y una destinación específica y estarán sujetos a las condiciones, obligaciones y cargas que establezcan las disposiciones legales vigentes, de conformidad al principio del uso efectivo, razonable y sostenible.</i></p>
Inciso 6	<p><i>La ley deberá fomentar el uso de fuentes alternativas de agua.</i></p>
Transitorio	<p><i>Los derechos vigentes de los particulares sobre las aguas, constituidos o reconocidos en conformidad a la ley, quedarán sujetos a las disposiciones de esta Constitución y a las normas legales que al respecto se dicten.</i></p>



Texto definitivo (31.12.2021)

**PROPUESTA CONSTITUCIONAL**  
**EL AGUA PERTENECE A TODOS LOS PUEBLOS DE CHILE**  
**EL DERECHO HUMANO AL AGUA POTABLE Y SU CALIDAD DE BIEN PÚBLICO**

Justificación y reflexión sobre la propuesta de la *Comisión de Medio Ambiente del Foro para un Desarrollo Justo y Sostenible*

**ÍNDICE**

1.	Diagnóstico: crisis del agua mundial y la inadecuada regulación chilena .....	6
1.1.	Crisis del agua: menor disponibilidad y conflictos por su uso .....	6
1.2.	El problemático régimen jurídico-constitucional de las aguas en Chile .....	8
1.2.1.	La protección como propietario al titular de derechos sobre las aguas....	10
1.2.2.	La protección constitucional de la caracterización (delimitación) de los derechos de aprovechamiento de aguas del Código de Aguas de 1981.....	15
1.2.3.	La obligación de pagar el valor comercial (no una indemnización justa) en caso de expropiación.....	16
1.3.	El problemático régimen jurídico-legal de las aguas y de los derechos sobre ellas en Chile .....	18
2.	Aspectos constitucionales de la regulación de las aguas.....	21
2.1.	Las aguas como un recurso polifuncional y su gestión .....	21
2.1.1.	Explicación del carácter polifuncional de las aguas .....	21
2.1.2.	La gestión de las aguas .....	22
2.1.3.	Propuesta para una nueva Constitución.....	23
2.2.	Las aguas como bien público.....	29
2.2.1.	Justificación política de las aguas como bien público .....	29
2.2.2.	Propuesta para una nueva Constitución.....	29
2.3.	Derecho humano al agua potable y su saneamiento.....	31
2.3.1.	Justificación política y derecho internacional de los derechos humanos .	31
2.3.2.	Propuesta para una nueva Constitución.....	34
	Bibliografía .....	37

## 1. DIAGNÓSTICO: CRISIS DEL AGUA MUNDIAL Y LA INADECUADA REGULACIÓN CHILENA

### 1.1. CRISIS DEL AGUA: MENOR DISPONIBILIDAD Y CONFLICTOS POR SU USO

El agua es esencial para la preservación de la naturaleza, para sostener la vida humana y para un número relevante de actividades productivas.<sup>1</sup> En sus diferentes funciones o usos, el agua no tiene sustitutos.

Cada día el agua se vuelve más escaza (por falta de acceso en ciertos lugares, desaparición, deterioro de fuentes, etc.) y, al mismo tiempo, existen más interesados en su uso. En este sentido, hablamos de *crisis del agua* para referirnos al problema del aumento de la brecha entre la disponibilidad del recurso y su demanda, lo que se traduce en dos fenómenos: sequía y escasez hídrica. Se entiende que hablamos de *sequía* como un fenómeno de falta de disponibilidad por razones meteorológicas, mientras que hablamos de *escasez hídrica* cuando la falta de disponibilidad está mediada por decisiones, o falta de ellas, sobre el uso del agua.<sup>2</sup>

La *Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza* ha estimado que la demanda de agua se incrementará en alrededor de un 60% para el año 2050, junto con otros aumentos similares de energía (55%) y alimentos (80%).<sup>3</sup>

Por su parte, el *Instituto Internacional de Investigación sobre Políticas Alimentarias* (por sus siglas en inglés, "IFPRI") determinó que, para el año 2050, existirá un *estrés hídrico riesgoso* en los territorios donde se producirá el 45% del PIB mundial y donde vivirá el 50% de la población mundial (4.700 millones de personas, es decir, aprox. el 61% de la población al 2019). En dicho estudio se entiende que un estrés hídrico es riesgoso cuando supera cierto umbral (cuantificado en el estudio) que se manifiesta en extracciones excesivas de una cuenta hidrográfica e impactos locales que se vuelven comunes por dicha causa.<sup>4</sup> En otras palabras, si no se corrigen los problemas derivados del abuso de

---

<sup>1</sup> Esta sección está basada, principalmente, en Ruiz (2019).

<sup>2</sup> Cfr. <https://leycambioclimatico.cl/que-ocurre-en-chile-sequia-o-escasez-hidrica/>.

<sup>3</sup> Cfr. World Economic Forum (2018), p. 7.

<sup>4</sup> Cfr. International Food Policy Research Institute (2011), pp. 4, 5, 16.

Texto definitivo (31.12.2021)

las aguas, para el año 2050 prácticamente la mitad de la población y del crecimiento económico *mundiales* serán gravemente insostenibles.

Según los reportes de riesgos mundiales del *Foro Económico Mundial*, entre los años 2012 y 2020, la *crisis del agua* ha sido considerada uno de los cinco riesgos más grandes del planeta, atendiendo al impacto que puede tener un mal manejo de ésta. En el mismo reporte, para el año 2021, el concepto de *crisis del agua* se ha ampliado al de *crisis de los recursos naturales* (que contiene la crisis del agua). Esta crisis es percibida como el 5° riesgo más grande del mundo, después de las enfermedades infecciosas (1° lugar), el fracaso de las acciones contra el cambio climático (2° lugar), las armas de destrucción masiva (3° lugar) y la pérdida de biodiversidad (4° lugar).<sup>5</sup> Las problemáticas ambientales, como se ve, tienen un lugar predominante en los riesgos que enfrenta la humanidad.

La *crisis del agua* afecta, además, la seguridad alimentaria de la población. Según la *Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura* (“FAO”, por sus siglas en inglés), “es probable que la creciente escasez de agua, tierra y combustible ejerzan una presión creciente en los precios de los alimentos, aun sin el cambio climático”.<sup>6</sup>

A este respecto, Reinaldo Ruiz, ex Delegado Presidencial para los Recursos Hídricos (2014-2018), ha señalado:

“Chile no está al margen de estas amenazas. Pero a diferencia de otros países y regiones del mundo, el país no tiene una escasez absoluta de agua, sino que está desigualmente distribuida en el territorio, siendo escasa precisamente en aquellas zonas donde habita la mayor cantidad de personas -60% de la población vive en un territorio considerado árido y con condiciones de tierras desérticas- y en donde se produce sobre el 70% del Producto Interno Bruto, con una estructura productiva altamente dependiente de los recursos hídricos. En este contexto, los efectos del cambio climático que reducen la disponibilidad de agua, aumentan considerablemente el nivel de vulnerabilidad de Chile, situación que podría

---

<sup>5</sup> Cfr. World Economic Forum (2021), p. 14.

<sup>6</sup> Food and Agriculture Organization (2007), p. 7.



agravarse de no existir un ordenamiento jurídico que facilite su mitigación, ni una institucionalidad capaz de enfrentarla.”<sup>7</sup>

Dado lo anterior, es necesario que el Estado pueda regular el uso de las aguas y que éste no sea visto como una actividad de interés meramente privado. Una de las funciones centrales del Estado es coordinar la acción colectiva para que las acciones individuales de cada persona fomenten o, al menos, no sean contrarias a los intereses de la comunidad política. La forma en que dicha función se manifiesta en las sociedades modernas es a través del establecimiento de reglas que orienten la acción de los individuos en ámbitos determinados de la vida social. En este caso, el uso de las aguas es un ámbito de interés relevante de la comunidad política, pues el mal uso de este bien afecta, como se ha dicho, elementos de los que todos dependemos: la naturaleza, la sociedad y la economía.

Como se explicará, la actual regulación constitucional y legal de las aguas en Chile no es adecuada para lograr la finalidad de que los usos de las aguas sean, al mismo tiempo, beneficiosos para los particulares y para la sociedad toda. Por el contrario, dicha regulación, junto a la forma en que algunos la interpretan, obstaculiza la elaboración de políticas públicas orientadas a una regulación del uso de las aguas acorde con los desafíos planetarios y locales que enfrentamos a este respecto.

## 1.2. EL PROBLEMÁTICO RÉGIMEN JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE LAS AGUAS EN CHILE

El artículo 19, N° 24, inciso final de la CPR establece:

*“Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos;”.*

Según un estudio reciente, el reconocimiento constitucional específico de que hay propiedad privada de los derechos sobre las aguas es una creación jurídica que sólo existe en Chile, en comparación con las constituciones de los países de Europa, América y Oceanía.<sup>8</sup> Como veremos, la voluntad política expresada en este inciso fue extender,

---

<sup>7</sup> Ruiz (2019), pp. 3-4.

<sup>8</sup> Cfr. Centro UC Derecho y Gestión de Aguas (2021a, 2021b, 2021c).



de algún modo, las garantías constitucionales previstas para los propietarios, a los titulares de derechos sobre las aguas. Lo anterior implica las siguientes consecuencias directas, políticamente irrazonables, derivadas de la regulación constitucional de la propiedad y de la propiedad de los derechos sobre las aguas:

- i) **La protección como propietario al titular de derechos sobre las aguas.** Una parte importante del sentido y los efectos precisos de esta protección, consagrada en el inciso citado, no es clara. Lo que sí creemos que es indiscutible es que dicha redacción expresa la voluntad política de proteger a los titulares de derechos sobre las aguas, asegurándoles estabilidad en su posición jurídica y, al tratar el uso de las aguas como algo apropiable (un bien objeto de propiedad), determinó someterlo al régimen general de la protección de la propiedad (cfr. Sección 1.2.1 siguiente). No resulta reprochable que un propietario ostente un cierto grado de estabilidad en su posición jurídica como tal. Lo que resulta desproporcionado y atentatorio respecto del interés general, en el caso de los derechos de aprovechamiento de aguas bajo el Código de Aguas de 1981, es que el legislador carezca de las potestades para regular dicha propiedad de acuerdo con la naturaleza pública de las aguas, como se explica en el acápite siguiente.
- ii) **La protección constitucional de la delimitación de los derechos de aprovechamiento de aguas del Código de Aguas de 1981.** El legislador tiene prohibido modificar las características esenciales que el Código de Aguas de 1981 les otorgó a los derechos de aprovechamiento de aguas (por ejemplo, según la opinión más extendida, su perpetuidad). Lo anterior, dado que la Constitución protege los “atributos y facultades” de cualquiera especie de propiedad (como la que hay sobre los *derechos* patrimoniales), así como “los derechos en su esencia” (art. 19, N<sup>os</sup> 24, inc. 3, y 26, CPR) (cfr. Sección 1.2.2 siguiente).
- iii) **La obligación de pagar el valor comercial (no una indemnización justa) en caso de expropiación.** Es obligatorio indemnizar a un titular de derechos de aprovechamiento de aguas, si es expropiado, con un monto al menos igual al *valor de mercado* de sus derechos. En las expropiaciones debe indemnizarse el “*daño patrimonial efectivamente causado*” (art. 19, N<sup>o</sup> 24, inc. 3, CPR) y, al existir propiedad sobre los derechos, ellos forman parte del patrimonio del titular.

Texto definitivo (31.12.2021)

Si una persona ha adquirido derechos sobre las aguas de forma gratuita y en cantidades mayores a las que realmente usa o necesita, es *injusto* que esa persona deba ser indemnizada *por causa del valor de mercado* de sus derechos adquiridos. De acuerdo con los estándares internacionales sobre protección de la propiedad, las indemnizaciones por causa de expropiación deben ser *justas, no excesivas*<sup>9</sup> (cfr. Sección 1.2.3 siguiente).

Se explicarán las tres cuestiones planteadas a continuación.

### 1.2.1. La protección como propietario al titular de derechos sobre las aguas

El primer punto problemático del tratamiento constitucional de las aguas es que se afirme la calidad de propietarios para quienes tienen derechos sobre ellas (inciso final del art. 19, N° 24 de la CPR), particularmente considerando el conjunto de reglas e interpretaciones que refuerzan la posición “intocable” del propietario de un derecho de aprovechamiento de aguas de un modo que no es sensible ni compatible con la calidad de bien público de las aguas.

Parece claro que la regla del art. 19, N° 24, inc. final de la CPR, pretendía establecer un principio según el cual la posición del usuario de las aguas debía ser *estable*.<sup>10</sup> La forma jurídica más estable es la de un *derecho* (un objeto patrimonial); en general, los permisos, autorizaciones y concesiones administrativas son fórmulas más flexibles para el legislador y la Administración.<sup>11</sup> Sin embargo, la falta de precisión sobre el *efecto propio*

---

<sup>9</sup> Por ejemplo, el art. 21.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (suscrita y ratificada por Chile), establece: “Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de una indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley”. Dicha Convención corresponde, en Chile, al Decreto N° 873 de 1991, del Ministerio de Relaciones Exteriores, que aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada “Pacto de San José de Costa Rica”.

<sup>10</sup> En este sentido, véase Celume (2015), pp. 101 y ss.

<sup>11</sup> Sobre los derechos existe una especie de propiedad (art. 19, N° 24, inc. 1, CPR y 583, Código Civil), lo que implica, *en general*, que esos derechos no pueden extinguirse por el mero arbitrio del Estado o de terceros (aunque existen, excepcionalmente, protecciones muy débiles, como la del derecho del comodatario que se pierde, en cualquier momento, por causa de la mera expresión de voluntad del comodante, en el contrato de comodato precario; cfr. art. 2194, Código Civil). En cambio, en la regulación administrativa existen títulos de uso de las cosas que son más débiles. Por ejemplo, en las *concesiones marítimas* el Estado puede terminar la concesión en cualquier momento, a su mero arbitrio, sin pagar indemnización alguna, siempre que otorgue un plazo de 1/10

Texto definitivo (31.12.2021)

de aquella regla respecto de la propiedad, ha dado pie, en la cultura jurídica, a interpretaciones que se oponen a cambiar el esquema básico del Código de Aguas de 1981, como se detallará en la sección siguiente (1.2.2). Por tanto, una nueva Constitución no debe volver a integrar una regla como esta, sin perjuicio que pueda reconocer la existencia de derechos de aprovechamiento de aguas sometidos a la debida regulación legislativa.

El art. 19, N° 24 de la CPR, en sus incisos 1 y 11, establece:

*“La Constitución asegura a todas las personas:*

[...]

*[24°.- inc. 1] El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales.*

[...]

*[24°.-, inc. 11] Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos;”*

Sobre tales disposiciones, algunos autores, como Alejandro Guzmán, opinan que el inciso 11 del art. 19, N° 24, de la CPR “carece de importancia”<sup>12</sup> o es “totalmente superfluo”,<sup>13</sup> ya que cualquier efecto de tal inciso ya está contenido en la garantía constitucional general de la propiedad sobre las cosas incorporales (inc. 1 del art. 19, N° 24, CPR).<sup>14</sup>

---

del total antes otorgado para hacer valer el término de la concesión (art. 9, D. F. L. N° 340, del Ministerio de Hacienda, de 1960, sobre concesiones marítimas) (cfr. Reyes 1960, p. 278-279).

<sup>12</sup> Guzmán Brito (2001), p. 277.

<sup>13</sup> Guzmán Brito (1995), p. 251.

<sup>14</sup> La Constitución garantiza la propiedad sobre “toda clase de bienes corporales e incorporales” (art. 19, N° 24, inc. 1, CPR), lo que ya implica que el titular de derechos de aprovechamiento de aguas tiene la protección del propietario. En efecto, según la legislación chilena, las cosas susceptibles de propiedad (bienes) pueden ser corporales (materiales) o incorporales (intelectuales o ideales) (cfr. art. 565, Código Civil). Los bienes incorporales, a su vez, pueden ser derechos personales (respecto de individuos determinados) o derechos reales (sobre cosas) (cfr. art. 576-578, Código Civil). Y, finalmente, el derecho de aprovechamiento de aguas es definido -en el Código de Aguas- como “un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellas” (art. 6, Código de Aguas). Por tanto, incluso si se eliminara el art. 19, N° 24, inc. 11, de la CPR, de todos modos, existiría propiedad de los derechos de aprovechamiento de aguas, pero esta vez por causa del inc. 1 del mismo numeral citado.

Texto definitivo (31.12.2021)

Por otro lado, Alejandro Vergara ha afirmado que el sentido del art. 19, N° 24, inc. 11 de la CPR es reconocer al titular de derechos sobre las aguas como propietario, para efectos de otorgarle constitucionalmente la facultad de *libre disposición* de sus bienes que tiene todo dueño. El autor se refiere aquí a “libre disposición del derecho” en el sentido de que alguien es “libre de usarlo o no usarlo”.<sup>15</sup> La consecuencia que extrae de su argumento es que “una vez constituido o reconocido como tal un derecho de aguas ante la legislación vigente, no queda sometido a ninguna obligación de uso de las aguas; y su no uso, por lo tanto, no podría implicar ningún efecto extintivo del derecho”.<sup>16</sup> Asimismo, Vergara considera que la protección constitucional vuelve “intangibles”<sup>17</sup> el derecho reconocido u otorgado sobre las aguas.

Otros autores, como Fernando Atria y Constanza Salgado, consideran que el efecto del inciso 11 del art. 19, N° 24, de la CPR, es “asegurar cierta estabilidad al régimen legal de los derechos de aprovechamiento, de modo que no sean tratados, por ejemplo, como los derechos de uso exclusivo de los bienes municipales, que son [...] “esencialmente precarios””.<sup>18</sup> Según estos autores, los bienes nacionales de uso público -como el agua- están fuera del comercio (no son apropiables) y, por tanto, los derechos que permiten usarlos *no son* -según las *reglas generales*- un tipo de *propiedad* asegurada por la garantía constitucional de la propiedad (art. 19, N° 24, inc. 1 de la CPR). Por ello, el inciso 11 de tal numeral habría tenido la función de darles el estatus de propiedad a los derechos sobre las aguas (mediante una *regla especial*).<sup>19</sup> Se trata de una tesis totalmente opuesta a la de Alejandro Guzmán, para quien el inciso 11 es trivial, pues sólo reafirma la protección ya concedida en el inciso 1 del art. 19, N° 24 de la CPR.

Como puede verse, existen posiciones diversas sobre *qué efecto propio* tiene el reconocimiento constitucional de la propiedad de los derechos sobre las aguas del art. 19, N° 24, inc. 11 de la CPR: o bien implica la imposibilidad de que la legislación otorgue

---

<sup>15</sup> Alejandro Vergara utiliza, en este contexto, el término “disposición” como equivalente a “ejercicio del derecho (uso de las aguas)”. Tal sentido es impropio, pues la facultad de disposición del dueño, según su uso apropiado, implica el poder de destruir la cosa (disposición material) y el poder de renunciar o transferir el derecho (disposición jurídica). La “disposición” de un derecho (cosa incorporal) es, en rigor, la facultad de renunciarlo o transferirlo, no la facultad de ejercer el derecho (cfr. Guzmán Brito 1995, pp. 110 y ss.).

<sup>16</sup> Vergara (1998), p. 402.

<sup>17</sup> Vergara (1998), p. 403. En el mismo sentido, Vergara (2017), p. 20 y ss.

<sup>18</sup> Atria & Salgado (2015), p. 103.

<sup>19</sup> Cfr. Atria y Salgado (2015), p. 103.

Texto definitivo (31.12.2021)

títulos precarios para usar las aguas (tesis mínima, de Atria y Salgado); o bien no tiene ningún efecto especial (tesis neutral, de Guzmán Brito); o bien implica la prohibición de la caducidad del derecho por no uso (tesis de mayor protección, de Vergara).

Lo único que puede decirse con certeza de este inciso es que su efecto *político* fue expresar la voluntad de que la regulación legal que se instaurara sobre el uso de las aguas debía ser y mantenerse como un mandato proveedor de estabilidad, lo que se lograba, en parte, sometiendo la privación de los derechos de aprovechamiento de aguas u otros derechos sobre las aguas, al régimen general de la expropiación de la propiedad. En esto concuerda, o concordarían (como mínimo), todos los autores citados.

Como ha explicado el profesor Carl Bauer, en su libro *Canto de Sirenas*,<sup>20</sup> durante el nacimiento de la legislación chilena sobre las aguas hubo dos intereses diferentes y contrapuestos que configuraron el régimen jurídico de las aguas en Chile: por un lado, el interés de los sectores agrícolas por mayor estabilidad regulatoria y por apoyo del Estado para obras de riego y, por otro lado, el interés de los economistas de la dictadura (los “Chicago Boys”) de favorecer el mercado de los derechos sobre las aguas.<sup>21</sup>

El interés de los sectores agrícolas tuvo eco en las discusiones de la Comisión Ortúzar de 1976, cuyos miembros no eran fuertes partidarios del libre mercado,<sup>22</sup> y creían que las aguas debían ser bienes nacionales de uso público, pero, al mismo tiempo, apoyaban la propiedad privada de los derechos sobre las aguas.<sup>23</sup> Para la Comisión Ortúzar, afirmar la propiedad privada de los derechos sobre las aguas (bienes nacionales) era un gesto político que tendería a evitar una regulación que diera demasiado poder a las autoridades administrativas. Además, sujetaría los derechos sobre las aguas al régimen constitucional general de la expropiación, lo que implicaba indemnizaciones en caso de

---

<sup>20</sup> Bauer (2015). El texto se titula “*Canto de sirenas. El derecho de aguas chileno como modelo para reformas internacionales*”. Su primera edición fue del año 2004; la segunda, aquí citada, del 2015.

<sup>21</sup> Cfr. Bauer (2015), pp. 73-105.

<sup>22</sup> Lo mismo señala Bauer (2015), p. 92: “La posición de los miembros de la comisión, sin embargo, distaba mucho de ser favorable al mercado”.

<sup>23</sup> El proyecto original de la Subcomisión de Propiedad de la Comisión Ortúzar planteaba: “*Todas las aguas son bienes nacionales de uso público; pero, en conformidad a la ley, podrán constituirse derechos de aprovechamiento sobre ellas para fines específicos, y el titular tendrá la propiedad del respectivo derecho. / En caso de expropiación de un derecho de aprovechamiento, el propietario sólo recibirá indemnización si es privado del uso y goce del agua suficiente para atender a las mismas necesidades que satisfacía con anterioridad a aquélla.*” (Comisión Ortúzar, Tomo VI, p. 19 – Sesión N° 182<sup>a</sup>).

Texto definitivo (31.12.2021)

ocurrir tal acto. El objetivo central, entonces, era fijar sólo una base ni muy flexible, ni muy rígida, para la posterior regulación, pero que diera ciertas garantías. De hecho, Jaime Guzmán consideró que, en principio, el único efecto *jurídico* claro de consagrar un “derecho real de aprovechamiento” sobre las aguas en la Constitución (en vez de “una simple concesión de uso y goce”) sería que se reconocería la “facultad de disponer”<sup>24</sup> del derecho (transferir su propiedad).<sup>25</sup>

Contra el interés de los sectores agrícolas en un Estado más activo (lo que podía implicar mayor inversión pública en obras de riego y regulación), los economistas de la dictadura impulsaron una legislación más favorable al libre mercado, la que culminó con la dictación del Código de Aguas de 1981.<sup>26</sup> Tal Código fue una especie de “solución intermedia”<sup>27</sup> respecto de ambos intereses, como explica Carl Bauer. La regulación constitucional de las aguas que estamos comentando no tuvo, en ese momento, mayor impacto que posibilitar (no impedir) tal regulación.

El transcurso del tiempo borró las huellas de estos debates e hizo predominar, ante la esfera pública y en la comprensión política de la derecha, un entendimiento constitucional que reivindica las bases del Código de Aguas.

Por tanto, dado que el objetivo político que buscamos desde la centroizquierda es no replicar constitucionalmente las bases de la regulación creada durante la dictadura, la nueva Constitución no debe contemplar la referencia a la propiedad particular de los derechos sobre las aguas,<sup>28</sup> pues debe evitarse dar pie a la idea de que la Constitución protege las bases de la regulación hoy vigente (Código de Aguas). Por su lado, como vimos, el inciso 11 del art. 19, N° 24 de la CPR tampoco aporta una especial claridad

---

<sup>24</sup> Cfr. Comisión Ortúzar, Tomo VI, p. 24 – Sesión N° 182<sup>a</sup>.

<sup>25</sup> Ahora bien, incluso es cuestionable que la creencia de Guzmán haya sido correcta, pues existen derechos patrimoniales cuya transferencia o transmisión es prohibida por la ley, como el derecho de uso o habitación (art. 819, Código Civil). Es decir, la mera declaración de que algo es un *derecho* no lo vuelve forzosamente transmisible o transferible. Lo mismo opinó Evans de la Cuadra (cfr. Comisión Ortuzar, Tomo VI, p. 76 – Sesión N° 184<sup>a</sup>).

<sup>26</sup> Cfr. Bauer (2015), pp. 94 y ss.

<sup>27</sup> Bauer (2015), p. 100.

<sup>28</sup> En una reciente propuesta de Andrea Repetto, Claudia Sanhueza y Rodrigo Valdés, las autoras del trabajo proponen -correctamente, a nuestro juicio- no volver a establecer una referencia a la propiedad de los derechos sobre las aguas, mientras que el referido autor considera que ésta debe ser mantenida, aunque no se expresan las razones de por qué esto sería importante. Cfr. Repetto, Sanhueza y Valdés (2020), pp. 119-140.



sobre su efecto jurídico propio, por lo que no hay buenas razones para desear su reincorporación en una nueva Constitución.

### **1.2.2. La protección constitucional de la caracterización (delimitación) de los derechos de aprovechamiento de aguas del Código de Aguas de 1981**

El art. 19, N° 26, de la CPR señala:

*“La Constitución asegura a todas las personas:*

*[...]*

*“26º.- La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.”*

Según esta disposición, está prohibido para el legislador afectar los derechos en su esencia o imponer regulaciones que impidan su libre ejercicio.

Una forma en que se ha entendido este artículo es que, respecto de derechos ya adquiridos, el legislador no puede modificar “su esencia”. ¿Qué es la “esencia de un derecho”? No está definido en la Constitución ni en la ley, de forma general, por lo que es materia de discusión.

En el caso de los derechos de aprovechamiento de aguas, se ha sostenido que la *esencia* de tales derechos equivale a las características que les otorga el Código de Aguas: derechos perpetuos, gratuitos, indefinidos, no sujetos a usos específicos, sin regulación de su caducidad o extinción, separados de la tierra, como factores principales.

Algunos sectores de la política chilena han usado la mención a la propiedad de los derechos sobre las aguas para argumentar que no es posible modificar, de ciertas formas, el Código de Aguas. Por ejemplo, cuando se ha intentado establecer que los derechos de aprovechamiento de aguas caducan (se extinguen) por no ser usados cierto tiempo, el Instituto Libertad y Desarrollo ha dicho:



“[El] Artículo 19 N° 24 de la Carta Fundamental que al referirse al Derecho de Propiedad, no faculta al legislador para fijar un plazo de duración de éste, que por esencia es de carácter indefinido y perpetuo”.<sup>29</sup>

Es posible sostener que, bajo la Constitución vigente, la tesis anterior es correcta.<sup>30</sup> Y aunque no lo fuera, es una tesis bastante extendida. En consecuencia, para cualquier caso, la nueva Constitución debe contener alguna regla que permita de forma clara que la política democrática, mediante la legislación, pueda regular el uso de las aguas de un modo diferente al Código de Aguas de 1981.

### **1.2.3. La obligación de pagar el valor comercial (no una indemnización justa) en caso de expropiación**

El hecho de que exista propiedad sobre un derecho implica que el propietario no puede ser privado de su derecho, a menos que sea expropiado. Tal regla nos parece correcta, aisladamente considerada. Sin embargo, la expropiación, bajo la Constitución de 1980, exige que se indemnice al expropiado todo el daño *patrimonial* efectivamente causado (cfr. art. 19, N° 24, inc. 3, CPR), lo que puede ser excesivo en ciertos casos de derechos de aprovechamiento de aguas, según se explicará.

En los hechos, una indemnización por expropiación de derechos sobre las aguas contemplaría, bajo la Constitución vigente, *i*) el pago del valor comercial de los derechos expropiados y *ii*) el pago del valor comercial de las cosas que perderá el expropiado por causa de la expropiación.<sup>31</sup>

---

<sup>29</sup> Temas Públicos N° 1.264-2 de 2016, p. 4.

<sup>30</sup> Se deja constancia que parte de los redactores de este texto consideran que dicha tesis es incorrecta, mientras que otros creen que ella es cierta. En lo que hay acuerdo es en que no existe un criterio legalmente definido para zanjar este desacuerdo jurídico, pues el asunto es materia de interpretación legal.

<sup>31</sup> Por ejemplo, la pérdida del valor de una cosecha actualmente en producción, que dejará de regarse. Es posible indemnizar el daño futuro (las utilidades futuras de una actividad económica), pero bajo condiciones que usualmente no se pueden demostrar. Por ello, habitualmente los peritos y tribunales no suelen otorgar indemnizaciones de daño futuro.

Texto definitivo (31.12.2021)

La Comisión Ortúzar consideró que en un caso de expropiación de derechos sobre las aguas el expropiado sólo debería ser indemnizado por la pérdida de los derechos que ejercía, pues eso reflejaría “el daño efectivamente causado”.<sup>32</sup> Sin embargo, la práctica jurídica de las expropiaciones, hoy, no avala esa tesis sobre la aplicación de la regla de indemnizaciones, ya que el texto vigente habla de *daño patrimonial* y éste se cuantifica en términos del valor de cambio de las cosas (precio de mercado). En consecuencia, alguien que posea más derechos sobre las aguas de los que realmente necesita o usa (un especulador), si es expropiado, tiene derecho al pago del valor de mercado de la totalidad de sus derechos adquiridos, no sólo de los que ejerce. Esto, sin perjuicio de otras pérdidas que pueda acreditar.

El problema aquí tratado no es propio del art. 19, N° 24, inc. 11 de la CPR, sino de la regla sobre expropiaciones del inc. 3 de la Constitución. Cualquiera sea el caso, es aconsejable que la nueva Constitución establezca una regla que obligue, en caso de expropiación, a pagar una indemnización *justa* (no por *daño patrimonial*), tal como establece el art. 21.2 del Pacto de San José de Costa Rica, de modo que la ley regule la forma en que se determinará la indemnización por expropiación en cada caso.

Con todo, es necesario advertir que, mientras esté vigente la caracterización de los derechos de aprovechamiento de aguas como *derechos reales* (según el art. 6 del Código de Aguas), cualquier reconocimiento constitucional del derecho de propiedad (en general) tendrá como efecto proteger a esos derechos sobre las aguas como una propiedad privada. Un nuevo texto constitucional es sólo el primer paso para un futuro cambio legal, respecto, al menos, del asunto específico de la propiedad sobre los títulos para usar el agua. Ahora bien, lo anterior no obsta a que una nueva Constitución pueda y deba contener reglas que *permitan* una regulación del ejercicio de los actuales derechos de aprovechamiento de aguas, orientada al bien común (p. ej., al cuidado del medioambiente y la satisfacción de las necesidades humanas), sin la necesidad de privar a los actuales titulares de sus derechos adquiridos. Nuestra propuesta pretende

---

<sup>32</sup> Enrique Ortúzar dijo, a este respecto: “Las disposiciones que se han aprobado sobre indemnización en caso de expropiación son suficientes, porque indemnizan el daño efectivamente causado. Y si una persona tiene más agua de las que le corresponden y, por lo tanto, no ha estado haciendo uso de ellas, la indemnización que pudiera recibir por esas aguas sería nula o muy pequeña.” (Comisión Ortúzar, Tomo VI, p. 53 – Sesión 182<sup>a</sup>).

compatibilizar la existencia de los derechos de aprovechamiento de aguas actuales con la regulación que se dicte y los derechos que se otorguen en el futuro.

Hecho este diagnóstico puramente constitucional, veremos ahora algunas cuestiones del régimen *legal* de las aguas en Chile que son importantes de tener a la vista a la hora de redactar un nuevo texto constitucional.

### 1.3. EL PROBLEMÁTICO RÉGIMEN JURÍDICO-LEGAL DE LAS AGUAS Y DE LOS DERECHOS SOBRE ELLAS EN CHILE

Un elemento relevante a la hora de redactar un nuevo texto constitucional es preguntarse *cómo éste va a permitir la futura modificación de la legalidad vigente*. Por tanto, es importante determinar qué características de esa legalidad no deben ser fortalecidas, ni directa ni indirectamente, en la redacción de un nuevo texto constitucional.

Las aguas en Chile han sido consideradas y reguladas como bienes nacionales de uso público, a partir de la entrada en vigencia del Código Civil de 1855.<sup>33</sup> Esta connotación ha sido recogida en los textos legales especiales que han regulado las aguas (Código de Aguas de 1951 y de 1967) y hoy, se encuentra consagrada en el artículo 5° del Código de Aguas de 1981.

Actualmente, bajo el marco de la Constitución de 1980, se ha originado un sistema de subsunción del estatuto de los derechos de aprovechamiento de aguas a la propiedad privada reconocida y amparada constitucionalmente, como hemos señalado precedentemente.<sup>34</sup> De este modo, los derechos de aprovechamiento de aguas han sido configurados normativa e interpretativamente sobre la base de los principios que impregnan el orden público económico, que son la protección de la propiedad privada, la libre iniciativa económica y la subsidiariedad del Estado. Bajo estos parámetros, los

---

<sup>33</sup> El artículo 595 del Código Civil dispone que "Todas las aguas son bienes nacionales de uso público.". Esta disposición tiene origen en la Ley N°16.640 sobre Reforma Agraria que, de un plumazo eliminó la distinción previa que el Código hacía entre las aguas privadas y las aguas públicas. En todo caso, siempre relacionado con las aguas terrestres. La palabra "todas", a la luz de la historia de la ley, ya señalada, debería entenderse que no comprende las aguas marinas ni publica el ciclo hidrológico de las aguas.

<sup>34</sup> Como veíamos antes, el artículo 19 N°24, inciso final de la CPR señala: "Los derechos de los particulares sobre las aguas, constituidos o reconocidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos".

DAA están configurados como derechos absolutos, exclusivos y perpetuos, sin que a su respecto el legislador pueda afectar su núcleo esencial.<sup>35</sup>

Lo recién explicado ha impedido al legislador modelar y modular los atributos y las facultades de los derechos de aprovechamiento de aguas con la finalidad de actualizar los requerimientos sociales y ambientales que demandan una efectiva y eficaz protección de las aguas. Hoy por hoy, no se encuentra priorizado, legalmente, el uso del agua para la bebida y el consumo doméstico ni en el otorgamiento ni en la limitación de los derechos de aprovechamiento de aguas. Estos no están sujetos a verdaderas cargas ambientales (como sería un caudal ecológico establecido a nivel de fuente natural), ni a gravámenes por su tenencia (como sería el pago de una tarifa por su mantención, a modo de amparo). El legislador tampoco ha podido establecer su duración temporal ni proteger los usos ambientales o ecológicos.

En efecto, las cuestiones de orden *legal* relativas a los derechos de aprovechamiento de aguas, que se vinculan con la Constitución, son las siguientes:

- a) Sólo la ley puede determinar el modo de adquirir los derechos de aprovechamiento de aguas (cfr. art. 19, N° 24, inc. 2, CPR). Hoy coexisten, paralelamente modos de adquirir administrativos regulados y modos de adquirir que provienen del reconocimiento o de regularizaciones judiciales. Lo anterior ha contribuido a generar incerteza jurídica y, en sus efectos prácticos, ha conducido a un sobre otorgamiento de derechos de aprovechamiento en zonas muy sensibles a la sequía. Un nuevo texto constitucional debe permitir que la legislación cree un sistema de adecuada evaluación y control respecto de los derechos que otorga o reconoce.
- b) Los atributos, las modalidades (plazos, condiciones), la duración y el contenido de los derechos de aprovechamiento, sólo pueden ser determinados por la ley, de conformidad al art. 19, N° 24, inc. 2, de la CPR. La ley ha creado un sistema de “remates” (subasta) para el otorgamiento de derechos de aprovechamiento cuando existen dos o más solicitudes en un mismo tiempo y lugar. Dicho sistema

---

<sup>35</sup> Como veíamos previamente, una de las consecuencias de la subsunción constitucional al estatuto de la propiedad, implica que a los derechos de aprovechamiento de aguas se les proteja su núcleo esencial, de conformidad al artículo 19 N°26 de la CPR.

Texto definitivo (31.12.2021)

de remates no contempla la posibilidad de otorgarle el derecho a alguien de forma preferente en virtud del uso que le dará al derecho; por ejemplo, priorizando las solicitudes destinadas a consumo humano y saneamiento.

- c) Según dispone el art. 19, N° 24, inc. 2, de la CPR, cualquier limitación al derecho de aprovechamiento u obligación impuesta a su ejercicio, debe ser hecha por la ley y en consideración a la función social de la propiedad. Esto último significa que las restricciones sólo pueden basarse en los intereses generales de la nación, la utilidad y salubridad pública, la seguridad nacional o la conservación del patrimonio ambiental. Sin embargo, a pesar de esta regla y por las razones antes explicadas (Sección 1.2.2), actualmente, la ley no contempla ninguna causal de caducidad o de extinción de los derechos de aprovechamiento. Estos son otorgados indefinidamente a su titular y tampoco están sujetos a cargas en su tenencia, como podría ser el establecimiento de una tarifa por dicha causa. Hoy sólo están gravados por una patente por no uso, la que ha demostrado ser ineficaz y muy gravosa para la Administración;
- d) La Constitución sólo permite al legislador el establecimiento de restricciones especiales al ejercicio del derecho de propiedad fundadas en la protección al medio ambiente, según lo dispone el artículo 19 N° 8, inc. 2, de la CPR. Por ello, la protección de las fuentes de aguas es bastante limitado y la ley sólo contempla la existencia de un caudal mínimo ecológico, el cual se aplica sólo a los derechos de aprovechamiento constituidos a partir del año 2005.

Tales son, entonces, las cuestiones de orden legal que una regulación constitucional debe tener presente, para efectos de poder reorientar la interpretación constitucional respecto de las facultades que debe tener el legislador para cambiar la forma en que se relacionan los usuarios de las aguas con la naturaleza, la sociedad y la economía. No debe reproducirse un enfoque que esté principalmente orientado por las ideas de la propiedad privada, la libertad de empresa y la subsidiariedad del Estado. Al contrario, **el nuevo enfoque de regulación constitucional de las aguas debe orientarse al cuidado al medioambiente, la protección de las necesidades humanas y, satisfechos estos aspectos prioritarios, la posibilidad de realizar actividades económicas.**

En la siguiente sección presentaremos nuestras propuestas sobre esta materia.

## 2. ASPECTOS CONSTITUCIONALES DE LA REGULACIÓN DE LAS AGUAS

### 2.1. LAS AGUAS COMO UN RECURSO POLIFUNCIONAL Y SU GESTIÓN

#### 2.1.1. Explicación del carácter polifuncional de las aguas

El agua es un bien indispensable e insustituible para muchos usos, siendo necesario priorizar la protección del medioambiente y el acceso de las personas al agua potable y al saneamiento.

Al hecho de que las aguas tengan diversos usos se le ha llamado “la polifuncionalidad de las aguas”. En este sentido, Tatiana Celume ha señalado:

*“Un aspecto adicional, aunque igualmente relevante en relación a las aguas corrientes, se refiere a su polifuncionalidad. Esto es, que sus características físicas las hacen necesarias para la realización de un número cada vez más amplio de actividades. Un listado taxativo de tales fines nos parece imposible, de modo que valga una enunciación ejemplar: las aguas son utilizadas, más bien indirectamente, para fines de navegación, pesca, deportes, como también, ahora directamente, para actividades de riego, generación de energía hidráulica o fines sanitarios. Esta polifuncionalidad hará necesaria la revisión de la rivalidad en términos bastante más amplios y cruzados, de modo tal de entender que existen ciertos usos que son completamente incompatibles con otros, mientras algunos de ellos pueden ser perfectamente compatibilizados.”<sup>36</sup>*

La polifuncionalidad de las aguas requiere que el legislador *pueda* tener un margen amplio para determinar los usos y funciones prioritarios de las aguas. En consecuencia, las reglas constitucionales deben hacer posible dicha legislación y asegurar ciertas formas específicas de priorización (consumo humano, saneamiento y ecosistémica).

En el mismo sentido, dado que las fuentes de aguas también son diferentes y su uso puede tener impactos ambientales diferenciados, según el caso concreto de que se trate, sería razonable que el legislador pudiera otorgar incentivos o generar desincentivos para el uso, o no uso, de ciertas fuentes de agua. Así, por ejemplo, hoy parecería

---

<sup>36</sup> Celume (2013), p. 14.



razonable dar incentivos al uso del agua del mar por sobre el uso de las aguas terrestres, si se diera el supuesto de que, en ambos casos, la actividad asociada a ese uso puede operar cumpliendo los estándares normativos en materia ambiental. En este sentido, la Constitución debe establecer reglas generales que luego permitan al legislador tratar los casos diferentes mediante reglas o incentivos diferentes. Para este objetivo, es necesario considerar una referencia explícita en la Constitución en favor del uso de fuentes alternativas de agua, ya que siendo la igualdad de trato un principio fundamental del Estado moderno, los casos en que se permitirán tratos diferenciados deben estar justificados o, mejor aún, expresamente consagrados. De este modo, se podrán evitar futuros litigios o reclamos contra una legislación que tenga una política de abierto fomento a uso de fuentes alternativas de agua.

### **2.1.2. La gestión de las aguas**

La gestión de las aguas debe ser sensible, por un lado, a las diferencias entre y dentro de las aguas marítimas y terrestres que existen en nuestro país y, por otro lado, a los niveles de participación que debe tener la ciudadanía y las autoridades políticas descentralizadas (regionales y comunales) del país.

En primer lugar, como ya se dijo, las aguas tienen un carácter polifuncional. Ahora bien, la polifuncionalidad de las aguas no opera del mismo modo en las diferentes partes del territorio chileno. Desde el punto de su relación con la naturaleza, son diferentes las aguas marítimas que las terrestres. Y dentro de estas clases, también existen diferencias. El rol de las aguas marítimas en el medioambiente es diferente si se trata de aguas oceánicas o de aguas marítimas; en cada una de ellas pueden desarrollarse ecosistemas diferentes, entre otros aspectos que se podrían destacar. Asimismo, el rol de las aguas terrestres en el medioambiente puede ser diferente dependiendo de, entre otras cosas, la ubicación geográfica y características de la cuenca hidrográfica a la que pertenecen esas aguas.

En segundo lugar, desde el punto de vista del rol de las aguas en la sociedad y en la economía, también puede ser diferente la demanda por el uso de las aguas en diferentes lugares del territorio chileno. Como es conocido, la actividad minera es predominante en la macrozona norte del país. Por otro lado, la actividad acuícola ha tenido mayor



presencia en la zona sur y austral del país. El desarrollo de estas u otras actividades económicas requiere de una regulación ambiental, pero también de una normativa que permita una gestión adecuada, en lo regulatorio y operativo propiamente tal, a las especificidades del uso de las aguas en Chile.

Por último, dado que en Chile se han realizado esfuerzos por fortalecer la democracia deliberativa, lo que nos parece deseable, es necesario que la Constitución contemple la participación de la ciudadanía junto a la de las autoridades políticas de los diferentes niveles administrativos del país (gobierno central, regional y comunal, o los que los reemplacen en un nuevo texto constitucional). Para lograr tales objetivos, nos parece correcto que la Constitución establezca un mandato al legislador para que éste regule mecanismos de participación ciudadana y de las autoridades políticas democráticas en la gestión de las aguas, sin regular los aspectos particulares en esta materia. Tales aspectos merecen una discusión propia y detallada, de modo que se establezca una institucionalidad y formas de incidencia que respondan a un buen diseño, cumplan los objetivos constitucionales y tengan legitimidad social.

### **2.1.3. Propuesta para una nueva Constitución**

Considerando los objetivos antes señalados, se propone establecer en la nueva Constitución:

- i) Un reconocimiento constitucional de las múltiples funciones de las aguas (carácter polifuncional).
- ii) La protección de la función ecológica de las aguas.
- iii) La gestión integrada y sustentable de las cuencas hidrográficas.
- iv) La participación de las autoridades políticas regionales en la gestión de cuencas hidrográficas (en la nomenclatura hoy vigente: el gobierno central, los gobiernos regionales y los municipios).
- v) La participación y diálogo de los usuarios de la cuenca hidrográfica (todas las personas beneficiarias).
- vi) Que el otorgamiento de derechos para usar las aguas deberá satisfacer el interés público, entendido como el equilibrio del uso de las aguas entre sus distintas funciones, considerando la disponibilidad y la sustentabilidad de la

Texto definitivo (31.12.2021)

- fFuente natural de abastecimiento, la distribución de la población y el ordenamiento territorial.
- vii) Que el legislador deberá fomentar el uso de fuentes alternativas de agua (p. ej., se podrá incentivar, mediante regulación especial, el uso del agua del mar).
  - viii) Que el legislador podrá y deberá regular cómo usarán las aguas los particulares. Con todo, los usos de las aguas deberán ser esencialmente temporales, sujetos a cargas y limitaciones, destinados a un uso específico y sujetos a causales de caducidad y/o extinción.
  - ix) Que el legislador someterá el ejercicio de todos los derechos de aprovechamiento de aguas existentes a las nuevas disposiciones constitucionales. Este objetivo es recomendable expresarlo en una disposición transitoria, para efectos de que no quepan dudas sobre la aplicabilidad de la nueva Constitución a los derechos sobre las aguas ya existentes.

Una formulación para lograr tales objetivos podría ser la siguiente:

*La ley reconocerá las diversas funciones de las aguas y protegerá las ecológicas. También ordenará la gestión integrada y sustentable de cada cuenca hidrográfica, determinará la forma en que el gobierno, los gobiernos regionales y las administraciones comunales participarán en aquella gestión y garantizará el diálogo y la participación de todos los usuarios de la cuenca. Además, establecerá los derechos en virtud de los cuales se otorgará a los particulares el uso de las aguas, así como las causas de su caducidad o extinción.*

*La autoridad sólo podrá otorgar a los particulares los derechos para usar las aguas si se satisface el interés público. Para estos efectos, se entenderá por interés público el equilibrio del uso de las aguas entre sus distintas funciones, considerando la disponibilidad y la sustentabilidad de la fuente natural de abastecimiento, la distribución de la población y el ordenamiento territorial.*

*Los derechos de uso de las aguas tendrán una duración y una destinación específica y estarán sujetos a las condiciones, obligaciones y cargas que establezcan las disposiciones legales vigentes, de conformidad al principio del uso efectivo, razonable y sostenible.*

*La ley deberá fomentar el uso de fuentes alternativas de agua.*

Asimismo, la disposición transitoria recomendada, sería la siguiente:

*Los derechos vigentes de los particulares sobre las aguas, constituidos o reconocidos en conformidad a la ley, quedarán sujetos a las disposiciones de esta Constitución y a las normas legales que al respecto se dicten.*

El texto propuesto, en lo relativo a funcionalidad, gestión, asignación de uso, participación y aplicación normativa, se explica de la siguiente manera.

Según tales formulaciones, el legislador puede definir, según el mejor entendimiento disponible, qué roles tiene el agua en la sociedad, la economía y la naturaleza. Con todo, se reconoce inmediatamente, en la propuesta constitucional, su rol ecológico. El legislador deberá darle algún efecto a ese reconocimiento, a la hora de regular el uso de las aguas.

En materia de gestión de aguas, la propuesta contempla la gestión integrada de las intervenciones en las cuencas hidrográficas, es decir, una manera de administrar y coordinar a los usuarios de aguas (todos) en base a los espacios en que naturalmente existen las fuentes naturales de abastecimiento. Lo anterior se opone a formas de organización de la gestión de las aguas basadas en fronteras administrativas o políticas que no respeten las delimitaciones naturales de las cuencas. El objetivo de este tipo de gestión de las aguas es evitar el seccionamiento de las fuentes naturales. Además, se ordenaría al legislador que, al regular tal gestión, garantice la sustentabilidad de la cuenca, o sea, que el uso de las aguas de los diferentes usuarios de la cuenca no tenga como consecuencia su agotamiento o un deterioro o disminución (p. ej., que altere los ecosistemas).

Ahora bien, aunque la gestión de las aguas sea dividida por cuenta hidrográfica, para el caso de las aguas terrestres, ésta deberá contemplar la participación ciudadana y de las autoridades políticas locales (regionales y municipales), además del gobierno central. Ciertamente, el legislador deberá establecer cuál será el rol del gobierno central y de las

autoridades político-administrativas descentralizadas. Su definición dependerá, además, de lo que resuelva la Convención Constitucional sobre la materia. Suponiendo, sólo a modo de hipótesis, que se mantienen las autoridades políticas que hoy existen a nivel de la Administración Interior del Estado, debería regularse los roles que tendrán el gobierno central (Presidencia de la República y Administración), los Gobiernos Regionales y las Municipalidades, o las autoridades políticas que los reemplacen. Hemos elegido formular la propuesta en términos de “gobierno”, “gobiernos regionales” y “administraciones comunales”, ya que ésta es la nomenclatura que refleja la normativa hoy vigente. No tenemos una particular preferencia por esa nomenclatura más allá de la claridad que ésta aporta bajo la legislación vigente, al tratarse de términos utilizados y que se refieren con claridad a las autoridades o cuerpos colegiados que han sido elegidos mediante votación directa. Así, por ejemplo, cuando hablamos del gobierno, entendemos que éste es ejercido por el Presidente de la República junto a sus colaboradores,<sup>37</sup> siendo el caso que tal autoridad es elegida en votación popular. En el mismo sentido, cuando se habla de “gobierno regional”, entendemos que éste se encuentra constituido por el gobernador regional y el consejo regional (el conjunto de los consejeros regionales electos popularmente).<sup>38</sup> Y, por último, cuando mencionamos a las “administraciones comunales” nos referimos a las Municipalidades, que están conformadas por su alcalde y su concejo municipal (el conjunto de concejales electos por sufragio directo).<sup>39</sup>

En lo relativo a la participación ciudadana, se ha elegido formular esta disposición en términos de “participación” y “diálogo” para enfatizar el carácter deliberativo que se espera de esa participación. No basta con una participación representativa que pudiera, teóricamente, limitarse a emitir un voto, sin entrar en un diálogo con las diferentes personas o partes involucradas en la gestión de las aguas; es necesario que la ley

---

<sup>37</sup> Sí lo establece, entre otras disposiciones, el art. 1 del D.F.L. N° 1/19.653 del 200, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.757, orgánica constitucional de bases generales de la Administración del Estado, que establece: “El Presidente de la República ejerce el gobierno y la administración del Estado con la colaboración de los órganos que establezcan la Constitución y las leyes.”.

<sup>38</sup> Cfr. arts. 22 y 29 del D.F.L. N° 1-19.175 de 2005, del Ministerio del Interior, que fija el texto refundido, coordinado, sistematizado y actualizado de la Ley N° 19.175, orgánica constitucional sobre gobierno y administración regional.

<sup>39</sup> Cfr. arts. 2 y 72 del D.F.L. N° 1 de 2006, del Ministerio del Interior, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.695, orgánica constitucional de municipalidades.

Texto definitivo (31.12.2021)

prescriba formas de participación que, como mínimo, pretendan generar un intercambio y relación deliberativa entre individuos y/o comunidades. El universo de personas que serán parte de ese diálogo es el de todos los “usuarios de la cuenca”, es decir, todas las personas beneficiarias de las aguas que pertenecen a cierta cuenca hidrográfica. Esto implica que la gestión de las aguas no podrá recaer exclusivamente en los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas. Por el contrario, debe contemplar la participación de la generalidad de la ciudadanía. Con todo, dado que este tema no se regula detalladamente en nuestra propuesta, la forma e incidencia que tenga la participación de cada uno de los grupos relevantes deberá ser definida por la ley.

Por otro lado, el legislador deberá definir a quién le otorga el uso de las aguas. La propuesta sugerida usa la expresión “derechos” para referirse al título que permitirá el uso de las aguas. Esto no implica que deban tratarse de derechos de aprovechamiento de aguas configurados del mismo modo que los del actual Código de Aguas, ya que el propio texto sugerido contempla la necesidad de regulación e inclusive caducidad o extinción de estos derechos. Con todo, la propuesta implica que los títulos de uso de las aguas no deberían ser meros permisos, autorizaciones o concesiones administrativas, ya que estas figuras, en los hechos, admiten formas de regulación con muy poca estabilidad en favor del particular. En el caso de los derechos, aunque teóricamente es posible regularlos con mayor o menos intensidad, según el arbitrio del legislador, su tratamiento suele estar dotado de mayor estabilidad o protección. En consecuencia, lo que intenta el texto sugerido es lograr un equilibrio entre la protección y estabilidad que normalmente está asociada a un derecho y los importantes márgenes de regulación que deben esperarse cuando se trata del uso particular de lo que hoy se conoce como “bienes nacionales de uso público”.

En materia de otorgamiento de derechos sobre las aguas, la Constitución pondría un requisito para dicho otorgamiento: que se satisfaga el interés público. Se trataría el uso de las aguas como un asunto de interés público y no meramente particular. Se ofrece una caracterización del interés público, cuyo sentido es expresar que el legislador deberá considerar diferentes aspectos valiosos o relevantes al momento de establecer la política pública: las funciones de las aguas, su disponibilidad, su impacto en el territorio y en la población, la regulación existente en materia territorial o ambiental, etc.

Texto definitivo (31.12.2021)

También se establecen constitucionalmente las exigencias que deberán cumplir los derechos que permitirán adquirir el uso particular de las aguas. Se indica que ellos tendrán una duración y uso específicos, de modo que la autoridad podrá tener cierto control respecto de, por ejemplo, las actividades productivas que son sostenibles en virtud de la disponibilidad de agua en cierto territorio, o las que son ambientalmente sustentables, dado el ecosistema local. Estos asuntos deberán regularse legalmente, pero la Constitución debería habilitar al legislador para dicha tarea.

El articulado permanente que se propone, en las últimas líneas del último párrafo citado, considera que los derechos que permitan el uso de las aguas estarán sujetos a las condiciones, obligaciones y cargas que establezcan las disposiciones legales vigentes. De este modo, se reafirma la posibilidad que tendría el legislador de regular permanentemente el ejercicio las facultades que otorguen tales derechos.

Por su parte, se propone que el legislador pueda fomentar el uso de fuentes alternativas de agua. Como se dijo antes, el sentido de esta disposición es declarar de forma expresa que se podrán establecer incentivos para el uso de fuentes alternativas de agua o desincentivos para lo contrario, sin que sea posible alegar un trato discriminatorio en este aspecto, ya que la propia Constitución reconocería como algo justificado el trato diferenciado.

Finalmente, para efectos de no dar pie a dudas sobre el sometimiento de los títulos anteriores a la nueva Constitución (los derechos de aprovechamiento de aguas u otros), se propone una disposición transitoria que expresamente trate este asunto, usando la misma nomenclatura de la Constitución vigente (que hable de “los derechos vigentes de los particulares sobre las aguas, constituidos o reconocidos en conformidad a la ley”). De este modo, no quedan dudas respecto de que la nueva regulación sobre las aguas, o las modificaciones que se hagan al Código de Aguas, serán igualmente aplicables a todos los titulares, inclusive si la elección legislativa es mantener la titularidad de la propiedad respecto de los actuales propietarios de derechos de aprovechamiento de aguas. En este último caso, aun cuando se conserve la propiedad de tales derechos, su ejercicio deberá someterse a las nuevas disposiciones que les sean aplicables.

## 2.2. LAS AGUAS COMO BIEN PÚBLICO

### 2.2.1. Justificación política de las aguas como bien público

En la naturaleza y la sociedad existen un conjunto de bienes y servicios que son indispensables para la vida, y para la vida con dignidad, de cualquier ser humano. Tratándose de bienes de la naturaleza, el agua es, sin duda, el mejor ejemplo. Nadie puede sobrevivir sin agua, ni, menos aún, vivir dignamente sin ella. Este tipo de bienes deben estar disponibles para toda la población y no pueden ser parte del dominio privado de los particulares ni de los bienes que el Estado puede usar discrecionalmente (bienes fiscales). Más bien, deben ser tratados como bienes que pueden ser usados por todos los integrantes de la comunidad política. El Estado, a este respecto, debe garantizar a todas las personas el acceso a este tipo de bienes, regulando el uso compartido de ellos y priorizando la vida digna de las personas naturales en relación con los usos que legitimamente puedan darse una vez satisfecho tal objetivo.

Por los motivos anteriormente señalados, consideramos necesario, respecto de las aguas, darles el tratamiento de bienes públicos (o “bienes nacionales de uso público”, según la terminología más extendida, pero de igual significación).

### 2.2.2. Propuesta para una nueva Constitución

Como ya señaláramos, sobre esta materia, se propone el siguiente objetivo constitucional:

- i) Un reconocimiento expreso de que las aguas (terrestres y marítimas, en todos sus estados) son bienes de uso público, es decir, lo que hoy se conoce legalmente como “bienes nacionales de uso público”. Asimismo, conviene explicitar que dicha calidad le otorga las calidades de perpetuo, exclusivo, inalienable, imprescriptible e inembargable.

Para lograr dicho objetivo, se propone el siguiente texto que reiteramos:



Texto definitivo (31.12.2021)

*“Las aguas, terrestres y marítimas, en todos sus estados, son un bien de uso público, perpetuo, exclusivo, inalienable, imprescriptible e inembargable.”*

La expresión “bien de uso público” no tiene un uso jurídico técnico bajo esa formulación precisa, pero tampoco parece dar lugar a dudas importantes sobre su significado. Debe entenderse como una expresión equivalente a “bien nacional de uso público” (bienes cuyo uso pertenece a todos), pero manifestada con un vocabulario que elimina el adjetivo “nacional” a fin de evitar conceptos que, es posible, aunque esto lo sabremos con el avance de la Convención, adquieran significados diversos. Así, la expresión “Nación”, podría no continuar siendo utilizada o transformado su significado.

Por otro lado, se unifica el tratamiento jurídico de las aguas terrestres y marítimas a nivel constitucional. Ambas son tratadas como bienes públicos. Sin embargo, es necesario advertir que la regulación legal de ambas especies de aguas debiera ser distinto, dadas las diferencias fácticas existentes entre ambas. Así, por ejemplo, el uso del agua del mar debiera tender a ser más accesible que el uso de las aguas terrestres, para desincentivar el uso de estas últimas en actividades que pudieran bien satisfacerse con el uso del agua de mar, como ya se anticipó. Lo anterior, sin embargo, debe ir acompañado de una adecuada regulación ambiental que se haga cargo de los impactos ambientales de cierto tipo de usos del agua del mar, como los que provienen de la desalación.

Se vuelven explícitas también las características de “perpetuo, exclusivo, inalienable, imprescriptible e inembargable”. Esto quiere decir -usando la actual referencia a “la Nación” sólo para ilustrar el asunto- que:

- i) La pertenencia a la Nación no se puede extinguir por el transcurso del tiempo (perpetuidad).
- ii) La Nación, como cuerpo político, es la única titular de las aguas del país (exclusividad).
- iii) La Nación no puede transferir su titularidad sobre las aguas (inalienable).
- iv) La Nación no puede perder el dominio público de las aguas por prescripción ni tampoco los particulares pueden ganar el dominio de las aguas que

- pertenecen a la Nación por dicho modo de adquirir el dominio (imprescriptible).
- v) Los tribunales de justicia no pueden embargar el dominio que le pertenece a la Nación respecto de las aguas (inembargable).

### 2.3. DERECHO HUMANO AL AGUA POTABLE Y SU SANEAMIENTO

#### 2.3.1. Justificación política y derecho internacional de los derechos humanos

Reafirmando la relevancia e interdependencia de todos los derechos humanos, el acceso al agua potable y al saneamiento constituyen derechos fundamentales indispensables para la vida, el bienestar integral y la dignidad de las personas. En efecto, todos los seres humanos dependen del agua dulce no sólo para beber, sino también para ciertas tareas básicas domésticas y personales como cocinar, limpiar e higienizar, así como para los cultivos, la actividad pecuaria, la pesca, la generación de energía, la navegación, el recreo y el turismo. De esta forma, el acceso al agua potable en cantidad y calidad suficiente y la existencia de ecosistemas acuáticos saludables son esenciales para proteger la salud, el derecho a un medio ambiente sano, lograr la seguridad alimentaria y terminar con la pobreza, entre otros objetivos. En virtud de lo anterior, el derecho internacional ha prestado especial atención a esta materia, habiendo transcurrido un decenio desde que fueron expresamente reconocidos como derechos humanos, sin perjuicio de persistir retos para su efectividad ante un escenario mundial de crisis ambiental.

En noviembre del año 2002, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptó la Observación General N° 15 sobre el derecho al agua. Al respecto el artículo I.1 establece que "El derecho humano al agua es indispensable para una vida humana digna". La Observación General N° 15 define, asimismo, el derecho al agua como el derecho de cada uno a disponer de agua suficiente, saludable, aceptable, físicamente accesible y asequible para su uso personal y doméstico.<sup>40</sup> A su vez, en la Resolución 64/292 de 2010 de la Asamblea General de Naciones Unidas (AGNU), ratificada por la

---

<sup>40</sup> Para una historia detallada de los pronunciamientos internacionales sobre el derecho humano al agua y al saneamiento, véase Centro UC Derecho y Gestión de Aguas (2020).

Texto definitivo (31.12.2021)

Resolución 15/9 de 2010 del Consejo de Derechos Humanos, la comunidad internacional declaró que el derecho al agua potable y el saneamiento constituye un derecho humano esencial para el disfrute de la vida y de todos los derechos humanos. En una línea similar, 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”. Posteriormente la Resolución 70/168 de la AGNU de 2015 distingue los derechos humanos al acceso al agua potable y al saneamiento como independientes.

Por otra parte, numerosos tratados contienen referencias relacionadas con el acceso al agua potable y saneamiento, ya sea tácita o expresamente. Tal es el caso de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el Convenio N° 161 sobre los servicios de salud en el trabajo de la O.I.T. Existe preocupación por las consecuencias que puede tener, en los derechos humanos, la escasez de agua. A modo ejemplar, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer expresó su preocupación por el desproporcionado impacto que tiene sobre las mujeres la escasez de agua causada o agravada por la agricultura industrial, los proyectos hidroeléctricos y el cambio climático, así como por los peligros a los que se enfrentan las mujeres que actúan como defensoras de los derechos humanos ambientales para la protección del agua. Además, el Relator Especial ha dado prioridad a lograr que los principios jurídicos y las normas de derechos humanos existentes se traduzcan en políticas públicas y mecanismos de aplicación que contribuyan a cumplir la obligación de lograr progresivamente la efectividad de esos derechos humanos.<sup>41</sup> Paralelamente, la Corte

---

<sup>41</sup> Logro progresivo de la efectividad de los derechos humanos al agua y al saneamiento de 8 de julio del 2020 “la obligación de logro progresivo exige analizar cómo ha progresado el país en cuanto a la prestación de servicios y qué planes existen, y fijarse el objetivo de ampliar la cobertura de esos servicios y mejorarlos, de conformidad con las obligaciones

Texto definitivo (31.12.2021)

IDH por primera vez analizó específicamente el derecho humano al agua y al saneamiento en el caso de las comunidades indígenas “Asociación Lhaka Honhat con Argentina”, sentenciado el 6 de febrero del 2020, adoptando los contenidos desarrollados en la Observación General N° 15.

El año 2015 destaca, además, en cuanto se adopta la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, representando un ambicioso esfuerzo de la sociedad por alcanzar un desarrollo sostenible que incluye el enfrentar de manera urgente crisis ambientales interrelacionadas tales como las vinculadas al agua, el clima y la biodiversidad. En particular su sexto Objetivo de Desarrollo Sostenible (ODS) persigue garantizar la disponibilidad y la gestión sostenible del agua y el saneamiento para todas y todos y contempla como metas al aumento de la calidad del agua a través de la disminución de la contaminación, el aumento de la eficiencia en el uso y la reducción de la escasez de agua, la gestión integrada de los recursos hídricos, la protección y el restablecimiento de los ecosistemas relacionados con el agua, la cooperación internacional y el fomento de la capacidad, y la participación pública en la gestión de los recursos hídricos. En todo caso, el enfoque holístico y sistemático de esta Agenda vincula este ODS con otros desafíos a lograr al 2030, como los referidos a la pobreza, la seguridad alimentaria, la salud humana y a la diversidad biológica y sus consiguientes metas específicas, entre otras: la reducción de las enfermedades transmitidas por el agua, la prevención de los desastres relacionados con el agua y la adaptación al cambio climático. Como observó el Grupo de Alto Nivel sobre el Agua: “El agua es la moneda común que vincula casi todos los Objetivos de Desarrollo Sostenible, y será un determinante crítico del éxito”.

En consecuencia, es indiscutible que, a nivel internacional, el acceso al agua potable y al saneamiento ha sido reconocido en múltiples instrumentos y foros como derechos humanos ameritando incluso resoluciones de la Asamblea General y de procedimientos

---

*dimanantes de los derechos humanos al agua y al saneamiento. Sin embargo, no significa simplemente una mejora y expansión graduales de los niveles de servicio, sino que también exige que se reduzcan las desigualdades, con la mayor rapidez y efectividad posibles, entre los diferentes grupos y poblaciones. Los Estados deben identificar claramente los requisitos necesarios para lograr la igualdad de acceso de esos servicios, a un nivel adecuado, para todas las personas, sin discriminación. Además, deben adoptar medidas deliberadas, concretas y selectivas utilizando al máximo los recursos de que dispongan”. Asimismo, refiriéndose a la obligación básica del derecho al saneamiento, señala que puede deducirse que dicha obligación consiste en atender las necesidades de salud y supervivencia de cada persona para que pueda vivir con dignidad A/HRC/45/10 - S - A/HRC/45/10 -Desktop (undocs.org)*

especiales. Transcurrido ya 10 años desde su reconocimiento como derecho humano y a menos de una década para cumplir la nueva agenda internacional para el desarrollo sostenible, los países tienen el deber de avanzar decidida y equitativamente a través de esfuerzos continuos utilizando al máximo los recursos de que dispongan los Estados y cumpliendo obligaciones mínimas de inmediato. Asimismo, toda medida a adoptar e implementar debe cumplir con los principios que emanan de un enfoque de derechos humanos debiendo entonces atender a la igualdad y no discriminación, el acceso a la información y a la participación, la sostenibilidad y la rendición de cuentas.

### **2.3.2. Propuesta para una nueva Constitución**

Por lo tanto, atendida la fundamentación recién expuesta, se propone establecer en la nueva Constitución un derecho al agua potable para consumo humano y para el saneamiento. Este derecho se puede expresar bajo las siguientes fórmulas:

- i) Derechos al agua para el consumo humano y al saneamiento.
- ii) Derecho al agua para los usos personales y domésticos.
- iii) Derechos al agua potable y al saneamiento.

La alternativa iii) es la que apreciamos como más clara. Explicaremos esto más abajo.

La alternativa ii) recoge un vocabulario usado con precisión en la Observación General N° 15 del Comité de Derecho Económicos, Sociales y Culturales del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas. Según tal documento, los usos personales y domésticos “comprenden normalmente el consumo, el saneamiento, la colada, la preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica” (N° 12). Esta alternativa tendería a cerrar más la discusión legislativa al remitir de forma clara a una formulación ya esbozada en un documento público e internacional, disponible.

La alternativa iii) es semejante a la i) y suele ser usada en textos académicos sobre la materia y manifestamos, como señalamos precedentemente, nuestra preferencia por ella pues la potabilidad del agua es reconocida como derecho humano y parte integrante del núcleo del derecho en comento. El Estado debe garantizar que todas las personas puedan acceder a agua previamente tratada a efectos de asegurar la calidad de la misma,

Texto definitivo (31.12.2021)

de modo tal que la hagan apta para su consumo. Sabemos que la expresión “agua potable” hace referencia a un uso específico propio de los servicios sanitarios, a saber, al agua cruda sometida a cierto tratamiento. En este sentido, podría parecer que el derecho al agua potable excluye un derecho de acceso al agua cruda, no obstante que muchas personas requieren acceso al agua cruda para utilizarla con fines personales o domésticos que no necesariamente implican su consumo con fines alimentarios. Sin embargo, el requerimiento personal y doméstico de agua, distinto al de consumo alimentario (ingesta en cualquier forma), está incorporado en el derecho al agua conforme a la Observación General N° 15, que lo define como el derecho de cada uno a disponer de agua suficiente, saludable, aceptable, físicamente accesible y asequible para su uso personal y doméstico, estableciendo así que está incorporado en la esfera constitutiva del derecho, tanto los aspectos personales como los domésticos, pues, la propia Observación sostiene que los usos personales y domésticos “comprenden normalmente el consumo, el saneamiento, la colada, la preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica” (N° 12).

Por estos motivos, nos parece mejor una formulación como iii) o, en subsidio, ii).

Un texto que siga lo ya dicho podría ser:

*“La Constitución garantiza el derecho humano al acceso al agua potable para el consumo humano y al saneamiento. Para ello, la ley establecerá las formas de priorizar el uso de las aguas para tales fines.”*

En la propuesta sobre derecho constitucional al agua para el consumo humano y el saneamiento, se ha elegido hablar de “acceso al agua potable para el consumo humano” porque ese concepto es amplio, apunta en la dirección correcta, y puede ser dotado de contenido a través de la ley o la jurisprudencia (fallos de los tribunales competentes). El contenido básico del “consumo humano”, conforme al entendimiento internacional, es asegurar el acceso al agua para la bebida y la alimentación (su higiene y preparación). Por su parte, el contenido básico del “saneamiento” es garantizar el acceso al agua necesaria para la evacuación de las excretas humanas, es decir, se trata de un concepto amplio se asocia con los servicios sanitarios de recolección y disposición de las aguas servidas. Lo relevante es que este derecho no incluya una protección especial para el uso

Texto definitivo (31.12.2021)

del agua en actividades productivas industriales, sino que lo reserve para el uso de las personas naturales. No es un derecho de “acceso al agua” para todo uso.

Por otro lado, se establece la posibilidad de priorizar el uso del agua para el consumo humano y el saneamiento por medio de “la ley” (lo que usualmente se conoce como “reserva legal”). Esta declaración implica que sólo la ley podrá establecer *quién* y *cómo* se hará efectiva la prioridad en el uso de las aguas. La actividad de la autoridad que ordene darle prioridad a ciertos usuarios de aguas, en cierto territorio y rango de tiempo, deberá estar basada en la ley y en los reglamentos o normas que pudieran complementar (ejecutar) la ley, pero nunca en meros actos administrativos o reglamentos que no se basen en una ley preestablecida.

Por último, hacemos presente que existen ciertas temáticas que, por su especificidad y por razones de tiempo, no hemos podido tratar en esta propuesta. Por ejemplo, si acaso es necesario incluir una regulación constitucional de la relación tierra-agua o del uso de las aguas por parte de las empresas concesionarias de servicios sanitarios, entre otras cosas. Nuestra propuesta no es exhaustiva respecto de todos los temas particulares que podrían ser relevantes. Creemos, con todo, que la propuesta ofrecida recoge los temas más relevantes, a nivel general, en relación con la regulación constitucional de las aguas.



## BIBLIOGRAFÍA

Atria, Fernando & Salgado, Constanza (2015): *La propiedad, el dominio público y el régimen de aprovechamiento de aguas en Chile*. Ed. Thomson Reuters, Santiago.

Bauer, Carl J. (2015): *Canto de sirenas. El derecho de aguas chileno como modelo para reformas internacionales*. Segunda edición ampliada. Traducción de Juan Pablo Orrego. Ed. El Desconcierto, Santiago.

Celume B., Tatiana (2013): *Régimen público de las aguas*. Ed. Thomson Reuters, Santiago.

Centro UC Derecho y Gestión de Aguas (2020): "10 años de Derecho humanos al agua y al saneamiento", en *Huella Hídrica*, N° 18, Agosto, 2020.

\_\_\_\_\_ (2021a): "El agua en las Constituciones de América", en *Huella Hídrica*, N° 22, Enero, 2021.

\_\_\_\_\_ (2021b): "El agua en las Constituciones de Oceanía", en *Huella Hídrica*, N° 23, Enero, 2021.

\_\_\_\_\_ (2021c): "El agua en las Constituciones de Europa", en *Huella Hídrica*, N° 24, Marzo, 2021.

Guzmán Brito, Alejandro (1995): *Las cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

\_\_\_\_\_ (2001): *El Derecho Privado Constitucional de Chile*. Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso.

Ruiz, Reinaldo (2019): "Agua, sustentabilidad y desarrollo: Elementos para construir una agenda de progreso", en *Análisis*, N° 5, 2019. Fundación Friedrich Ebert en Chile, Santiago.

World Economic Forum (2018): *Harnessing the Fourth Industrial Revolution for Water*. Disponible en [http://www3.weforum.org/docs/WEF\\_WR129\\_Harnessing\\_4IR\\_Water\\_Online.pdf](http://www3.weforum.org/docs/WEF_WR129_Harnessing_4IR_Water_Online.pdf).

\_\_\_\_\_ (2021): *The Global Risks Report 2021. 16th Edition*. Disponible en <http://wef.ch/risks2021>.



Texto definitivo (31.12.2021)

International Food Policy Research Institute (IFPRI) (2011): *Sustaining growth via water productivity: 2030/2050 scenarios*. Disponible en <https://www.ifpri.org/publication/sustaining-growth-water-productivity-20302050-scenarios>.

Food and Agriculture Organisation (2007): *Cambio Climático y Seguridad Alimentaria: Un Documento Marco. Resumen*. Disponible en <http://www.fao.org/3/i0145s/i0145s00.pdf>.

Repetto, Andrea; Sanhueza, Claudia & Valdés, Rodrigo (2020): “Agua y minería en la Constitución”, en Valdés, R. & Vergara, R. (2020), *Aspectos económicos de la Constitución. Alternativas y propuestas para Chile*. Fondo de Cultura Económica, Santiago.

Reyes Riveros, Jorge (1960): *Naturaleza jurídica del permiso y de la concesión sobre bienes nacionales de uso público*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

Vergara, Alejandro (1998): *Derecho de Aguas. Tomo II*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

\_\_\_\_\_ (2017): *Derecho de Aguas: identidad y transformaciones*. Ediciones UC, Santiago.