

Regulación ¿Por qué es importante la regulación de aguas?

Andrea Paola Neirot¹

Francisca Rodríguez²

ÍNDICE

Abstract

El Derecho humano al agua y al saneamiento

Regulación regional e internacional vigente sobre el derecho humano al agua

Condiciones que se establecen la resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre el derecho humano al agua y al saneamiento.

Otros instrumentos disponibles en el Derecho Internacional sobre el derecho al agua

Situación en Chile respecto a la regulación existente sobre el acceso al agua

Situación comparada en otros países acerca de los avances en materia de regulación del derecho al agua.

Opinión de los stakeholders

¹ Andrea Paola Neirot. Núcleo Milenio para el Estudio de la Estatalidad en América Latina. Candidata a Doctor en Ciencia Política, Instituto de Ciencia Política, Pontificia Universidad Católica de Chile. Magíster en Estudios Internacionales, Universidad de Chile. Licenciada en Relaciones Internacionales, Universidad Nacional de Rosario, Argentina. Áreas de especialidad: Regulación internacional de aguas subterráneas, Integración Regional en América Latina, Política Exterior de América Latina.

² Francisca Rodríguez. Núcleo Milenio Centro para el Impacto Socioeconómico de las Políticas Ambientales. MSc. Development Studies, London School of Economics and Political Science LSE. Título de Cientista Político, Pontificia Universidad Católica de Chile. Áreas de especialidad: Políticas públicas medioambientales, migración internacional.

Abstract

El agua y su gestión se ha ido reconociendo como un factor determinante para el desarrollo, y el acceso a este recurso como un derecho humano fundamental. El derecho al acceso al agua y al saneamiento forma parte de los Derechos Humanos de primera generación por tratarse de un derecho intrínseco a la naturaleza humana. En diversos instrumentos jurídicos regionales e internacionales se le ha ido otorgando este carácter. No obstante, en el ordenamiento jurídico chileno aún no se ha reconocido expresamente el derecho de todos a disponer de agua potable y saneamiento, sino que éste se presenta como un derecho derivativo que depende, en numerosas ocasiones, de la interpretación jurídica que se haga del mismo. El actual modelo de gestión del recurso hídrico en Chile ha sido criticado por varias Agencias Multilaterales.

En este país aún existen grandes problemas que complejizan la disponibilidad del recurso para el consumo humano, más de 400 mil personas no cuentan con agua potable y deben ser abastecidas por camiones aljibes. Los problemas de sequías y desertificación que se observan en los últimos años a lo largo del territorio nacional dificultan aún más el escenario.

La necesidad de contar con una normativa interna que explice la obligación del estado a dar cumplimiento a este derecho humano al agua parece ser una tarea inminente.

1) Derecho al Agua:

El recurso hídrico tiene un rol protagónico y es por ello también que desde hace un tiempo la preocupación por el agua y su gestión se ha ido reconociendo como un factor determinante para el desarrollo y el acceso a este recurso como un derecho humano fundamental. El derecho al acceso al agua y al saneamiento forman parte de los Derechos Humanos de primera generación por tratarse de un derecho intrínseco a la naturaleza humana, deriva del derecho a un nivel o calidad de vida adecuada y del derecho a la salud, siendo indispensable para asegurar condiciones humanas mínimas de existencia; por lo que la función gubernamental deviene únicamente en reconocerlo y regularlo.

2) Regulación internacional vigente:

El derecho humano al agua es reconocido en varios instrumentos jurídicos.

- a) Sistemas regionales y universales de DDHH: mecanismos de protección del acceso al agua. Su desarrollo jurídico deviene de la interpretación que realizó el **Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas** durante su 29º sesión (Ginebra, 2002) en la Observación General número 15 titulada “El derecho al agua”: “El derecho humano al agua es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico”
- b) **Asamblea General de las Naciones Unidas**, Resolución A/RES/64/292, Julio 2010: reconoce oficialmente el derecho humano al agua y al saneamiento y asume que el agua potable pura y el saneamiento son esenciales para la realización de todos los derechos humanos. El derecho humano al agua y al saneamiento exige que los servicios estén disponibles y sean inocuos, aceptables, accesibles y asequibles.
- c) **Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas**, Resolución A/HRC/RES/15/9, Septiembre 2010: afirma que el derecho al agua y al saneamiento es parte de la actual ley internacional y confirma que este derecho es legalmente vinculante para los Estados.

3) Condiciones que establece la Resolución de la AG de UN:

- a) **Accesibilidad física y económica:** debe poder accederse a un suministro de agua en el hogar o en sus inmediaciones, así como en el lugar de trabajo, las escuelas, los centros de salud y los centros de detención, sin discriminación de ninguna índole. No establece el derecho a un suministro de agua gratuito. Sin embargo, el acceso a agua potable y

servicios de saneamiento puede tener que ser gratuito, si la persona o familia no pueden pagar. Es una obligación básica del Estado velar por que se satisfagan los niveles esenciales mínimos del derecho, lo que comprende el acceso a la cantidad mínima indispensable de agua. La accesibilidad pone un límite a la facultad de desconexión por falta de pago: la interrupción del servicio por falta de pago no puede llegar al punto de negar a una persona el acceso a una cantidad mínima de agua potable si esa persona demuestra que no está en condiciones de pagar por esos servicios básicos. Es posible reducir la cantidad de agua potable a la que debe tener acceso la persona, pero esa medida no debe impedir el acceso a niveles esenciales del servicio y por lo tanto sólo resulta admisible la interrupción total del servicio cuando exista una fuente alternativa para obtener la cantidad mínima a una distancia no mayor a 1 km. (Colombia y Costa Rica: suspensión del servicio como violación al DHAS en sus Constituciones).

- b) **La disponibilidad** se refiere a la cantidad de agua potable para uso personal y doméstico, y a la protección necesaria de los recursos hídricos. Según datos de la Organización Mundial de la Salud establece que 20 litros de agua potable por persona es la cantidad mínima por debajo de la cual se entiende que no existe un abastecimiento de agua digno.
- c) **Calidad del agua** utilizada para usos domésticos y personales debe ser suficiente para proteger su salud (libre de microorganismos, sustancias químicas o riesgo de radiación).
- d) **Aceptabilidad:** el agua debe tener un color, un olor y un sabor aceptables

4) Otros instrumentos del Derecho Internacional:

El derecho internacional humanitario y el derecho ambiental también protegen expresamente el acceso al agua potable y el saneamiento. Los Convenios de Ginebra (1949) y sus Protocolos adicionales (1977) destacan la importancia fundamental del acceso al agua potable y el saneamiento para la salud y la supervivencia en los conflictos armados internacionales y no internacionales. El Protocolo relativo al agua y la salud del Convenio sobre la Protección y Utilización de los Cursos de Agua Transfronterizos y de los Lagos Internacionales, de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas, de 1992, dispone que los Estados partes deben adoptar medidas apropiadas para asegurar el acceso a agua potable y saneamiento y proteger los recursos hídricos utilizados como fuentes de agua potable contra la contaminación. El Convenio africano sobre la conservación de la naturaleza y los recursos naturales (2003) también establece que los Estados contratantes se esforzarán por garantizar a sus poblaciones un suministro suficiente y continuo de agua adecuada.

La Organización Mundial de la Salud elabora normas internacionales relativas a la calidad del agua y la salud de las personas en forma de guías en las que se basan reglamentos y normas de países de todo el mundo, en desarrollados y desarrollados.

5) **Situación en Chile:**

Pese a su progresivo reconocimiento y proclamación como parte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos no se ha generado un impacto en el ordenamiento nacional como para reconocer expresamente el derecho de todos a disponer de agua potable y saneamiento.

El art. 19 de la Constitución Política no contiene referencia alguna al agua como un Derecho Humano, pero sí reconoce y protege la propiedad que sobre el derecho de aprovechamiento tiene su titular; garantiza el derecho a la vida (nº 1), y también el derecho a la protección de la salud; consagra también el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (nº 8). Por tanto, el derecho al agua se presenta como un derecho derivativo que depende de la interpretación jurídica.

Entonces, ¿por qué privársele de un contenido propio o darle un contenido incompleto y, en casos más graves, transformarlo en un derecho dependiente en sus aspectos funcionales?

Algunos derechos implícitos de origen internacional se incorporan mediante el art. 5, inciso 2 de la Constitución (contenidos en los tratados internacionales firmados y ratificados por Chile). Los derechos esenciales que emanen de la naturaleza humana, asegurados en tratados internacionales, o en el texto mismo del Código Político o en cualquier otra fuente formal, constituyen un límite a la soberanía, e incluso al poder constituyente (art. 9).

En Chile se ha seguido un sistema de adecuación del orden jurídico interno a la normativa internacional y, “a pesar del planteamiento doctrinario de que los derechos esenciales reconocidos por la normativa internacional obligan a todo órgano estatal, en cuanto debe respetarlos y promoverlos, ha prevalecido la posición de que, mientras no se adecue el orden constitucional y legal, las normas internas mantendrán su vigencia y prevalecerán frente a la preceptiva internacional, descartándose así su derogación tácita” (Pfeffer Urquiaga, 2003).

Asimismo, el Tribunal Constitucional en su rol de intérprete final de la Constitución ha seguido esta misma tendencia en sus pronunciamientos sobre la materia, y ha reconocido la prevalencia, en el orden interno, de los preceptos constitucionales sobre las disposiciones de un tratado. Como argumento fundamental se señala que el accionar es consecuente con el sistema jurídico ya que la interpretación contraria significaría permitir, implícitamente, una reforma de la Carta Fundamental por un modo distinto del establecido en su articulado. Un ejemplo de ello es la

sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 309, del 4 de agosto del año 2000, en que se destaca la gravedad que supone para un Estado declarar como inconstitucional las normas de un tratado internacional (firmado y ratificado por dicho estado) por parte de un órgano jurisdiccional interno; y se señala la obligación del intérprete de hacer todos los esfuerzos, “*dentro de lo permitido por la Ley Suprema del respectivo Estado*”, para encontrar una interpretación conciliatoria entre las normas de un Tratado y los preceptos de la Constitución. Aquí, por tanto, se reafirma la prevalencia del orden jurídico interno sobre el internacional, más allá de asumir y comprender el impacto a nivel internacional de no dar cumplimiento a la letra de un tratado.

En varias ocasiones, la Corte Suprema y los Tribunales Ordinarios enfrentados a resolver casos donde se ven enfrentadas la aplicación de una norma internacional y una ley, han tendido a darle efectividad a la primera siempre que ésta proteja con mayor amplitud un derecho y no contradiga la letra de la norma interna.

Problemática: Tendencia general (Europa³ y América Latina) al internacionalismo o Estado abierto: incorporación del DI con prevalencia sobre el derecho interno. Chile: hermetismo constitucional o modelo nacionalista. A pesar del planteamiento doctrinario de que los derechos esenciales reconocidos por la normativa internacional obligan a todo órgano estatal, en cuanto debe respetarlos y promoverlos, ha prevalecido la posición de que, mientras no se adecue el orden constitucional y legal, las normas internas mantendrán su vigencia y prevalecerán frente a la preceptiva internacional, descartándose así su derogación tácita.

Proyecto de reforma al código de aguas explica: “(...) se entenderán comprendidas bajo el interés público las acciones que ejecute la autoridad para resguardar el consumo humano y el saneamiento, la preservación ecosistémica, la disponibilidad de las aguas, la sustentabilidad acuífera y, en general, aquellas destinadas a promover un equilibrio entre eficiencia y seguridad en los usos productivos de las aguas. El acceso al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial e irrenunciable que debe ser garantizado por el Estado.”

³ En Austria: «Se consideran parte integrante del ordenamiento federal las normas generalmente reconocidas del Derecho Internacional». Por su parte en España: «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretaran de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España». La Constitución de Grecia: «Forman parte del derecho helénico y tendrán un valor superior a toda disposición en contrario de la ley las reglas del Derecho Internacional generalmente aceptadas, así como los tratados internacionales, una vez ratificados por vía legislativa y entrados en vigor con arreglo a las disposiciones de cada uno». También «Irlanda acepta los principios generalmente reconocidos del derecho internacional como regla de conducta en sus relaciones con los demás Estados». Mientras que la Constitución de Italia dice: «El ordenamiento jurídico italiano se ajustará a las normas del Derecho Internacional generalmente reconocidas». Por último en Portugal: «Las normas y los principios del Derecho Internacional general o común forman parte integrante del derecho portugués».

El actual modelo de gestión del recurso hídrico en Chile ha sido criticado por varias Agencias Multilaterales, como la OCDE en su informe “Evaluaciones de Desempeño Ambiental: Chile 2016”, debido a la extrema concentración que permite de los derechos de agua. El informe de “Evaluaciones del desempeño ambiental: Chile 2016” de la OCDE, señala que en este país: - Persisten asignaciones excesivas y una extrema concentración de los derechos de agua; - Existen casos de sobreexplotación y contaminación en varios acuíferos del país; - Subsiste una falta de conocimiento de los recursos hidrológicos, exigencia básica para una gestión eficaz del agua; - Se requiere mejorar la transparencia del registro público del agua.

Además, de las 346 comunas del país, cerca de 80 se encuentran en categoría grave y sin disponibilidad del recurso para el consumo humano. Además, más de un 65% del territorio nacional se ve afectado por sequías y desertificación. Un dato que complejiza aún más este escenario es que más de 400 mil personas en el país no cuentan con agua potable y deben ser abastecidas por camiones aljibes.

En la Zona Norte (regiones XV, I, II y III) se observan problemas entre los habitantes locales que requieren consumir agua potable con el sector minero, que usa una gran cantidad de agua para sus procesos productivos. Actualmente los derechos de uso consuntivos de agua en el norte están otorgados principalmente al sector minero, tanto aguas superficiales como subterráneas (DGA 2014). En la Zona Centro (desde las regiones de Coquimbo al Maule), en temporadas estivales con escasez de agua, existe competencia entre tipos de uso consuntivo y no consuntivo, principalmente entre agricultores e hidroeléctricas respectivamente. En la cuenca del río Aconcagua, que abastece de agua potable a grandes ciudades y riega una extensa agricultura basada principalmente en monocultivos para la exportación (palto y frutales), las aguas superficiales reciben grandes cargas de relaves y contaminantes de los procesos productivos mineros, lo que atenta contra la salud humana. En la Zona Sur (regiones del Bío Bío, Araucanía, los Ríos y Los Lagos), el sector forestal con sus monocultivos de especies arbóreas de rápido crecimiento (*Pinus* y *Eucalyptus*), altamente demandantes de agua, generan dificultades de acceso al agua por parte de las comunidades y usuarios finales que son abastecidos por camiones aljibes.

Contar con una normativa interna que explice la obligación del estado a dar cumplimiento a este derecho humano al agua evitaría los inconvenientes antes mencionados que deben enfrentar los intérpretes de la norma suprema.

6) Situación en otros países

Numerosas constituciones contienen referencias explícitas al derecho al agua, entre ellas las de Ecuador, el Estado Plurinacional de Bolivia, la República Democrática del Congo, Sudáfrica, Uganda y el Uruguay.

El derecho a servicios de saneamiento también se consagra en algunas constituciones y legislaciones nacionales, como las de Argelia, el Estado Plurinacional de Bolivia, las Maldivas, Sri Lanka, Sudáfrica y el Uruguay.

Otras constituciones aluden a la responsabilidad general del Estado de asegurar el acceso al agua potable y el saneamiento.

El estado argentino, al igual que otros, han otorgado jerarquía constitucional a los tratados internacionales firmados y ratificados por el país. Al suscribir e incorporar como legislación interna los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, se obligó a hacer efectivo el derecho fundamental de acceso al agua potable.

7) Opinión de los stakeholders:

a) Usuarios/ consumidores:

Movimiento de defensa por el acceso al agua, la tierra y la protección del medio ambiente (Petorca): En la región de Valparaíso el 90 por ciento del territorio está destinado al cultivo de paltas de exportación, lo que demanda grandes cantidades de agua. Los empresarios se instalaron en zonas no aptas para este tipo de cultivos e incurrieron en modalidades de extracción de flujos del agua no regulados: la apropiación de las cajas de los ríos mediante la corrida de cercos, la construcción de drenes para capturar las aguas subterráneas y la construcción de pozos sin derechos de aguas legalmente constituidos. Dos ríos de esta zona han sido declarados agotados: el río Petorca desde 1997, y el río Ligua desde 2004. En un escenario de déficit hídrico drenaron los ríos, es decir, se construyeron obras de ingeniería para capturar el agua subterránea y trasladaron el agua a sus explotaciones agrícolas.

En las cuencas hidrográficas de Petorca y La Ligua se viola de forma permanente el derecho humano al agua, tal como lo consignan el Informe de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales del año 2013 y el Informe de la Misión de Observación del Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) del año 2014.

Ellos sostienen que es necesario: "Recuperar el agua para todas y todos, restituir la propiedad del agua al dominio de la tierra, terminar con la mercantilización de un bien nacional que debe ser de uso y dominio público, recuperar nuestra soberanía sobre un recurso indispensable para la vida de las personas.

El agua es un Derecho Humano, y los que la usurpan cometan delitos de lesa humanidad, delitos que atentan contra la vida de las generaciones presentes, y también futuras.”

Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH): En ciertas comunidades se observa priorización de la función productiva del agua por sobre su función de consumo humano. Solicita revertir esta situación y priorizar la garantía del consumo humano.

Se detectan desafíos normativos y regulatorios del régimen de aguas chileno para cautelar la integridad de los ecosistemas, garantizar las funciones ambientales, sociales y económicas que tiene el agua, y eliminar brechas de acceso a este recurso vital (INDH, 2017).

b) Empresarios: establecer al agua como un bien nacional de uso público es vista como una amenaza para empresas asociadas al agro. El presidente de la Sofofa, Hermann von Mühlenbroc sostiene que esta modificación “tiene un impacto mucho más allá de lo económico, además de vulnerar un derecho fundamental como es el derecho de propiedad privada de un bien que las personas y las empresas tienen” (cooperativa.cl, 2016).

Referencias bibliográficas

- Asamblea General de Naciones Unidas, "El derecho humano al agua y el saneamiento". Resolución 64/292, 3 de agosto de 2010.
- Cooperativa.cl, "Empresarios acusan "expropiación encubierta" por reforma a Ley General de Aguas", 17 de octubre de 2016. Disponible en <https://goo.gl/NqXvxp>
- DGA - Dirección General de Aguas. 2014. Catastro público de aguas. Disponible en: <https://goo.gl/fwGVKW>
- Estévez Valencia, Carlos, 2016. "Proyecto de ley de reforma al Código de Aguas", Ministerio de Obras Públicas Boletín 7543-12.
- Instituto Nacional de Derechos Humanos, "Situación del derecho al agua en Chile", Presentación del INDH ante la Comisión de Recursos Hídricos y Desertificación de la H. Cámara de Diputados, 15 de marzo de 2017. Disponible en <https://goo.gl/E95bcE>
- Menéndez Rexach, Ángel, 2011. "El derecho al agua en la legislación española", AFDUC, 15: 53-84.
- Minaverry, Clara y Echaide, Javier (Coord.), 2016. Derecho de Aguas y Derecho Ambiental. AbeledoPerrot, Buenos Aires, Argentina.
- Naciones Unidas, Derechos Humanos, Organización Mundial de la Salud, "El derecho al agua", Folleto Informativo N° 35.
- OCDE-CEPAL, 2016. Evaluaciones de Desempeño Ambiental Chile.
- Ochoa Tobar, Fernando, 2011. "Algunas reflexiones en torno al derecho al agua, en especial sobre su recepción y ejecutabilidad en el ordenamiento jurídico chileno", Derecho y Humanidades, 18: 213-226.
- Pfeffer Urquiaga, Emilio, 2000. Los tratados internacionales sobre derechos humanos y su ubicación en el orden normativo interno, *Ius et Praxis*, 9 (1).
- Pinto Mauricio, 1014. "Origen, evolución y estado actual del Derecho Al Agua en América Latina", Revista Bioderecho, 1(1): 1-54.
- Pinto, Mauricio y Liber, Martín, 2015. "Los mecanismos legales de acceso al agua en las provincias áridas del oeste argentino: principios y características comunes", Revista FCA UNCUYO, 47 (1): 145-157.
- Tribunal Constitucional, 21 diciembre 1987, Rol N° 46.
- Tribunal Constitucional, 4 agosto 2000, Rol N° 309.

- Vergara Blanco, Alejandra, 2015. "El acceso al agua potable y al saneamiento ante el derecho chileno", en Malgarejo Moreno, J.; Molina Jiménez, A.; Ortega Jiménez, A. (Coords.), El acceso al agua potable y al saneamiento ante el derecho chileno.
- Corte Suprema, 24 octubre 1997, R.G.J Nº 208.

BORRADOR