

AGUA: **FUNDAMENTO** **PARA LA VIDA DIGNA**

María Josefina Correa Pérez
Abogada, Magister en Derecho Público.
Directora Política Greenpeace

contexto+

Resumen

Un debate constitucional versa sobre los límites y fundamentos de la organización política y social de un país, establece las bases para proveernos un espacio adecuado para desarrollarnos como seres humanos. El agua es un elemento vital y esencial para permitir ese desarrollo. Es urgente revisar el texto constitucional a la luz de la crisis climática y ecológica, y de los conocimientos científicos, puesto que nuestro territorio sufrirá de estres hídrico. Urge un nuevo modelo de acceso a estos bienes comunes naturales, de democratización de la gestión y redefinición del rol del Estado en asegurar una gestión centrada en la protección de la vida.

Palabras Clave:

Agua, crisis climática, medio ambiente.

Agua: un debate constitucional



El agua es un elemento de la naturaleza, teorías sobre el origen en la tierra todavía se debaten a nivel científico, pero lo que es sin duda una certeza es que su presencia es precondición para que se produzca el fenómeno de la vida, y por supuesto la de nuestra especie. El agua cubre un 70% de la superficie del planeta, de esta cifra solo un 2,5% corresponde a agua fresca de ríos, lagos, acuíferos, y únicamente un 0,62% de la muestra es apta para el consumo humano, agrícola e industrial¹. Por lo que, sin perjuicio de la constancia de su presencia como elemento en la Tierra, el agua dulce es un bien escaso y ha incrementado tal condición debido a la pérdida de su calidad, contaminación, asignación, y a las alteraciones producidas por el cambio climático.

Cuando nos preguntamos cómo, quién o con qué legitimidad una persona o un grupo de personas controla un elemento como el agua, que no es producto del invento humano, debemos respondernos que, históricamente, las estructuras de poder y dentro de ellas, las normas, han otorgado la legitimidad de la apropiación de las aguas, a través de dos instituciones: la propiedad y la soberanía².

Ambos conceptos, propiedad y soberanía, están estrechamente vinculados al alcance del debate constitucional que comienza en Chile. La idea de soberanía otorga al Estado el poder de dictar y hacer cumplir normas en lo que se reconoce como su territorio, y con ello la determinación de los lími-

-
1. Banco Interamericano de Desarrollo. (2017). Documento de marco sectorial de agua y saneamiento: división de agua y saneamiento.
 2. Misma suerte de los otros bienes, elementos naturales o recursos naturales. En este sentido, Dominique Hervé ha sostenido que “el ordenamiento jurídico regula el acceso, uso y aprovechamiento de los recursos naturales basándose fundamentalmente en dos instituciones: la propiedad y la soberanía”. Documento de marco sectorial de agua y saneamiento: división de agua y saneamiento.

tes de la propiedad pública y la privada sobre las aguas. La pública, enfocada en administrar, controlar, explotar y proteger todo aquel dominio que se le reconoce al Estado, como las aguas, las minas, las playas. Y por su parte, la propiedad privada, entendida con los límites de la actual Constitución, es parte estructurante del modelo económico chileno, altamente basado en la extracción de la naturaleza, intensivo en el uso industrial del agua, cuestión que quedó reforzada a escala constitucional como veremos más adelante.

De manera que, la próxima Constitución en Chile, no sólo ha de superar un modelo cuyas injusticias sociales, económicas, culturales y ambientales se hicieron inviables en términos democráticos, sino que ha de ser capaz de repensar las condiciones bajo las cuales se resguarda lo público en el derecho que se reconoce al Estado de asignar aguas. A su vez, debe redefinir qué tipo de propiedad y qué límites tiene la asignación a particulares para efectos de resguardar el bienestar colectivo, y cómo garantizaremos el acceso equitativo y justo a este bien natural, cuando nos enfrentamos a un contexto adverso en materia de riesgo hídrico producto del cambio climático.

Estas redefiniciones son urgentes, puesto que el modelo de gestión del agua en Chile ha fracasado. Actualmente el 47% de la población rural de Chile no tiene seguridad hídrica; las cuencas han sido sobreotorgadas hasta siete veces, con un promedio nacional de sobreotorgamiento que se eleva a tres veces, sin que sepamos quienes son efectivamente los dueños; además, nos encontramos asumiendo costos derivados de las inundaciones y las sequías, que se evalúan en 9 mil millones de dólares. Recuperar la gestión del agua, proteger los equilibrios ecosistémicos de los principales sistemas hídricos, así como repensar la estructura que ha de tener la gestión para el uso y acceso equitativo de todos es un imperativo, para con esta sociedad, la futura, y la enorme diversidad de plantas y animales que nos acompañan a cohabitar esta larga y angosta faja de tierra.

a) La privatización de las aguas a la luz de la Constitución de 1980



En Chile, la palabra agua sale solo una vez nombrada en la Constitución, específicamente dentro del derecho de propiedad, para explicitar que el derecho de aprovechamiento de las aguas le otorga a quien lo detente un tipo de propiedad. Bajo esta idea, el ordenamiento jurídico le otorga a la concesión sobre las aguas una protección asimilable a la de los derechos humanos, y por lo mismo se le otorga acción constitucional de protección, la que pueden ejercer solo los dueños de los derechos de agua cuando vean amenazado o perturbado su derecho de propiedad. Lo que configura una protección constitucional más elevada que otros derechos humanos, como por ejemplo el derecho a la salud, la alimentación, la vivienda o precisamente al derecho de acceso humano al agua.

En definitiva, el acceso a los recursos o elementos naturales se explica a través de la institución de la propiedad, tanto la pública como la privada, de su regulación e interpretación tanto legal como constitucional (Hervé, 2019). Sobre este punto es relevante observar que en lo referido al agua, la legislación³ reconoce que esta es un bien nacional de uso público. Sin embargo, la constitución protege la asignación privada que se hace de las minas y las aguas, ganando esta última un resguardo más efectivo que cualquier otro interés público. El objeto de ello, era precisamente fortalecer y dar certeza a un modelo económico que se dedica principalmente a la extracción primaria de recursos naturales, y por lo tanto con una utilización intensiva del agua. Tal como señala la OCDE en su informe de desempeño ambiental el 2016, el crecimiento de Chile basado en los recursos naturales ha incrementado el riesgo de escasez de recursos hídricos, pérdida de hábitat y contaminación del suelo y de los recursos hídricos (OCDE, 2018).

En definitiva, la consagración constitucional “del derecho de propiedad privada sobre el derecho de aprovechamiento de aguas (...) minimiza el rol del Estado en la determinación del acceso, uso y aprovechamiento de los recursos naturales” (Hervé, 2019) para el bienestar colectivo, y por lo tanto, para la justicia que debe regir en su acceso. Lo anterior se suma

3. Código de Aguas y Código Civil.

a la falta de transparencia en las políticas de desarrollo del país, que han terminado deformando el objetivo final que supone resguardar el Estado cuando utiliza y dispone el aprovechamiento de los bienes comunes, esto es, promover el bien común.

Al amparo de la Constitución de 1980, el modelo legal creado para su implementación separa el agua de la tierra para formar un mercado de derechos de agua. Las cuencas se gestionan segmentadas y participan de las decisiones que inciden en la sustentabilidad de las aguas sólo quienes son dueños de derechos de agua. Conforme a las normas, son dueños las mineras, quienes constituyen derechos a través de las normas del código de aguas, aquellos establecidos por tribunales y los dueños de pozos para agua de subsistencia. El modelo de gestión actual ha permitido una gran concentración de las aguas en manos de grandes empresas, y hay brechas de información que son claves para asegurar la gestión pública de un bien común como el agua. Por ejemplo, se desconoce quienes son efectivamente dueños, qué cantidad efectiva de agua se extrae, y a qué valor se tranza.

Bajo este status quo normativo, en Chile no existe reconocimiento ni garantía expresa del derecho al acceso humano al agua, ni a su protección para la función ecosistémica, de alimentación o de subsistencia, lo que coloca a la población nacional ante un riesgo elevado, si tomamos como base científica el pronóstico de estar el territorio nacional en una condición de sequía persistente. Pese a que este año se cumplió una década desde que Naciones Unidas reconociera explícitamente que el agua potable limpia y el saneamiento son esenciales para vivir dignamente, y condición previa para la realización de los demás derechos humanos, en Chile millones de personas ven vulnerados sus derechos producto de un modelo de gestión que antepone intereses económicos por sobre la integridad de la vida humana y de la naturaleza.

b) Consagración del agua a nivel constitucional. Experiencia comparada.



El agua es un elemento natural cuya presencia es estructurante para la organización de la sociedad en el territorio. Acceder a ella es esencial para asegurar la vida, la salud, el alimento y en el caso de Chile, además, las actividades que sostienen el modelo económico intensivo en la extracción de recursos o bienes naturales, única función que fue protegida por la actual Constitución. De manera que, si se pretende proteger el derecho humano al agua para los humanos y la sustentabilidad de los ecosistemas, se debe necesariamente pensar cómo van a interactuar las normas referidas a la propiedad y a las funciones del Estado en la administración de los bienes naturales.

El acceso humano al agua en una escala constitucional deriva de la interpretación progresiva de los derechos fundamentales, y se evidencia solo como un fenómeno reciente. En efecto, al contrastar comparativamente diferentes textos constitucionales (Fernández, 2020) es posible observar que la elevación constitucional del agua se encuentra asociada a aspectos tales como: la determinación constitucional de su naturaleza jurídica, los límites y alcances de las facultades de gestión que tienen los Estados sobre el agua, distribución de competencia con órganos descentralizados, cuestiones de interés colectivo de la gestión del agua, prohibir la privatización de las mismas o en algunos casos, para referirse a las condiciones del uso de quien tiene asignado uso del agua y, paradigmáticamente en la Constitución de Chile, única en su especie se eleva a rango constitucional la protección de los derechos de particulares sobre el agua.

El derecho de acceso humano al agua fue reconocido por primera vez en el año 2002 por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que en su Observación General No 15, indica que el “agua es un recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud. **El derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos**”. Ocho años más tarde, la Asamblea General de las Naciones Unidas declaró, “el acceso seguro a un agua

-
2. Lambert (1921).
 3. Shapiro y Stone (1994).

potable salubre y al saneamiento” como un derecho humano fundamental. De acuerdo a tal definición el derecho humano al agua dice relación con los criterios de disponibilidad, calidad, aceptabilidad, accesibilidad y asequibilidad, del acceso al agua potable por parte de la población y el tratamiento de las aguas servidas, e impone a los Estados deberes en materias de elaboración y monitoreo de políticas públicas y por otra, deberes de transparencia y acceso a la información (Moraga, 2020).

Entre los países que han reconocido el derecho al agua se encuentran : Bolivia (artículo 16): “Toda persona tiene derecho al agua y a la alimentación”; Cuba (artículo 76): “Todas las personas tienen derecho al agua”; Ecuador (artículo 32): “La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir”; Túnez (artículo 44): “El derecho al agua está garantizado” (Moraga, 2020).

Reconocer y dar garantía al derecho humano al agua es una cuestión que debiese ser angular a la propuesta constitucional, pero sin duda la efectividad de su consagración solo se verificará en la medida que se redefina la función y los deberes que tendrá el Estado cuando administre bienes comunes como el agua, y en el equilibrio que debe alcanzarse con los intereses económicos. La amplitud que se otorgue a la función pública de protección del derecho al agua debiese conducir a un rol más activo del Estado en la protección de la justicia ambiental, en el acceso equitativo a los bienes comunes.

En este sentido es relevante lo que indica la Constitución de Ecuador al respecto:

“El Estado promoverá, en el sector público y privado, el uso de tecnologías ambientalmente limpias y de energías alternativas no contaminantes y de bajo impacto. La soberanía energética no se alcanzará en detrimento de la soberanía alimentaria, ni afectará el derecho al agua” (artículo 15).

“El Estado promoverá la eficiencia energética, el desarrollo y uso de prácticas y tecnologías ambientalmen-

te limpias y sanas, así como de energías renovables, diversificadas, de bajo impacto y que no pongan en riesgo la soberanía alimentaria, el equilibrio ecológico de los ecosistemas ni el derecho al agua” (artículo 413).

O la Constitución de la Confederación Suiza que señala que:

“1. La Confederación, dentro del ámbito de sus competencias, garantizará el uso económico y la protección de los recursos hídricos y proporcionar protección contra la efectos nocivos del agua.

2. Establecerá principios sobre la conservación y explotación del agua, el uso de agua para la producción de energía y para propósitos de refrigeración, así como sobre otras medidas que afectan el ciclo del agua.

3. Legislará la protección del agua, la garantía de un caudal residual adecuado, la ingeniería hidráulica y la seguridad de las presas, y sobre las medidas que influyen precipitación.” (Art. 76)

Por último, en lo referido al aspecto de gestión comunitaria del agua, esta ha sido recogida en los procesos constitucionales latinoamericanos como los de Bolivia, al consagrar que “el Estado reconocerá, respetará y protegerá los usos y costumbres de las comunidades, de sus autoridades locales y de las organizaciones indígena originaria campesinas sobre el derecho, el manejo y la gestión sustentable del agua.” (art 374), y la de Ecuador, que es mucho más explícita en señalar que “[l]a gestión del agua será exclusivamente pública o comunitaria (...) El Estado fortalecerá la gestión y funcionamiento de las iniciativas comunitarias en torno a la gestión del agua y la prestación de los servicios públicos, mediante el incentivo de alianzas entre lo público y comunitario para la prestación de servicios.” (art 318)

c) Puntos claves para una nueva constitución.



Los elementos antes presentados esperan sentar las bases de lo que debiese ser un nuevo enfoque constitucional en el modelo de gestión del agua, que provea un acceso más justo y equitativo para los seres humanos y la naturaleza. Para este proceso que se inicia con el debate constitucional es elemental tener una regulación que permita proteger las aguas para su función esencial que es la vida y el bienestar común, se requiere garantizar el derecho al agua para seres humanos y ecosistemas, pero se requiere sobretodo de una revisión respecto de la función pública y los deberes a los que debe ajustarse el Estado en la administración de bienes comunes con miras a resguardar el desarrollo humano bajo valores, principios democráticos y con claro enfoque de derechos humanos.

Es relevante recoger la experiencia de redacción e implementación de textos comparados constitucionales, e incorporar a la discusión criterios claves del territorio nacional en sus diferentes escalas con miras a avanzar hacia un estatuto público de la administración de las aguas. Urge reorientar los límites a los que el propio Estado se encuentra obligado en la gestión del agua, como por ejemplo el principio de responsabilidad climática o de justicia ambiental intergeneracional. Asimismo, se requiere dotar de coherencia a las condiciones sobre las cuales se otorgan sobre concesiones, y como estos límites se aplican a los conceptos de propiedad y de libertad económica cuando lo que se tiene privativamente es un bien común como el agua.

Otro elemento relevante a considerar es la necesidad de fortalecer la gestión comunitaria del agua, reconocer la diversidad y enorme complejidad de su gestión en un territorio altamente diversificado en su realidad hídrica, como asimismo, redefinir instrumentos directos para la participación en la toma de decisión de asuntos públicos en materias de agua, que importen participación efectiva y democracia directa sobre asuntos que afecten a la colectividad, como plebiscitos y referendums. Además, es clave no abandonar la posibilidad de innovar un texto específico a las necesidades ambientales de Chile, como por ejemplo, avanzar hacia un ordenamiento territorial con enfoque ecosistémico, revisan-

do la división política y administrativa del país a través de cuencas y su manejo integrado.

Por ahora, el primer paso es incidir en configurar las fuerzas políticas necesarias no solo para vetar normas inaceptables para una gestión del agua con enfoque en derechos humanos, como la garantía sobre las concesiones, sino que para avanzar sustancialmente en las bases de un modelo de gestión del agua que ponga en el centro la salud humana y planetaria.



Referencias

Banco Interamericano de Desarrollo. (2017). Documento de marco sectorial de agua y saneamiento: división de agua y saneamiento.

Hervé, Dominique. (2019) Tratamiento Constitucional de los Recursos Naturales en el contexto de la Justicia Ambiental.

----- (2019) Justicia Ambiental y recursos naturales. Centro de Resiliencia del Clima. Policy Brief N° 11. Noviembre 2019. . Recuperado de <http://leycambio-climatico.cl/wp-content/uploads/2019/11/Dominique-Herv%C3%A9-Justicia-y-recursos-naurales.pdf>

Fernandez, Juan Esteban. (2020) Derechos de aguas en las constituciones del mundo. Laboratorio Constitucional Universidad diego Portales.

Fundación Amulen (2019) Pobres de agua. Radiografía del agua rural de Chile: Visualización de un problema oculto. Recuperado de <http://www.fundacionamulen.cl>.

Moraga, Pilar (2020). La protección constitucional del Medio Ambientedel siglo XXI, Informe en derecho encargo Greenpeace. Inédito.

Naciones Unidas (2002). Observación general N° 15 : El derecho al agua. Consejo económico y social. Comité de derechos económicos, sociales y culturales. Naciones Unidas

Pulgar martinez, Antonio. (2019) El agua en la constitución chilena y el nuevo constitucionalismo latinoamericano: Perspectiva desde el Derecho Humano al Agua. Memoria para optar al grado de Licenciado de Ciencias jurídicas y sociales. Facultad de Derecho Universidad de Chile

OCDE, Evaluaciones de Desempeño Ambiental, 2016.