

**ANUARIO
DE DERECHO
PÚBLICO**

2022

**UNIVERSIDAD
DIEGO
PORTALES**

VV.AA, Ediciones Universidad Diego Portales, Domingo Lovera (editor) /
Anuario de Derecho Público 2021

Santiago de Chile: la universidad: Facultad de Derecho de la universidad, 2021,
1ª edición, p. 674, 17 x 24 cm.

Dewey: 341.4810983

Cutter: An89

Colección Derecho

Incluye palabras de Decano de la facultad Jaime Couso Salas y Domingo Lovera Parro director del anuario. Con notas al pie.

Cátedra Jorge Huneeus Zegers “¿Hacia una transformación constitucional viable en Chile?” por Rosalind Dixon.

Materias:

COVID-19 (Enfermedad). Chile.

Derecho ambiental. Chile. Cambio climático.

Chile. Constitución 1980.

Reformas constitucionales. Chile.

Migrantes.

Derecho internacional. Chile.

Pandemia.

Estallido social. Chile.

Estados de excepción constitucional. Chile.

Prisioneros políticos. Chile.

Ahorro para el retiro.

Pensiones. Chile.

ANUARIO DE DERECHO PÚBLICO 2022

© Domingo Lovera (editor), 2022

© VV.AA., 2022

© Ediciones Universidad Diego Portales, 2022

Primera edición: diciembre de 2021

ISBN 978-956-314-506-9

Universidad Diego Portales

Dirección de Publicaciones

Av. Manuel Rodríguez Sur 415

Teléfono (56 2) 2676 2136

Santiago – Chile

www.ediciones.udp.cl

Diseño: Mg estudio

Impreso en Chile por Salesianos Impresores S. A.

11. JURISPRUDENCIA SOBRE DERECHO AL AGUA

Rodolfo Figueroa¹

Resumen

El año 2021 hubo un caso sobre derecho al agua ante la Corte de Apelaciones de Arica. El caso no llegó a la Corte Suprema. La corte de Arica rechaza el recurso, pero existe un voto disidente que recoge doctrina de la Corte Suprema dictada del año anterior, el 2020. En esa doctrina decepciona el derecho internacional de los derechos humanos, que reconoce el derecho de acceso al agua, bajo ciertos estándares.

1. Presentación

En Chile ha habido varios casos en que se ha litigado por el derecho al agua. En este capítulo me referiré a un caso del año 2021, resuelto por la Corte de Apelaciones de Arica.² La Corte rechaza el recurso, pero existe un voto disidente que reitera doctrina de la Corte Suprema, sobre acceso al agua.

2. El reconocimiento normativo del derecho al agua

El derecho al agua no se encuentra reconocido en el listado de derechos del artículo 19 de la Constitución. Una referencia al agua existe en el inciso final del artículo 19 N° 24, que recepciona el derecho de propiedad: “Los derechos de los

1 Profesor titular de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Correo: rodolfo.figueroa@udp.cl

2 Corte de Apelaciones de Arica, Rol N° 23-2021, 03-03-2021. Un caso de derecho al agua del 2020 se puede revisar en el texto de Rojas, Christian, “El derecho humano al agua frente a los desafíos de una Nueva Constitución Política”, en Anuario de Derecho Público 2021, (Facultad de Derecho. Universidad Diego Portales), 2021.

particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos.” Evidentemente, en ese precepto no se reconoce un derecho al agua, sino que se explicita que sobre ella recae el derecho de propiedad. El acceso al agua ciertamente se encuentra está regulado a nivel legal e infralegal.³

El derecho al agua tampoco está señalado, de manera explícita, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Sin embargo, el PIDESC sí reconoce el derecho de toda persona “...a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia...”⁴ Pues bien, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) del PIDESC ha interpretado ese artículo 11.1, deduciendo de esos derechos, el derecho al agua. En efecto, el Comité DESC ha elaborado una extensa observación, la Observación General N° 15, referida al Derecho al Agua. Aquí destacaré sólo dos párrafos básicos:

“2. 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. Un abastecimiento adecuado de agua salubre es necesario para evitar la muerte por deshidratación, para reducir el riesgo de las enfermedades relacionadas con el agua y para satisfacer las necesidades de consumo y cocina y las necesidades de higiene personal y doméstica.”

“3. En el párrafo 1 del artículo 11 del Pacto se enumeran una serie de derechos que dimanar del derecho a un nivel de vida adecuado, “incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados”, y son indispensables para su realización. El uso de la palabra “incluso” indica que esta enumeración de derechos no pretendía ser exhaustiva. El derecho al agua se encuadra claramente en la categoría de las garantías indispensables para asegurar un nivel de vida adecuado, en particular porque es una de las condiciones fundamentales para la supervivencia. Además, el Comité ha reconocido anteriormente que el agua es un derecho humano amparado por el párrafo 1 del artículo 11 (véase la Observación general N° 6 (1995)). El derecho al agua también está indisolublemente asociado al derecho al más alto nivel posible de salud (párrafo 1 del artículo 12) y al derecho a una vivienda y una alimentación adecuadas (párrafo 1 del artículo 11). Este derecho también debe considerarse conjuntamente con otros derechos consagrados en la Carta Internacional de Derechos Humanos, en primer lugar el derecho a la vida y a la dignidad humana.”

3 Para una comprensión sistemática de la regulación chilena sobre acceso al agua, ver el excelente texto de Rojas, citado en la nota anterior.

4 Art. 11.1. del PIDESC.

En esos párrafos, se aprecia que el Comité DESC desprende el derecho al agua del:

- derecho a un nivel de vida adecuado,
- derecho a alimentación adecuada,
- derecho a vivienda adecuada,
- derecho a la salud,
- derecho a la vida, y
- dignidad humana.

La Observación General N° 15 continúa señalando:

“7. (...) los Estados Partes deberían garantizar un acceso suficiente al agua para la agricultura de subsistencia y para asegurar la de subsistencia de los pueblos indígenas.”

“11. El derecho al agua entraña tanto libertades como derechos. Las libertades son el derecho a mantener el acceso a un suministro de agua necesario para ejercer el derecho al agua y el derecho a no ser objeto de injerencias, como por ejemplo, a no sufrir cortes arbitrarios del suministro o a la no contaminación de los recursos hídricos. En cambio, los derechos comprenden el derecho a un sistema de abastecimiento y gestión del agua que ofrezca a la población iguales oportunidades de disfrutar del derecho al agua.”

El parágrafo 12 de la misma Observación General se refiere a una serie de factores que deben cumplirse respecto del acceso al agua:

“a) La disponibilidad. El abastecimiento de agua de cada persona debe ser continuo y suficiente para los usos personales y domésticos. Esos usos comprenden normalmente el consumo, el saneamiento, la colada, la preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica. La cantidad de agua disponible para cada persona debería corresponder a las directrices de la Organización Mundial de la Salud (OMS). También es posible que algunos individuos y grupos necesiten recursos de agua adicionales en razón de la salud, el clima y las condiciones de trabajo.”

“b) La calidad. El agua necesaria para cada uso personal o doméstico debe ser salubre, y por lo tanto, no ha de contener microorganismos o sustancias químicas o radiactivas que puedan constituir una amenaza para la salud de las personas. Además, el agua debería tener un color, un olor y un sabor aceptables para cada uso personal o doméstico.”

“c) La accesibilidad. El agua y las instalaciones y servicios de agua deben ser accesibles para todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas:

Accesibilidad física. El agua y las instalaciones y servicios de agua deben estar al alcance físico de todos los sectores de la población. Debe poderse acceder a un suministro de agua suficiente, salubre y aceptable en cada hogar, institución educativa o lugar de trabajo o en sus cercanías inmediatas. Todos los servicios e instalaciones de agua deben ser de calidad suficiente y culturalmente adecuados, y deben tener en cuenta las necesidades relativas al género, el ciclo vital y la intimidad. La seguridad física no debe verse amenazada durante el acceso a los servicios e instalaciones de agua.

Accesibilidad económica. El agua y los servicios e instalaciones de agua deben estar al alcance de todos. Los costos y cargos directos e indirectos asociados con el abastecimiento de agua deben ser asequibles y no deben comprometer ni poner en peligro el ejercicio de otros derechos reconocidos en el Pacto.

No discriminación. El agua y los servicios e instalaciones de agua deben ser accesibles a todos de hecho y de derecho, incluso a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos.

Acceso a la información. La accesibilidad comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información sobre las cuestiones del agua.”

Cabe recordar que el PIDESC está ratificado por Chile y se encuentra vigente, y que existe un deber de rango constitucional de respetar y promover los derechos contenidos en los tratados internacionales que hayan sido ratificados por Chile y se encuentren vigentes.⁵ Por tanto, las normas sobre derecho al agua contenidas en el PIDESC, interpretadas por el Comité DESC, rigen en Chile. En consecuencia, existe en Chile un derecho al agua, en los términos reconocidos por el PIDESC y el Comité DESC.

Finalmente, cabe decir que la Propuesta de Nueva Constitución, elaborada por la Convención Constitucional y sometida a plebiscito el 4 de septiembre del 2022 y rechazada, reconocía el derecho al agua. El artículo 57 disponía:

“1. Toda persona tiene derecho humano al agua y al saneamiento suficiente, salubre, aceptable, asequible y accesible. Es deber del Estado garantizarlo para las actuales y futuras generaciones.

2. El Estado vela por la satisfacción de este derecho atendiendo las necesidades de las personas en sus distintos contextos.”

Por su parte, el artículo 58 se refería al agua situada en territorio indígenas:

“La Constitución reconoce a los pueblos y naciones indígenas el uso tradicional de las aguas situadas en territorios indígenas o autonomías territoriales indígenas.

⁵ Ver artículo 5 inc. 2° de la Constitución.

Es deber del Estado garantizar su protección, integridad y abastecimiento.”

Como se puede advertir, la Propuesta de Nueva Constitución recogía varias ideas contenidas en la Observación General N° 15.

3. Jurisprudencia sobre acceso al agua: el caso Cerro Chuño. Corte de Apelaciones de Arica, año 2021

Ana Araya González, en calidad de presidenta del comité de allegados “Fuerza de Vida”, PJ N° 4505 y Juana Del Carmen Araya González, ambas por sí mismas, y la última además en calidad de presidenta de la Organización Social y Cultural “Los Peregrinos”, deducen recurso de protección en contra de la empresa Aguas del Altiplano.

Señalan que la recurrida cortó el suministro de agua para los aludidos residentes, de manera no avisada con anticipación, afectando a un grupo de 2.500 y 3.000 personas. Esto sucede en plena crisis sanitaria por el Covid-19. Alegan que se vulneran sus derechos reconocidos en el artículo 19 N°s 1, 2, 8 y 9 de la Constitución.

La zona ocupada por los recurrentes es de propiedad del SERVIU y ha sido declarada inhabitable por la ley N° 20.590, por estar el lugar contaminado con metales pesados, arsénico y plomo. El “programa de intervención en zonas con presencia de polimetales de Arica”, contenido en la referida ley N° 20.590, determinó que los moradores de esa zona hicieran abandono de ella y se trasladaran a otro lugar, definido por el SERVIU, quedando las viviendas desalojadas. Además, los inmuebles quedaron con orden de demolición por razones de salubridad pública y riesgo a la integridad física de las personas que los ocupen.

Los recurrentes, personas de escasos recursos y sin vivienda, aprovecharon esa oportunidad y ocuparon ilegalmente las viviendas, teniendo conocimiento de la situación de insalubridad de lugar.

Mientras tanto, pendiente ese recurso, la Seremi de Salud de Arica y Parinacota instaló, a requerimiento de la corte, 11 estanques de agua potable para abastecer a los recurrentes, dando cumplimiento a todas las exigencias sanitarias.

La recurrida señala que la interrupción del suministro de agua fue efectuada por requerimiento del SERVIU en Oficio Ordinario Reservado N°3332. Añade que los recurrentes no tienen legitimidad activa para requerir suministro de agua, atendida la situación de ocupación ilegal de las viviendas.

La Corte de Apelaciones de Arica rechaza la acción, considerando que la recurrida no ha incurrido en ningún acto arbitrario ni ilegal, atendido el hecho de que se trata de una toma ilegal de viviendas, en una zona declarada inhabitable por ley y con orden de demolición pendiente.

Lo interesante de este caso es que contiene un extenso voto disidente, que aboga solamente por reponer el servicio de agua. Sostiene la ministra disidente:

“1° (...) el Ordinario N° 3332 de 3 de diciembre de dos mil veinte que le envió el Director de Serviu Región de Arica y Parinacota (...) señala que “se requiere posponer en unos días la desconexión del servicio de agua potable y alcantarillado, esto a efecto de tener el tiempo necesario para coordinar e implementar las acciones y medidas destinadas a minimizar el impacto que generará el corte del servicio básico de agua potable en el sector de Cerro Chuño, por lo que solicitamos se postergue el corte de suministro hasta que se complete el período de desalojo del perímetro a demoler, lo que debería concretarse con posterioridad al 15 de enero de 2021”.

“3° El Serviu (...) se encuentra obligado (...), en los términos señalados en los artículos 4 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en orden garantizar el derecho a la vida, y que fuera desarrollado luego por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el concepto de “vida digna”, que incluye, precisamente, el derecho de acceso al agua.”

“A ello se suma que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) de la Organización de Naciones Unidas ha señalado que los Estados tienen el deber de satisfacer la obligación de protección consistente en establecer garantías destinadas a impedir que terceros, incluidos agentes no estatales, menoscaben o pongan en peligro en modo alguno el disfrute del derecho al agua, la cual “(...) comprende, entre otras cosas, la adopción de las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias y efectivas para impedir, por ejemplo, que terceros denieguen el acceso al agua potable en condiciones de igualdad...” (Comité DESC. Observación General N° 15. párr. 23)...”

“...el mismo Comité ha señalado que “[e]l agua debe tratarse como un bien social y cultural, y no fundamentalmente como un bien económico”, y que “los siguientes factores se aplican en cualquier circunstancia: a) La disponibilidad, consistente en el abastecimiento de agua de cada persona, que debe ser continuo y suficiente para los usos personales y domésticos...; la calidad: El agua necesaria para cada uso personal o doméstico debe ser salubre ... c) la accesibilidad: El agua y las instalaciones y servicios de agua deben ser accesibles para todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte”, de manera que, a juicio de esta disidente, tales deberes impedirían al Servicio de Vivienda y Urbanismo, en las condiciones fácticas expuestas en este recurso, proceder a ordenar la desconexión de los servicios de agua potable y alcantarillado a las recurrentes...”

“En el mismo sentido se ha pronunciado la Organización Mundial de la Salud, entre cuyas directrices relativas a la garantía del derecho al agua, (...) las personas deberían acceder al agua en condiciones de igualdad y no discriminación y que la variable económica no puede constituir un factor que excluya de este derecho a los sectores más vulnerables de la población, lo que no implica que ésta sea gratuita, pero sí que no existan barreras económicas que dificulten el acceso a este derecho. De la normativa internacional señalada fluye claro que toda persona, por su calidad de tal, tiene el derecho humano de acceso al agua potable, en condiciones de igualdad y no discriminación; derecho que posee, como correlato, el deber del Estado de garantizar el acceso en las mencionadas condiciones.”

“4°. Tales mandatos internacionales – incorporados a nuestro ordenamiento jurídico interno de la manera establecida en el inciso segundo del artículo 5 de la Constitución (...) obligan, del mismo modo, a esta judicatura y quizás con mayor intensidad, dado que frente a colisiones de derechos como las planteadas en este recurso, la decisión, a juicio de esta disidente, debe inclinarse para la protección de aquel que sea catalogado como derecho humano y se ajuste a los parámetros dados por la normativa interna e internacional, dilucidando tal disyuntiva, además, la Resolución 70/169 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (...), que reafirmando, entre otras, la Resolución 64/292 de 2010 del mismo organismo, exhortó a los Estados miembros (...) a que “a) Garanticen la realización progresiva de los derechos humanos al agua potable y el saneamiento para todas las personas de manera no discriminatoria eliminando al mismo tiempo las desigualdades de acceso, en particular para quienes pertenecen a grupos vulnerables y marginados, por motivos de raza, género, edad, discapacidad, origen étnico, cultura, religión y origen nacional o social o por cualquier otro motivo, con miras a eliminar progresivamente las desigualdades basadas en factores como la disparidad entre las zonas rurales y urbanas, la residencia en barrios marginales, el nivel de ingresos y otros factores pertinentes” y a las instancias “no estatales, incluidas las empresas, tanto transnacionales como de otro tipo, a que cumplan su responsabilidad de respetar los derechos humanos, entre ellos los derechos humanos al agua potable y el saneamiento...”, de manera que (...) sólo cabe a los Tribunales de Justicia arbitrar las medidas necesarias que garanticen, sin distinción, el pleno ejercicio del derecho humano al agua...”

“Y tal actuación judicial se hace aún más imperiosa en consideración a la situación de pandemia que enfrenta el país –y el mundo- en que una de las medidas sanitarias más efectivas para su contención es el lavado frecuente de manos, para cuya ejecución resulta imprescindible, obviamente, disponer de agua y al serle

privada por el recurrido sin duda constituye una vulneración al legítimo ejercicio del derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las recurrentes.”

Como se puede advertir de este voto disidente, la recurrida tenía una petición del SERVIU de posponer el corte de suministro hasta que se regularizara la situación de los afectados, en particular, su traslado a un lugar habitable, lo que fue ignorado por el recurrido. La ministra disidente:

- Invoca la Convención Americana en relación con el derecho a la vida y la jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto del concepto de vida digna, que incluye el acceso a agua.
- Destaca que el derecho al agua lo tienen todas las personas, aunque no tengan títulos legales para ocupar las viviendas a las cuales se provee de agua. Se hace una diferencia entre la calidad de “cliente” y titular, y la calidad de persona con un derecho humano al agua.
- Cita la Observación General N° 15 del Comité DESC del PIDESC, sobre el derecho al agua.
- Cita las directrices de la OMS sobre el derecho al agua, aludiendo a los criterios de disponibilidad, calidad y accesibilidad.
- Cita la resolución 70/169 de la ONU sobre el derecho de acceso al agua potable y saneamiento, en particular, respecto de grupos vulnerables y marginados.
- Contextualiza la precaria situación de los recurrentes con la pandemia de Covid-19, que hace aún más urgente el acceso al agua, y amenaza el derecho a la vida y a integridad física y síquica de las personas.

Este voto disidente tiende a seguir en parte la doctrina ya enunciada por la Corte Suprema, en el caso Varios residentes de El Melón, comuna de Nogales, contra minera Anglo American Sur S.A. (2020). En esa causa, la Corte Suprema declara:

- El artículo 5 de la Constitución establece la obligación de respetar los tratados sobre derechos humanos y el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos garantiza el derecho a la vida.
- La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desarrolla el concepto de “vida digna”, que incluye el derecho de acceso al agua.
- El caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) v. Argentina”, sostiene que:

- El derecho al agua se encuentra protegido por el artículo 26 de la Convención Americana.
- De las normas de la Carta de la OEA se derivan derechos de los que, a su vez, se desprende el derecho al agua.
- El Comité DESC señala que el derecho al agua implica libertades y derechos, que:
 - obligan a mantener acceso al agua y evitar injerencias como la contaminación de los recursos hídricos.
 - Requieren “un sistema de abastecimiento y gestión del agua que ofrezca a la población iguales oportunidades de disfrutar del derecho”.
 - el agua debe tratarse como un bien social y cultural, y no fundamentalmente como un bien económico”.
 - Por ello, se debe garantizar a) La disponibilidad (abastecimiento de agua continuo y suficiente). b) La calidad (agua salubre de color, olor y sabor aceptables. c) La accesibilidad (accesible para todos, sin discriminación alguna).

La Convención Interamericana sobre Derechos de las Personas Mayores reconoce el derecho al agua, como parte del derecho a vivir en un medio ambiente sano. Además, obliga al Estado a: a) Fomentar el desarrollo pleno de la persona mayor en armonía con la naturaleza. b) Garantizar el acceso de la persona mayor en condiciones de igualdad a servicios públicos básicos de agua potable y saneamiento.

La Convención sobre los Derechos del Niño reconoce “...el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud...” y obliga al Estado a adoptar medidas para combatir enfermedades y malnutrición.

El Comité DESC señala que los Estados tienen el deber de impedir que se menoscabe o pongan en peligro el disfrute del derecho al agua, o que se explote en forma no equitativa los recursos de agua.

El Comité DESC define el derecho al agua: “el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para uso personal y doméstico”.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) fija estándares sobre el derecho al agua:

a) Disponibilidad: abastecimiento continuo y suficiente para la satisfacción de las necesidades básicas de la persona. Esto supone entre 50 y 100 litros de agua por persona.

b) Calidad: El agua debe ser salubre y exenta de sustancias que puedan implicar un riesgo para la salud.

c) Accesibilidad: acceder al agua en condiciones de igualdad y no discriminación, Además, a una distancia razonable (menor de 1000 metros del hogar y 30 minutos de traslado). Además, la variable económica no puede ser un factor que excluya a los sectores más vulnerables de la población.

Toda persona, por su dignidad de tal, tiene el derecho humano de acceso al agua potable, en condiciones de igualdad y no discriminación, y el Estado debe garantizar el acceso.

El Estado tiene una obligación especialmente intensa respecto de grupos vulnerables y categorías protegidas de personas según el derecho internacional: los pobres de zonas urbanas y rurales, las mujeres, los niños, las personas con discapacidad, los refugiados y las personas internamente desplazadas, y los pueblos indígenas.

4. Conclusión

Este caso del año 2021 no llega a la Corte Suprema, de modo que tenemos solo la sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica. Esta sentencia contiene un voto disidente que recoge parte de la doctrina sentada por la Corte Suprema el año 2020. Los puntos claves de la doctrina disidente consisten en:

Reconocer la Convención Americana en relación con el derecho a la vida y la jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto del concepto de vida digna, que incluye el acceso a agua.

Declarar que el derecho al agua lo tienen todas las personas, aunque no dispongan de títulos legales para ocupar las viviendas a las cuales se provee de agua. Se hace una diferencia entre la calidad de “cliente” y titular, y la calidad de persona con un derecho humano al agua.

Citar la Observación General N° 15 del Comité DESC del PIDESC, sobre el derecho al agua.

Citar las directrices de la OMS sobre el derecho al agua, aludiendo a los criterios de disponibilidad, calidad y accesibilidad.

Citar la resolución 70/169 de la ONU sobre el derecho de acceso al agua potable y saneamiento, en particular, respecto de grupos vulnerables y marginados.

Contextualizar la situación precaria de los recurrentes debido a la pandemia de Covid-19, la que obviamente torna aún más crítico y urgente el acceso al agua, lo que, además, amenaza el derecho a la vida y a integridad física y síquica de las personas.