



El agua ha sido cosificada por ciertas constituciones, para asegurar la atribución de derechos subjetivos sobre ella y así garantizar su aprovechamiento. No obstante, no todas las Cartas fundamentales suelen seguir un mismo tipo de reconocimiento. Así, si en algunas constituciones los derechos reconocidos son patrimoniales, en otras el agua se reconoce como un derecho extrapatrimonial que limita la propiedad sobre ellas.

- Los derechos patrimoniales se asocian a la propiedad que existe sobre el agua. En este sentido, las Constituciones reconocen y limitan esta propiedad. En materia de reconocimiento, los Estados pueden seguir un único régimen (como es el caso de Ecuador, que declara “el dominio inalienable e imprescriptible a favor del Estado”) o uno múltiple (como el de los Estados Unidos, donde los diferentes estados federados reconocen regímenes de propiedad privada, pública y de *public trust*). Los límites son consagrados por otras Constituciones, como la francesa, que reconoce a los elementos del ambiente como un “patrimonio común de los seres humanos”, quedando su calificación jurídica en sentido estricto bajo la autoridad de la competencia legislativa.
- Los derechos extrapatrimoniales se relacionan con el reconocimiento de usos prioritarios para el consumo humano, lo que afecta la propiedad que existe sobre el agua, asegurando también el funcionamiento de los servicios públicos relacionados. Diferentes constituciones han abordado esta protección. En algunos casos, por la intervención del propio constituyente (como sucede en África del Sur y Ecuador) o del juez, que reconoce esta garantía implícita en otras (como ocurre en Bélgica). Si este acceso no es previsto por el propio texto, la protección puede ser indirecta y relacionada con el Derecho internacional. En efecto, muchas constituciones atribuyen un valor constitucional a las reglas internacionales de derecho humanitario. Luego, si el acceso al agua es considerada por tratados generales (como el Protocolo de San Salvador) o específicos (como la Convención de los derechos del niño), sus referencias a este elemento gozarán de la misma valoración.

Tabla de contenidos

Introducción.....	1
El agua como derecho patrimonial	2
a.La consagración de la propiedad sobre el agua.....	2
1)El régimen de la propiedad única	2
2)El régimen de la propiedad múltiple	3
b.Los límites de la propiedad sobre el agua.....	4

El agua como derecho extrapatrimonial	5
c.El reconocimiento convencional del valor constitucional en materia de derechos humanos.....	7
a.El acceso al agua en ciertos tratados generales	7
1)El acceso al agua en ciertos tratados especiales	7

Introducción

La Constitución Política de la República omite referencias expresas sobre el término “agua”. Es por lo anterior que su aplicación sobre este recurso es indirecta y viene dada por los conceptos utilizados por ciertas disposiciones de rango infraconstitucional. En efecto, según el Código del ramo, las aguas “son bienes nacionales de uso público”¹, razón por la cual les resulta aplicable el artículo 19 N° 23 de la Constitución Política², lo que origina como resultado la exclusión del derecho de propiedad sobre este elemento. No obstante ello, el mismo código “otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellas” (artículo 5), razón por la cual es aplicable la protección constitucional de la propiedad que existe sobre dicho aprovechamiento (y no sobre el agua en sí misma), conforme al artículo 19 N° 24 de la CPR³.

Junto al modelo de aplicación indirecta o incidental, propio de la Constitución Política de nuestro país (al no referirse específicamente al agua), el Derecho comparado prevé también otras técnicas para la consagración de derechos subjetivos sobre ella. Consisten en consagraciones que tienen por común el ser previstas a partir de disposiciones directas o expresas. No obstante, la mayor parte de las veces ellas poseen un contenido jurídico diverso. Así, si en algunos casos consagran un derecho de naturaleza patrimonial (I), en otros se reconoce la naturaleza extrapatrimonial que este mismo elemento puede llegar a alcanzar (II). Para efectos de este análisis, los países han sido seleccionados por representar cada uno de estos modelos de regulación.

El presente documento ha sido elaborado a solicitud de parlamentarios del Congreso Nacional, bajo sus orientaciones y particulares requerimientos. Por consiguiente el tema que aborda y sus contenidos están delimitados por los parámetros de análisis acordados y por el plazo de entrega convenido. No es un documento académico y se enmarca en los criterios de neutralidad, pertinencia, síntesis y oportunidad en su entrega.

El agua como derecho patrimonial

Las constituciones pueden cosificar los elementos del ambiente, lo que permite atribuir derechos patrimoniales sobre ellos y así garantizar su aprovechamiento. En materia de agua, uno de los principales derechos reconocidos corresponde al de propiedad (1). No obstante, la propiedad sobre el agua suele poseer un funcionamiento particular, por las limitaciones constitucionales a las que se sujeta (2).

1 Vergara Blanco, Alejandro. “Derecho de Aguas”. (primera edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998) 2, p. 311.

2 Según el artículo 19 N° 23 CPR se garantiza: “La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así. Lo anterior es sin perjuicio de lo prescrito en otros preceptos de esta Constitución. Una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional puede establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes”.

3 Conforme al artículo 19 N° 24 CPR se asegura “el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporeales”.

a. La consagración de la propiedad sobre el agua

El agua puede encontrarse sujeta a las distintas clases de cosas relacionadas con la propiedad. Tal es el caso de las cosas públicas, privadas y comunes. Mientras que los Estados unitarios suelen seguir un único modelo en este sentido (a), los federados permiten la coexistencia de múltiples estatutos relacionados con el agua (b), por atribuir la competencia para realizar esta calificación a organizaciones territoriales inferiores.

1) El régimen de la propiedad única

Constitucionalmente, consiste en un régimen reconocido por ciertos países, como Ecuador, cuya constitución califica expresamente a las aguas como un “dominio inalienable e imprescriptible del Estado” (artículo 318). Esta referencia alude al régimen de propiedad pública, lo que es ratificado por las características que este estatuto posee. En efecto, conforme a la Constitución ecuatoriana, el dominio sobre las aguas es inalienable, imprescriptible e inembargable, todas características de los bienes públicos. Consiste por tanto en un estatuto que justifica ciertos deberes de conservación, pero que también permite garantizar la prestación de los servicios públicos relacionados.

En materia de conservación, el artículo 411 de la Constitución de Ecuador dispone: “El Estado garantizará la conservación, recuperación y manejo integral de los recursos hídricos, cuencas hidrográficas y caudales ecológicos asociados al ciclo hidrológico. Se regulará toda actividad que pueda afectar la calidad y cantidad de agua, y el equilibrio de los ecosistemas, en especial en las fuentes y zonas de recarga de agua”.

En materia de gestión, la constitución “prohíbe toda forma de privatización del agua”, señalando además que su gestión “será exclusivamente pública o comunitaria”. Es por lo anterior que la Carta garantiza que el servicio público de saneamiento, el abastecimiento de agua potable y el riego serán prestados únicamente por personas jurídicas estatales o comunitarias” (artículo 318). Este modelo se opone al anteriormente consagrado por ley, que incentivaba el otorgamiento de concesiones. Actualmente, sólo de manera excepcional “el Estado podrá (...) delegar a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, el ejercicio de estas actividades, en los casos que establezca la ley” (artículo 316). En tal caso, dichas actividades se sujetan a una auditoría, que comprende criterios ambientales y sociales, permitiendo determinar si es o no necesario renegociar o terminar los contratos de delegación (artículo vigésimo sexto transitorio).

Cabe considerar que la entrada en vigencia de la Constitución ecuatoriana no supuso la derogación de la legislación anterior en conflicto con las disposiciones fundamentales. En cambio, contempló el deber de enviar un proyecto de ley relativo a su regulación dentro de los trescientos sesenta días desde su entrada en vigencia. El proyecto de ley (denominado: “Proyecto de Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua”) es ley de la República de Ecuador desde junio de 2014⁴. A vía de ejemplo, siguiendo la Constitución, éste contempla una prelación de usos que distingue entre: a) Consumo humano; b) Riego que garantice la soberanía alimentaria; c) Caudal ecológico y aguas sagradas. d) Actividades productivas” (artículo 86).

⁴ Disponible en: <http://bcn.cl/1pdow> (Enero, 2015).

Esta técnica supone un único estatuto aplicable al agua en todo el territorio estatal. En cambio, una situación distinta se presenta en ciertos estados federados, que reconocen la competencia de los estados integrantes para realizar una calificación independiente. El caso de los Estados Unidos de Norteamérica es ejemplificador en este sentido, por seguir el régimen de la propiedad múltiple.

2) El régimen de la propiedad múltiple

Conforme a la Constitución Política de los Estados Unidos de América, cada Estado tiene la competencia para regular el agua existente dentro de sus fronteras, sujetándose a las limitaciones de la servidumbre federal de navegación y el poder del Congreso para el control de la navegación, según la Cláusula de Comercio. Así, existe una variedad de estatutos aplicables al agua, conforme varía el estado de que se trata. En tal sentido, es seguido tanto el estatuto de propiedad privada, como pública y del *public trust*.

La propiedad pública ha sido consagrada en el Estado de Montana. Conforme a su Constitución: “las aguas dentro de los límites del Estado son propiedad estatal para el uso de su población”⁵. En cambio, Utah, dispone que la tierra pública y el agua son protegidas por el *public trust*. Esta doctrina reserva los derechos de agua al beneficio público y establece que todo Estado tiene la obligación de preservar el recurso a favor de su población⁶. Consiste en una teoría que es también seguida por otros Estados, como New Jersey y Massachusetts, incluso antes que la doctrina del *public trust* fuera asumida plenamente a partir de la sentencia *Illinois Central Railroad Co. v. Illinois*.

Finalmente, la doctrina de los derechos de agua en sentido estricto o de la propiedad privada es consagrada en otras constituciones, como es el caso del Estado de Colorado⁷. Consiste en un estatuto que ha sido confirmado por algunas sentencias de tribunales⁸. No obstante, el reconocimiento de esta propiedad no implica la ausencia de límites para el propietario. Como la doctrina afirma: “mientras la mayor parte de las legislaciones estatales y de las cortes estatales y federales continúa hablando de los derechos de agua en términos de propiedad, los derechos de aguas no son generalmente considerados como derechos de propiedad (...) sino como derechos de usufructo, licencias del gobierno estatal o federal que pueden ser revocados”⁹.

Es por lo anterior que el régimen de propiedad sobre el agua en los Estados Unidos de América no se encuentra vinculado necesariamente con la posibilidad de revocar los derechos ya otorgados, sino con las consecuencias que dicha revocación produce en el patrimonio del titular. Si la propiedad es pública o sujeta al *public trust*, dicho acto no se encontrará amparado en la doctrina del *taking*, consagrada por la Quinta enmienda de la Constitución. *A contrario*, frente a la propiedad privada esta doctrina es plenamente aplicable. En tal caso, su regulación por parte del Estado requerirá una compensación a favor del propietario. Consiste en una protección que podría excluirse en otras constituciones, que consagran los límites de la propiedad sobre el agua.

5 Constitución de Montana, art. IX, § 3, cl. 3

6 Constitución de Utah, art. XX, § 1.

7 Shelley Ross Saxon, The fluid nature of property rights in water, Duke Environmental Law & Policy Forum 21 (2010), p. 58.: “Unlike many other western states, it appears that Colorado recognizes strong property rights in water and vests these rights to support an active water market without much regard for public trust interests”.

8 Ver: Navajo Dev. Co. v. Sanderson (1982). Citado en: *Ibidem*.

9 *Ibid*, p. 53.

b. Los límites de la propiedad sobre el agua

En otros casos, las Constituciones no señalan expresamente el estatuto jurídico aplicable al agua en tanto cosa, sino que únicamente se refieren a ella a partir de nociones que condicionan su gestión, en pos de las generaciones futuras. Este es el caso de Francia.

La noción francesa de patrimonio común de los seres humanos es consagrada por la Carta del Medio Ambiente. La Carta del Medio Ambiente en Francia ha sido adoptada el año 2004 y se encuentra en vigor desde marzo de 2005. Ella corresponde a uno de los textos reconocidos con valor constitucional por la Constitución del 4 de octubre de 1958, junto con el preámbulo de la Constitución de 1946. Si bien la Carta del Medio Ambiente no se refiere expresamente al agua, debe entenderse aplicable a partir de su integración como elemento ambiental. En efecto, el preámbulo de la Constitución francesa dispone que “el medio ambiente es patrimonio común de los seres humanos”. Según Michel Prieur, consiste en un concepto que representa un estándar de protección : el patrimonio común consistiría en “un interés colectivo a la preservación de una riqueza de orden cultural o natural, legado por nuestros predecesores y que conviene transmitir intacto a las generaciones futuras”¹⁰. Esta calificación de patrimonio común ha sido desarrollada legalmente a partir de diferentes textos. En el caso del agua, el artículo 1 de la Ley del 3 de enero de 1992 dispone que ella “es parte del patrimonio común de la nación”.

Ahora bien, el que el agua sea un patrimonio común de los seres humanos (según la Carta del Medio Ambiente) o de la nación (conforme a la legislación francesa en materia de aguas) no implica que este recurso se encuentre sujeto a un estatuto de propiedad pública, a diferencia de lo que ocurre en otros Estados¹¹. El patrimonio común es un criterio intermedio, relacionado con la gestión sostenible del recurso, sin perjuicio del estatuto jurídico ligado al bien en sí mismo. Es por ello que en rigor este estatuto dependerá de la clase de agua de que se trate. Así, mientras las aguas dominicales pertenecen al Estado y su regulación se ampara por las reglas relativas al Código de la propiedad pública, las no dominicales corresponden a una cosa común, si son de corrientes, mientras que las que no poseen este carácter pueden ser calificadas de propiedad privada, en los términos del artículo 558 del Código civil francés.

Esta calificación jurídica de las aguas se relaciona con la atribución de títulos para su aprovechamiento. En general, él es concedido bajo el régimen “de los derechos fundados en título” para la explotaciones de obras relacionadas con el medio acuático. En rigor, un derecho fundado en título no corresponde a un derecho de propiedad, sino a un derecho real administrativo que, de manera similar a aquélla, existe de manera permanente y sin necesidad de renovación alguna¹². No obstante, se permite su revocación sin indemnización por razones de interés general¹³. En tal sentido, se considera la protección de la salud pública, los riesgos de inundaciones, la amenaza del medio acuático y el abandono de las obras asociados (art. L 214-4 del Código del Medio Ambiente). *A contrario*, la extinción por regla será indemnizada si se produce por razones diversas, como el desarrollo de trabajos públicos. Los derechos fundados en título pueden existir incluso en los cursos de aguas dominicales, si su adquisición se produjo antes de su publicación¹⁴.

10 Michel Prieur, *Réflexions introductives sur la notion de patrimoine commun privé*, Revue juridique d'Auvergne, numéro spécial, volume 98/4, Edition Les presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand. p. 22.

11 Yves Jegouzo, *Le droit et la gestion de l'eau en France : organisation administrative et conciliation des usages*. Disponible en: www.legiscompare.fr/site-web/IMG/pdf/11-Jegouzo.pdf. (Enero, 2015).

12 Ministerio de la Ecología, de la Energía y del Desarrollo sostenible, *Guide pratique relatif a la police des droits fondés en titre*, 2010, p. 9

13 *Ibidem*.

14 La publicación ha correspondido al Edicto de Moulins de 1566, que atribuye ciertos cursos de agua como propiedad de la corona, la que posteriormente pasa a ser considerada como integrante del dominio público.

Estas características se limitan a la interpretación del agua entendida como un derecho patrimonial, susceptible de apropiación. Por el contrario, el recurso escapa a la lógica de patrimonialización si es considerado como un derecho humanitario. A esta perspectiva de protección corresponde el agua como derecho extrapatrimonial.

El agua como derecho extrapatrimonial¹⁵

Junto con su naturaleza patrimonial, el agua ha sido también considerada como un derecho fundamental en creación¹⁶. Esta consagración limita los atributos del dominio sobre el recurso. Primero, asegurando que frente a una colisión con los derechos patrimoniales, los extrapatrimoniales primen. Y segundo, imponiendo el deber estatal de asegurar la prestación de los servicios relacionados. Es por lo anterior que diferentes Estados abordan esta protección, tanto constitucional (1) como convencionalmente (2).

1. La consagración propiamente constitucional

La Constitución Política de 1980 carece de una consagración expresa referida a un derecho subjetivo o a un deber estatal en materia de aguas¹⁷. A nivel comparado, este reconocimiento subjetivo sí se encuentra consagrado. Tal es el caso de la Constitución Política de África del Sur, de Ecuador y de Bélgica, que además han desarrollado legalmente dicha consagración a partir de medidas legislativas específicas.

- África del Sur. Conforme al art. 27 de la Constitución "toda persona tiene el derecho de acceder a (...) (b) una provisión suficiente de comida y agua (...) El Estado debe tomar medidas razonables, dentro de los recursos disponibles, para alcanzar la realización de cada uno de estos derechos". Como se observa, la provisión de agua incorpora tanto un derecho subjetivo como un deber estatal de aprovisionamiento asociado a él. Para estos efectos, África del Sur ha adoptado diferentes textos legales que desarrollan legalmente el deber constitucional. Así, por ejemplo, el *Water Service Act* de 1997, reitera este deber constitucional, imponiendo además la medida específica de prohibición de cortes de agua a personas que no se encuentran en condiciones de pagar el costo del suministro.
- Ecuador. Conforme al artículo 12 de la Constitución de Ecuador: "El derecho humano al agua es fundamental e irrenunciable". De este modo, Ecuador reconoce expresamente el acceso al agua como un derecho humanitario. En tal sentido, el artículo 12 de la Constitución ecuatoriana corresponde a una disposición propia de la seguridad alimentaria que se superpone a otras protecciones en caso de conflictos de usos. Así se desprende del artículo 15, que señala: "La soberanía energética no se alcanzará en detrimento de la soberanía alimentaria, ni afectará el derecho al agua.". Cabe señalar que el artículo 12 se integra dentro del Capítulo Segundo de la Constitución Política, denominado: "Derechos del buen vivir", específicamente en la Sección Primera: Agua y Alimentación, sin perjuicio de lo cual la disposición también contempla al agua desde una perspectiva patrimonial¹⁸.

¹⁵ En el mismo sentido: Pedro Harris Moya, Límites asociados a la protección social y ambiental del agua, Informe BCN, 2014.

¹⁶ Henri Smets, *La reconnaissance officielle du droit à l'eau en France et à l'international*, Agence Française de Développement Département de la Recherche, Paris, 2007, p. 30.

¹⁷ En relación a la doble función constitucional como catálogo de derechos y deberes en materia ambiental, Bermúdez Soto, Jorge. *Fundamentos de Derecho ambiental*, segunda edición, 2014, p. 113.

¹⁸ En este sentido, la misma disposición agrega que el agua "constituye patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida".

- Bélgica. Pese a no ser consagrado de manera expresa, la Corte Constitucional ha reconocido el derecho de acceder a una cantidad mínima de agua potable a partir del derecho constitucional de vivir en un medio ambiente sano (art. 23) (sentencia n° 36/98. de 1 de abril Comuna de Wemmel). Consiste en una consagración que ha sido desarrollada legislativamente en la región de Bruselas. Así, desde 1994 la región ha adoptado una ordenanza que garantiza el derecho de toda persona a una provisión de agua potable para su consumo doméstico¹⁹.

Si en los casos anteriores la provisión de agua ha sido incorporada dentro del propio texto constitucional, existen otros países que homologan esta protección a aquella otorgada por el Derecho internacional humanitario. Este es el caso de nuestro país, a través del reconocimiento convencional de valor constitucional en materia de derechos humanos (artículo 5 de la CPR).

c. El reconocimiento convencional del valor constitucional en materia de derechos humanos

Cançado sostiene que “Diversas Constituciones contemporáneas (...) remiten expresamente a los derechos consagrados en los tratados de derechos humanos (...) revelando una nueva postura ante la cuestión clásica de la jerarquía normativa de los tratados internacionales vigentes”²⁰. Este es precisamente el caso de nuestro país, que puede llevar a considerar la constitucionalización del acceso al agua por la vía indirecta de reconocer a estos tratados el mismo valor que el del propio texto constitucional. Luego entonces, deben considerarse ciertos convenios generales en materia de derechos humanos (a), como también otros referidos a algunos ámbitos especiales (b).

a. El acceso al agua en ciertos tratados generales

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 carece de garantías expresas referidas al aprovisionamiento de agua, pudiendo sólo interpretarse implícitamente garantizado a partir de ciertas cláusulas de protección generales. En cambio, pese a no ser ratificado por nuestro país, el Protocolo de San Salvador de 1999 establece ciertas disposiciones especiales en este sentido. Así, el artículo 11 -referido al derecho a un medio ambiente sano- garantiza que “toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos”, expresión comprensiva de los servicios públicos relacionados con el aprovisionamiento de agua potable.

Sin perjuicio de la ausencia de valor de esta disposición en el Derecho interno, el aprovisionamiento del agua ha sido considerada por otras garantías consagradas por ciertos convenios vigentes. Esta es la protección que recibe el acceso al agua en ciertos tratados especiales.

¹⁹ Smets, Henri. Reconnaissance et mise en oeuvre du droit à l'eau, Revue trimestrielle des droits de l'homme (2002), p. 845.

²⁰ Antonio Cançado Trindade, La interacción entre el Derecho internacional y el Derecho interno en la protección de los derechos humanos, en El Juez y la Defensa de la Democracia. Un enfoque a partir de los Derechos Humanos San José, IIDH, 1993.

1) El acceso al agua en ciertos tratados especiales

El recurso hídrico ha sido considerado particularmente en ciertas convenciones, como aquella relativa a la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1967. Conforme a su art. 14, N° 2: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, su participación en el desarrollo rural y en sus beneficios, y en particular le asegurarán el derecho a: (...) Gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, el transporte y las comunicaciones”.

Una garantía similar es consagrada por la Convención sobre los derechos del niño de 1989. Conforme a su art. 24 N° 2: “Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular adoptarán medidas para (...) c) Combatir las enfermedades y la mal nutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente”²¹.

²¹ Como se ha señalado, el alcance de estos derechos es actualmente limitado. Así, no sólo resulta exigible únicamente por ciertos sujetos de derechos específicos, sino que también puede poseer un efecto directo limitado en razón de la generalidad de su consagración. Esta ha sido la posición de Francia, en relación a la aplicación de la Convención de los derechos del niño (Civ.1°, 10 de marzo 1993, Le Jeune). De este modo, la justiciabilidad de la limitación parece quedar entregado a la consagración de orden interno. Uno de los principales casos ha sido el reconocido por la Corte Constitucional de África del Sur, que ha asegurado la justiciabilidad del acceso el año 2000, garantizando la provisión a toda persona que lo necesite. Eventualmente, una situación distinta puede ser derivada del agua asociada a otros derechos de la personalidad.