

Legal |
Análisis Jurídico | Regulatorio económico | Artículo 1 de 1

El derecho humano al agua para la bebida y el saneamiento. Una sentencia activista

"...Una reciente y sorprendente sentencia de la Corte Suprema ha venido a renovar el espíritu activista que, cada cierto tiempo, renace en la Tercera Sala de ese Alto Tribunal. Para ello ha elegido el tema del derecho humano al agua, sobre el cual realiza una leve revisión del Derecho Internacional, para concluir que es deber del Estado (=Administración) garantizar ese derecho..."

Miércoles, 24 de febrero de 2021 a las 10:07



A⁻ A⁺ Imprimir Enviar

Alejandro Vergara

Una reciente y sorprendente sentencia de la Corte Suprema (CS), en el caso Gallardo y otros con Anglo American (18 enero 2021), ha venido a renovar el espíritu activista que, cada cierto tiempo, renace en la Tercera Sala de ese alto tribunal. Para ello ha elegido el tema del derecho humano al agua, sobre el cual realiza una leve revisión del Derecho Internacional, para concluir que es deber del Estado (=Administración) garantizar ese derecho. Hasta ahí todo parece correcto, pues es propio de un acto jurisdiccional, de control de la juridicidad de los actos de la Administración, pronunciarse sobre la legalidad vigente. Pero la CS en este caso da un paso más y decide por sí misma determinar con precisión las decisiones de política pública que la Administración debiese adoptar en la materia, introduciéndose así en el mérito, conveniencia y oportunidad de la actuación administrativa.

Los hechos y la decisión de la CS

Un grupo de habitantes de la comuna de Nogales (V Región), que sufren una escasez extrema de aguas, pues carecen de la suficiente para la bebida, usos domésticos y saneamiento, recurren de protección en contra de una empresa minera vecina. El caso es que a raíz de la sequía el agua no fluye a los pozos de propiedad municipal de donde la obtienen usualmente esos pobladores. La Municipalidad de Nogales les surte de agua a través de camiones aljibes, pero no había logrado entregarles el agua suficiente. Los pobladores sospecharon que era esa cercana empresa minera la que estaría explotando desde sus propios pozos más agua de la que le corresponde e interpusieron el recurso de protección en su contra (dato que es importante retener). Pero resulta que en el proceso se comprueba que esa empresa, titular legítima de derechos de aprovechamiento de aguas, solamente aprovecha una baja proporción de las aguas que le corresponden, por lo que aparentemente no sería la causante de la disminución de los niveles de los pozos

que surten de agua a los pobladores. Además, se comprueba que esa empresa comparte su agua con los pobladores y contribuye al financiamiento de camiones aljibe suplementarios a los que financia el municipio.

La Corte de Apelaciones de Valparaíso rechaza el recurso en base a los antecedentes señalados, pero la Corte Suprema, sin revocar la sentencia (ipues la confirma!), mantiene solo su parte expositiva, pero ordena a la Municipalidad de Nogales (que no había sido recurrida) y, de rebote, a la Subsecretaría del Interior del Ministerio del Interior y Seguridad Pública: i) que se debe asegurar, como mínimo 100 litros de aguas por persona al día, y ii) que se debe entregar las aguas por camiones aljibe, conminando a la autoridad a comprarlos.

En efecto, la CS señala lo siguiente en la parte resolutive de la sentencia:

i) "se ordena a la Municipalidad de Nogales adoptar todas las medidas necesarias a fin de asegurar a los recurrentes, y a la comunidad de Nogales, con especial énfasis en las categorías protegidas por el Derecho Internacional, un abastecimiento de agua para uso y consumo humano no inferior a 100 litros diarios por persona, para lo cual deberá coordinarse con las autoridades del nivel central y Regional competentes";

ii) agrega que: "[la Municipalidad] deberá recabar de la Subsecretaría del Interior del Ministerio del Interior y Seguridad Pública la modificación a la brevedad del Oficio Ordinario N° 18.087 de 31 de diciembre de 2016, y la transferencia de recursos con cargo al presupuesto de dicha repartición pública, para atender a situaciones de emergencia y al pago de gastos extraordinarios relativos a la compra de camiones aljibe destinados al abastecimiento de agua potable de sectores de la comuna de Nogales (...)"

En cuanto a los fundamentos para estas decisiones, por una parte, según la CS los tratados internacionales obligarían al Estado (en este caso, al municipio y la Subsecretaria del Interior) a entregar una cantidad mínima diaria de aguas (100 litros), y, por otra, decide además que esa entrega sea a través de camiones aljibe, para lo cual le "ordena" al municipio que "recabe" (esto es, que consiga [algo] mediante petición o súplica"=RAE) ante la Subsecretaria la modificación de un acto administrativo y la transferencia de recursos con cargo al presupuesto de esa repartición.

El derecho humano al agua

Un movimiento intelectual y político acerca de un derecho humano al agua nació hace unas dos décadas, cuyo objetivo fue dar razones y convicciones para asegurar y regular el acceso de todos al agua potable y al saneamiento. Sobre ello existe una interesante literatura: Embid (2006); García (2008); Mancisidory Uribe (2008); Mitre (2012); Pinto, Torchia y Martin (2008) y, especialmente, Smets (2007, 2010, 2011 y 2012), entre otros.

En julio de 2010, a través de [la Resolución 64/292, la Asamblea General de las Naciones Unidas](#) reconoció explícitamente el derecho humano al agua y al saneamiento. Precisa la resolución que un agua potable limpia y el saneamiento son esenciales para la realización de todos los derechos humanos. La resolución insta a los Estados y organizaciones internacionales a proporcionar recursos financieros, propiciar la capacitación y transferencia de tecnología para ayudar a los países a proporcionar un suministro de agua potable y saneamiento saludable, limpio, accesible y asequible para todos. Esto ha traído consigo que los países intenten modificar sus legislaciones internas para incorporarlo.

La CS omite esta relevante declaración en su rodeo por diversos instrumentos internacionales.

Consagración del derecho humano al agua en Chile: legislación y jurisprudencia

El agua hace posible la vida y dado que la Constitución protege la vida como un derecho debe contemplarse el acceso a ese vital recurso. Entonces, si bien la Constitución no se refiere explícitamente al derecho humano al agua, como una garantía autónoma, sí lo hace indirectamente a través de la consagración del derecho a la vida. Así lo ha entendido, por lo demás, alguna jurisprudencia emanada de cortes de apelaciones que han recurrido a esta garantía constitucional para reconocer y proteger el derecho de las personas al agua para consumo y subsistencia (sentencias que cito en anexo **). Además, en la praxis de la distribución del agua realizada por juntas de vigilancia, comunidades de aguas y asociaciones de canalistas, siempre se ha respetado "el agua necesaria para la bebida", siguiendo el rancio y sabio criterio del art. 281 inc. 2º del Código de Aguas.

En el proyecto de reforma al Código de Aguas, en actual tramitación ([Boletín N° 7.543-12](#)) en su segundo trámite constitucional ante el Senado, se proyecta incorporar una protección del consumo humano del agua. En efecto, según el art. 5 bis, nuevo, "las aguas cumplen diversas funciones, tales como las que posibilitan el consumo humano, el saneamiento, el uso doméstico de subsistencia; la de preservación ecosistémica, o las productivas"; pero, agrega en seguida que: "Siempre prevalecerá el uso para el consumo humano, de subsistencia y saneamiento, tanto en el otorgamiento como en la limitación al ejercicio de los derechos de aprovechamiento". Sobre esta modificación seguramente no existirá disenso en el Congreso Nacional.

Por lo tanto, el acceso al agua suficiente y mínima para la subsistencia y la salubridad (bebida y saneamiento) es un valor que cabe considerar incorporado a nuestro ordenamiento jurídico y tanto los órganos administrativos como los particulares tienen el deber de respetarlo.

La CS y las políticas públicas

¿Cómo se cumple el deber de respetar el derecho humano al agua? Los diferentes órganos de la Administración tienen instrumentos ante casos dramáticos como el de los pobladores que recurrieron de protección para adoptar las medidas que correspondan. La Constitución y las leyes entregan esa atribución a tales órganos (no a los tribunales). Ello es materia de políticas públicas a través de decisiones de esos órganos administrativos, los que deben determinar el mérito, la conveniencia y la oportunidad de la decisión política o administrativa respectiva.

Pero, en este caso, la Corte Suprema ha tomado por sí misma una decisión típicamente administrativa: determina que el derecho humano al agua debe concretizarse a través de la compra de camiones aljibe (así lo dispone); determina además que la cantidad mínima a recibir diariamente por persona es la cantidad de 100 litros de agua (así lo señala expresamente, siguiendo una recomendación de un organismo internacional; aunque la propia sentencia cita que el criterio de la OMS es distinto: entre 50 y 100 litros por día y persona). ¿Acaso la Administración no podría elegir otros medios u otra cantidad mayor o menor?

¿Activismo judicial? Según lo define el Diccionario Panhispánico de la RAE, el activismo judicial es una

“posición fuertemente creativa de los jueces y tribunales, llevada a cabo mediante interpretaciones de la legalidad existente o a través de la cobertura de sus lagunas”. En este caso, más que “creativa” en cuanto a posición interpretativa o de relleno de lagunas en cuanto al derecho humano al agua, que es el tema de fondo y sobre el cual no debiera haber discusión alguna en nuestro medio en cuanto a su consagración, lo que vemos en la sentencia de la CS es una intromisión en aspectos de mérito o de conveniencia de las decisiones políticas o administrativas (parafraseando el art. 21 B LOC de la CGR).

Olvida la CS que los tribunales, como todo órgano que controla la legalidad de los actos de la Administración, se deben auto restringir y respetar las atribuciones de los órganos de la Administración, de tal manera de no afectar la separación de poderes.

(*) Sentencia comentada:

Gallardo Castro, Ximena Ailyn con Anglo American Sur S.A. (2021): Corte Suprema, 18 enero 2021 (rol N° 72.198-2020). Tercera Sala. Ministros: Muños (redactor), Sandoval, Vivanco; abogados integrantes: Quintanilla, Pallavicini.

(**) Sentencias anteriores de Cortes de Apelaciones, referidas al derecho humano al agua:

Reyes Barraza, Pablo con Aguas Andinas S.A. (2011): Corte de Apelaciones de San Miguel, 14 de octubre de 2011 (Rol 101-2011).

Larraín Amaya, Luis con Valenzuela Díaz, Mario (2014): Corte de Apelaciones de San Miguel, 11 de noviembre de 2014 (Rol 252-2014).

Dougnac Cordero, Vivianne con Comité de Administración del Condominio Las Vertientes de Zapata (2015): Corte de Apelaciones de San Miguel, 26 de marzo de 2015 (Rol 53-2015).

Montes Arancibia, Alberto con Parcelación Piedra Molino (2015): Corte de Apelaciones de San Miguel, 11 de diciembre de 2015 (Rol 1106-2015).

Reyes Zapata, Jorge (2016): Corte de Apelaciones de San Miguel, 14 de abril de 2016 (Rol 2052-2015).

Comunidades El Manzano y otras con Gobernación Provincial de Petorca y otro (2017): Corte de Apelaciones de Valparaíso, 14 de noviembre de 2017 (Rol 5571-2017).

EL MERCURIO

Términos y condiciones de la Información © 2002 El Mercurio Online