

Derechos de aguas en Constituciones del mundo¹

1. Los datos utilizados para esta minuta son extraídos de www.constituteproject.org. En caso de querer ahondar en alguna de las constituciones que acá se citan recomendamos consultar este sitio.

Resumen

Esta minuta indaga, 🔍 desde una perspectiva descriptiva y comparativa, en el modo en que se expresa en las Constituciones los derechos y regulaciones del agua. 💧 Se consideran los casos Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, España, Grecia, Paraguay, Perú, Portugal, Uruguay y Venezuela. Se clasifican los países de acuerdo al modo en que se expresan los derechos de aguas en las respectivas cartas magnas. Se observa que respecto de los derechos de aguas, las constituciones 📖 han establecido diferentes status de protección, desde considerarlos como derecho humano universal con prioridad de uso humano hasta la (no) mención del tema en el texto constitucional.

Palabras Clave:

Aguas, Derecho Humano, Caudal ecológico, Bien nacional, privatización

La regulación Constitucional de las aguas

El agua representa un valioso recurso que ha sido conceptualizado como un bien de primera necesidad para la productividad y el desarrollo económico de las naciones. Esto, sin embargo, ha significado una serie de conflictos sobre todo en territorios habitados por comunidades y donde este recurso escasea. De ahí entonces, en un contexto donde estos conflictos se han agudizado en varias regiones del mundo es que **la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 65/292 "Reconoce que el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos"**². De ahí la importancia de identificar el modo en que los diferentes textos legales constitucionales han expresado la protección de este recurso esencial para el ecosistema.

Para este análisis consideramos 10 países de sudamérica (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú, Uruguay, Venezuela) y 3 países de europa mediterránea (Grecia, Portugal, España). De acuerdo con la revisión, se identifica la mención de 4 temas o dimensiones respecto de los derechos de aguas que, sin embargo, no son excluyentes entre sí: como derecho humano y de prioridad de uso humano, como bien de uso público, los derechos respecto de su uso por parte de particulares, y la sustentabilidad del caudal ecológico.

2. Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución general 64/292: El derecho humano al agua y saneamiento (página: 3). 28 de Julio 2010.

La tabla 1 a continuación muestra el modo en que los países mencionados considera estas dimensiones.

Tabla 1.
Ítems de análisis y presencia en constituciones

G	Ítems	Países													
		Ar	Bol	Br	Ch	Co	Ecu	Es	Gr	Pa	Pe	Po	Ur	Ve	
1	DDHH Universal		X				X						X		
	Prioridad uso humano		X	X		X	X						X		
2	Bien Nacional		X	X			X					X	X	X	
	Uso Público		X	X			X					X	X		
	Administración		P/C	P		P	P/C	P	P			P	P	P	
3	Derechos a particulares				X										
	Regulación uso part.		X	X		X	X	X	X			X			
	Prohibición privatizar		X				X								
4	Sustentabilidad		X				X						X	X	
	Caudal Ecológico		X				X								

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de constituteproject.org
P: administración pública. C: administración comunitaria.

Un primer elemento para destacar es que las constituciones revisadas incluyen diferentes niveles y cantidad de regulación sobre el agua. Tenemos a países como Argentina y Paraguay que no hacen referencia alguna a este recurso. Hay países intermedios como Uruguay o Brasil que hacen referencia a algunos elementos importantes como la prioridad para uso humano o el ser un bien nacional. Por el otro lado tenemos a países como Bolivia o Ecuador que incluyen múltiples artículos destinados a regular el uso de este recurso. A continuación, se ofrece un análisis descriptivo tomando como punto de partida cada ítem. Ahí se analiza el significado de dicho elemento, los países que lo incluyen y la forma en que lo hacen.



El agua como derecho humano y prioridades de uso

Bolivia, Ecuador y Uruguay incluyen apartados constitucionales donde refieren explícitamente a que el acceso al recurso hídrico es un derecho humano universal. Para el caso particular de Bolivia, la constitución incluye en su artículo 20, inciso 3 un texto que recita lo siguiente: "El acceso al agua y alcantarillado constituyen derechos humanos, no son objeto de concesión ni privatización y están sujetos a régimen de licencias y registros, conforme a ley". Por su parte, la Constitución de Ecuador en su sección 1, artículo 12 plantea "El derecho humano al agua es fundamental e irrenunciable. El agua constituye patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida.". Finalmente, el artículo 47 de la constitución uruguaya: "El agua es un recurso natural esencial para la vida. El acceso al agua potable y el acceso al saneamiento, constituyen derechos humanos fundamentales.".

El agua como derecho humano está presente en estas 3 constituciones de manera similar. Como veremos más adelante, para el caso particular de Bolivia esto deriva en una prohibición de cualquier tipo de concesión o privatización. Pero en términos jurídicos la consecuencia más inmediata de esta concepción del acceso al agua es el siguiente de los ítems seleccionados: prioridad en el uso humano.

Utilizamos acá el concepto de "uso" y no consumo porque el primero incluye tanto los hábitos de consumo en términos de digerir agua como también el uso de saneamiento. Derivado del agua como derecho humano fundamental entonces aparece tanto en Bolivia, Uruguay y Ecuador la prioridad del uso humano por sobre usos de tipo productivo. Pero este derecho también aparece en las constituciones de Colombia y Brasil. El primero de estos países sigue una línea bastante clara y explícita tal como lo hacen Bolivia, Ecuador y Uruguay, asegurando en su artículo 357 que: "Cuando una entidad territorial alcance coberturas universales y cumpla con los estándares de calidad establecidos por las autoridades competentes, en los sectores de educación, salud y/o servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico, previa certificación de la entidad nacional competente, podrá destinar los recursos excedentes a inversión en otros sectores de su competencia." Con esto, entonces, la Constitución asegura el acceso humano universal al agua, y sólo una vez que esto se concrete entonces se puede pensar en otros tipos de uso. El Caso de Brasil es menos explícito, acá se habla de prioridad del "uso social" y se da sólo en distritos con problemas económicos o de escasez hídrica. Es un derecho que no operaría en todo el país³

3. Para más información revisar sección IV, §2°, numeral IV de la Constitución Política de la República Federativa de Brasil.



Bien nacional de uso/dominio público

6 países reconocen al agua como bien nacional y, de ellos, 5 hacen hincapié en su condición de uso o dominio público. Entre ellos, Bolivia, Brasil, Ecuador, Portugal, Uruguay y Venezuela. Sólo este último no hace referencia explícita al uso/dominio público.

Ambos elementos (de uso y dominio) hacen referencia al rol que juega en el Estado, de acuerdo con la Constitución, en su regulación. Estos países hacen referencia explícita a que el agua es un bien nacional de uso/dominio público (a excepción de Venezuela) dejando claro que la administración de dicho recurso corre por parte del Estado. En el inciso I del Artículo 26, la Constitución de Brasil por ejemplo declara que "La propiedad de los Estados incluye: aguas superficiales o subterráneas, fluyentes emergentes y en depósitos". De ahí que será rol de la Unión "establecer un sistema nacional de gestión de recursos de agua y definir criterios para otorgar derechos para su uso" (Art. 21, XIX, Constitución de Brasil). Portugal, en su artículo 84 1.a plantea que pertenecen al dominio público "Las aguas territoriales con sus lechos y fondos marinos contiguos, así como los lagos, lagunas y cursos de aguas navegables o fluctuables, con sus respectivos lechos." De ahí que las facultades de su regulación pertenezcan al Estado o a las comunidades autónomas. En la misma línea, Uruguay en su artículo 47 n° 2 plantea "Las aguas superficiales, así como las subterráneas, con excepción de las pluviales, integradas en el ciclo hidrológico, constituyen un recurso unitario, subordinado al interés general, que forma parte del dominio público estatal, como dominio público hidráulico."

De ahí entonces que en todos estos países la administración del agua sea pública. Acá se agregan 2 países: España y Grecia. Estos, a pesar de que no hacen referencia explícita a que el agua es un bien nacional de uso/interés público, sí plantean que es deber del poder público regular su uso y otorgamiento a privados. Son de particular interés acá los casos de Bolivia y Ecuador, cuyas constituciones plantean que la administración del agua es primordialmente pública, pero también comunitaria. Aunque no se explicita bien a qué refiere, Ecuador reconoce en su Constitución las figuras de lo público, de lo privado y de lo comunitario, de ahí que son estas tres entidades las que son objeto de derechos y deberes en la carta magna. Para el caso de las aguas, en el artículo 18 se plantea en primer lugar “El agua es patrimonio nacional estratégico de uso público, dominio inalienable e imprescriptible del Estado, y constituye un elemento vital para la naturaleza y para la existencia de los seres humanos.”. Más adelante, en el mismo artículo se asegura “La gestión del agua será exclusivamente pública o comunitaria. El servicio público de saneamiento, el abastecimiento de agua potable y el riego serán prestados únicamente por personas jurídicas estatales o comunitarias.” De ahí entonces que la administración del agua sea tarea tanto pública como comunitaria, pero no privada. En Bolivia la realidad es parecida: En el artículo 309 se plantea que la administración del agua es estatal, pero se puede canalizar a través de entidades comunitarias: “Administrar los servicios básicos de agua potable y alcantarillado directamente o por medio de empresas públicas, comunitarias, cooperativas o mixtas.”.

G3:**Regulación de usos
y derechos particulares**

La realidad en torno a los usos y derechos de particulares sobre las aguas es diversa. Como muestra la tabla 1 esto aparece en la mayoría de las constituciones revisadas y lo hace en 3 dimensiones: (1) otorgar derechos a privados, (2) regular los usos de particulares (3) prohibir las concesiones o privatización.

Para el primer caso el país emblemático es, precisamente, Chile que en su Constitución hace referencia sólo una vez a la regulación de las aguas y lo hace para asegurar el otorgamiento de derechos de aprovechamiento a privados: “Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos;” (Artículo 19, n° 24. Constitución Política de la República de Chile). Para el segundo caso encontramos países europeos y latinoamericanos. Están países como España o Grecia que también hacen alusión sólo una vez a la regulación de aguas, también incluyen lo privado, pero para dar cuenta de que, a pesar de que son bienes concesionables, deben someterse a regulación pública. En la Constitución española, el Estado tiene competencia exclusiva sobre “La legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma” dando cuenta entonces del derecho a la concesión a particulares, pero sometida en primer lugar al poder de la comunidad autónoma y en caso de discurrir por más de una comunidad al Estado y poder central. El caso de Grecia es similar: “Se regularán por leyes especiales las materias relativas a la propiedad y la concesión de las minas de metales, canteras, grutas, lugares y tesoros arqueológicos, aguas minerales, corrientes y subterráneas, y de la riqueza del subsuelo en general.” (Art. 18, n° 1. Constitución de Grecia).

Para el segundo caso también encontramos a Colombia, cuya Constitución en su artículo 357 – citado más arriba – plantea explícitamente que el uso de particulares y con fines extractivos sólo será posible una vez lograda la máxima del acceso universal al agua. En Brasil se hace referencia a los usos extractivos en territorios indígenas, siendo bastante explícito que en estos casos es el Congreso quien tiene las facultades para otorgar permisos de extracción de aguas: “autorizar la explotación y uso de recursos de agua, la prospección y minería de riquezas minerales en en tierras indígenas;” (art. 49, numeral XVI, Constitución República Federativa de Brasil). Algunas constituciones regulan el uso particular de las aguas, pero a la vez prohíben toda forma de privatización o concesión de ellas. Bolivia y Ecuador componen a este grupo que aglomera los puntos (2) y (3) de este apartado de análisis. En su artículo 282, la Constitución ecuatoriana plantea “Se prohíbe el latifundio y la concentración de la tierra, así como el acaparamiento o privatización del agua y sus fuentes.” Similar ejercicio realiza Bolivia, cuyo artículo constitucional 20 en su numeral 3 recita: “El acceso al agua y alcantarillado constituyen derechos humanos, no son objeto de concesión ni privatización y están sujetos a régimen de licencias y registros, conforme a ley.” Ahora bien, esto no significa que no exista el derecho a usos productivos o particulares, más bien da cuenta que en estos países los usos económicos del agua no pueden estar por sobre el acceso humano a esta. Para el caso de Ecuador: “Se requerirá autorización del Estado para el aprovechamiento del agua con fines productivos por parte de los sectores público, privado y de la economía popular y solidaria, de acuerdo con la ley.” (art.318, Constitución ecuatoriana).

G4:**Sustentabilidad y usos ecológicos**

Al igual que en la mayoría de los ítem acá revisados, respecto a sustentabilidad y usos ecológicos Bolivia y Ecuador son quienes más hacen referencias. Se suma a la lista esta vez Uruguay y Venezuela.

Respecto a usos ecológicos, Bolivia plantea la necesidad de crear servidumbres ecológicas tanto para el caso de tierras como de aguas que estén sobre explotadas. Para el caso de las aguas esto es el símil a lo que en otros textos jurídicos se conoce como caudal ecológico, esto es, asegurar un nivel de agua en la cuenca que permita y garantice la vida natural y el equilibrio ecológico que sostiene. Bolivia lo plantea del siguiente modo “La ley determinará las servidumbres ecológicas y la zonificación de los usos internos, con el fin de garantizar a largo plazo la conservación de los suelos y cuerpos de agua.” (Art.389, II. Constitución de Bolivia). En Ecuador “El Estado, a través de la autoridad única del agua, será el responsable directo de la planificación y gestión de los recursos hídricos que se destinarán a consumo humano, riego que garantice la soberanía alimentaria, caudal ecológico y actividades productivas” recita el artículo 318, haciendo referencia explícita a la figura de los caudales ecológicos.

De acuerdo con la Constitución, la política de aguas de Uruguay está basada en “a gestión sustentable, solidaria con las generaciones futuras, de los recursos hídricos y la preservación del ciclo hidrológico que constituyen asuntos de interés general.”. Para el caso Venezolano, el artículo 304 recita al respecto: “Todas las aguas son bienes de dominio público de la Nación, insustituibles para la vida y el desarrollo. La ley establecerá las disposiciones necesarias a fin de garantizar su protección, aprovechamiento y recuperación, respetando las fases del ciclo hidrológico y los criterios de ordenación del territorio.” En ambas constituciones entonces está la figura del ciclo hidrológico, conceptualizando el agua como un recurso cuya importancia radica incluso más allá del consumo y acceso humano; es constitutiva de la vida en todas sus formas.

Síntesis

La realidad sobre el reconocimiento de derechos y formas de regulación del uso de las aguas en los países seleccionados muestra diversos niveles que van desde casos donde existe mayor densidad en la protección de derechos hasta casos donde no aparece mencionado el tema. Bolivia y Ecuador representan dos países con mayor mención a la protección de derechos de agua. Otro conjunto de países que presentan un nivel intermedio de reconocimiento (Brasil, Uruguay, Portugal, Colombia y Venezuela) pero que tiende a reconocerlo como un bien nacional y a destacar la administración pública del recurso. A continuación España y Grecia que destacan el tipo de administración y la regulación del uso de particulares. A continuación se ubica Chile que solo enfatiza la protección de derechos de los particulares, y finalmente Argentina, Paraguay y Perú que no hacen mención al tema en los textos constitucionales.

Tabla 2.

Cuadro Resumen. Derechos de agua en Constituciones de países seleccionados.

	Ar	Bo	Br	Ch	Co	Ec	Es	Gr	Pa	Pe	Po	Ur	Ve
DDHH y uso prioritario humano		X				X						X	
Bien Nacional y/o uso público		X	X			X					X	X	X
Administración pública/comunitaria		X	X		X	X	X	X			X	X	X
Regula uso de particulares		X	X		X	X	X	X			X		
Protege derechos de particulares				X									
Prohíbe privatización		X				X							
Sustentabilidad		X				X						X	X
Caudal Ecológico		X				X							

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de constituteproject.org

Además, vimos casos interesantes como el de Brasil o Portugal que declaran el agua como bien nacional de administración estatal y otros, como Ecuador o Bolivia, que suman la figura de la regulación comunitaria como administrador público con competencias similares al estado. Adicionalmente, **aparecen los derechos de particulares sobre las aguas, así como también la regulación de los usos productivos. Destaca acá el caso de Chile cuyo único artículo que aparece en la constitución referido a las aguas asegura los derechos sobre particulares**, los casos de España y Grecia que dan cuenta de las posibilidades de concesión, pero siempre supeditado al poder público. Finalmente, aparecen nuevamente Ecuador y Bolivia como países en cuya constitución

aparece estampada la prohibición a cualquier forma de privatización del agua lo cual, no obstante, no significa que no pueda haber acción privada o usos productivos. Todo ello está, pero tiene mayor regulación estatal. El último apartado habla de la sustentabilidad y usos ecológicos, cosa que aparece poco en las constituciones revisadas. Acá nuevamente Bolivia y Ecuador llevan la delantera, pero se suman Uruguay y Venezuela asegurando la prevalencia de ciclos hidrológicos naturales.

La realidad del reconocimiento de derechos de aguas es divergente en los países. Acá, sin embargo, se revisó únicamente lo que atañe al agua en términos constitucionales. De ahí entonces que es importante mencionar que su regulación no es materia exclusivamente constitucional. Esto quiere decir que a pesar de la mayor o menor presencia de materias de aguas en la carta magna, existen otros tipos de regulaciones como los códigos de aguas que habría que revisar con mayor profundidad para dar cuenta de la regulación de los usos y derechos en torno al recurso hídrico.



Bibliografía de interés

Atria, F., & Salgado, C. (2015). *La propiedad, el Dominio Público y el Régimen de Aprovechamiento de Aguas en Chile*. Santiago: Thomson Reuters.

Banco Mundial (2011). *Chile: diagnóstico sobre la situación de los recursos hídricos*. Santiago.

Banco Mundial (2013). *Estudio para el mejoramiento del marco institucional para la gestión del agua*. Santiago.

Fernández, J (2019). *El agua ¿Bien nacional de uso público? Derechos de aprovechamiento, usos consuetudinarios y propiedad privada de cara a una reforma al Código de Aguas de 1981*. Documento de trabajo ICSO n° 54.

INDH. (2013). *Situación de los Derecho Humanos en Chile. Informe anual 2013*. Santiago: Instituto Nacional de Derechos Humanos.

Mathus, M., & Andino, M. (2007). *Uso de las aguas públicas y privadas*. *Derecho y administración de aguas* (1), 177-220

Naciones Unidas. (2010). 64/292. *El derecho humano al agua y saneamiento.*, (págs. 1 - 3).

Vergara Blanco, A. (1998). *Estatuto Jurídico, Tipología y Problemas actuales de los Derechos de Aprovechamiento de aguas*. *Estudios Públicos* (69), 155-205.

Verges, J. (2010). *Síntesis del diagnóstico de la gestión de los recursos hídricos: primer borrador. Informe preparado para el diagnóstico de la gestión de los recursos Hídricos*. Santiago.