

DERECHO HUMANO AL AGUA SCS ROL N° 131140-2020

XIMENA INSUNZA CORVALÁN¹

RESUMEN: este comentario trata un conflicto en torno a la provisión de agua potable mediante camiones aljibes, y su resolución permitió a la Corte Suprema referirse al derecho humano al agua y su contenido. Este pronunciamiento judicial es muy relevante toda vez que fija el marco de acción que el Estado debe garantizar en relación a este derecho humano, lo que involucra asegurar la provisión de agua potable, bajo determinados estándares, a un grupo no menor de nuestra población, que en su mayoría habitan en zonas rurales.

PALABRAS CLAVE: derecho humano al agua. Estado de alerta sanitaria. Derecho Internacional. Criterio de deferencia administrativa. Instituto Nacional de Derechos Humanos. Acción de protección.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Comentarios. 3. Conclusiones. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

En la última década, los instrumentos de derecho internacional como elementos interpretativos al momento de fallar acciones constitucionales se invocan de forma cada vez más intensa. En el año 2021, esta tendencia tuvo una expresión palmaria en la causa cuya sentencia se comenta en este texto.

Los hechos que desencadenaron el conflicto pueden resumirse como sigue: a lo menos desde el año 2002, las comunas de Petorca, Cabildo y la Ligua han tenido problemas de acceso al agua potable debido a la escasez hídrica que les afecta. En ese contexto 11 personas naturales, representadas por el Instituto Nacional de Derechos Humanos (en adelante INDH) interpusieron un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en contra de la Secretaría Regional Ministerial de Salud de Valparaíso (en

¹ Abogada, Universidad de Chile, LL.M. McGill University. Magíster en Políticas Públicas, Facultad de Economía y Negocios, Universidad de Chile. Profesora Asistente Departamento de Derecho Económico e investigador del Centro de Derecho Ambiental de la Universidad de Chile.

adelante Seremi de Salud de Valparaíso) y la Gobernación Provincial de Petorca por su omisión al no adoptar medidas para proveer este esencial elemento, más aún en el contexto de pandemia por COVID 19. De hecho, en el petitorio se menciona expresamente el estado de alerta sanitaria, declarado por el Decreto Supremo N° 4, de 2020, del Ministerio de Salud.

En concreto, en virtud de una concatenación de actos administrativos, que se detallan en la Tabla 1, se dejó sin efecto el aumento de agua a 100 litros por persona por día como consecuencia de la pandemia y se mantuvo la medida excepcional de 50 litros por persona por día, que regía con anterioridad a la alerta sanitaria. Ante esta situación, los recurrentes le reprochan a los recurridos no haber actuado ni haber desplegado ninguna acción positiva (omisión) para volver al guarismo original o, a uno que asegure su accesibilidad, disponibilidad y calidad, todo ello en un contexto de condiciones sanitarias sumamente delicadas.

Tabla 1. Actos administrativos

Acto administrativo	Nombre	Fecha	Contenido
Resolución 470/2020, Seremi de Salud de Valparaíso	Sin nombre	30 de abril de 2020	Mantiene vigente Resolución N° 23/2020, Seremi de Salud de Valparaíso
Resolución 458/2020, Seremi de Salud de Valparaíso	Sin nombre	16 de abril de 2020	Deja sin efecto la Resolución 456/2020, Ministerio de Salud
Resolución 456/2020, Seremi de Salud de Valparaíso	Sin nombre	8 de abril de 2020	El volumen de agua a distribuir para el consumo diario por persona no podía ser inferior a 100 litros diarios por habitante
Decreto Supremo 4/2020, Ministerio de Salud	Decretó alerta sanitaria por COVID 19	5 de febrero de 2020	Otorga facultades extraordinarias a las Seremi de Salud para adoptar las medidas necesarias para enfrentarla

Acto administrativo	Nombre	Fecha	Contenido
Resolución N° 23/2020, Seremi de Salud de Valparaíso	Declara zona afectada por catástrofe a algunas comunas de las regiones de Coquimbo y Valparaíso	18 de enero de 2020	Establece como mínimo de agua a proveer por persona, para las Provincias de Petorca, Quillota, San Felipe, Los Andes, Marga Marga y San Antonio, mediante el uso de camiones aljibe, deberá garantizar como mínimo, el consumo diario de 50 litros por persona
Decreto Supremo 308 de 2019, Ministerio del Interior y Seguridad Pública	Declara zona afectada por catástrofe a algunas comunas de las regiones de Coquimbo y Valparaíso	20 de Agosto de 2019	Renovación de la declaración
Ordinario N° 27, Recursos Hídricos de la Unidad de Gestión de Riesgos y Emergencias del Ministerio del Interior		8 de enero de 2019	Se solicita invocar el artículo 13 del Decreto Supremo N° 41/2016 del Ministerio de Salud, para disminuir la provisión de agua potable. Fundamentos Técnicos, entre los que destacan: a) No existe capacidad de almacenaje de un volumen mayor de agua potable; b) aumento del costo del agua que se distribuye a través de camiones aljibe

Acto administrativo	Nombre	Fecha	Contenido
Oficio N° 23863, Ministerio del Interior	Actualiza instrucciones sobre emergencia por déficit hídrico	17 de agosto de 2018	Fija cantidad de agua a 50 litros por persona por día
Decreto Supremo N° 41/2016, Ministerio de Salud	Reglamento sobre condiciones sanitarias para la provisión de agua potable mediante el uso de camiones aljibes	14 de Octubre de 2016	Artículo 13°. - El volumen de agua distribuida, para el consumo diario por persona, no podrá ser inferior a 100 litros , salvo aquellos casos calificados por la Autoridad Sanitaria.
Oficio Ordinario 18087, Subsecretaría del Interior	Informa lo que indica	18 de Agosto de 2016	Fija cantidad de agua a 50 litros por persona por día

Fuente: Elaboración propia a partir de la información de la sentencia de la CA, Rol 16770-2020², y de la CS, Rol 131140-2020³.

Frente a esta situación los actores recurren de protección invocando la garantía constitucional prevista en el numeral 1 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, esto es, la integridad física y psíquica.

La Corte de Apelaciones de Valparaíso⁴ no acogió la acción constitucional por considerar que “*en la actualidad los recurrentes cuentan con la provisión de agua determinada por los organismos correspondientes, en una resolución que se encuentra vigente y que a la fecha, no ha sido cuestionada*”. No obstante lo anterior, es relevante señalar que la Corte de Apelaciones rechazó dos de las alegaciones formales

² “Instituto Nacional de Derechos Humanos de la Región de Valparaíso/Seremi de Salud y Gobernación de Petorca”. Sentencia de 8 de octubre de 2020, causa Rol N° 16770-2020 de la Corte de Apelaciones de Valparaíso.

³ “Instituto Nacional de Derechos Humanos/Gobernación Provincial de Petorca”. Sentencia de 23 de marzo de 2021, causa Rol N° 131140-2020 de la Corte Suprema.

⁴ “Instituto Nacional de Derechos Humanos de la Región de Valparaíso/Seremi de Salud y Gobernación de Petorca” (2020).

esgrimidas por los recurridos, la primera fue la extemporaneidad del recurso, que fue desechada, pues lo que se alega es la omisión en el actuar de la Seremi de Salud y la Gobernación de Petorca, que se mantenía hasta el momento de la interposición de la acción constitucional. De igual manera, se desestimó la alegación sobre la improcedencia del recurso por no tratarse de una acción popular, toda vez que los recurrentes –11 personas naturales– se encontraban debidamente individualizados y residen en las comunas de Cabildo, La Ligua y Petorca.

En cuanto al fondo, es importante hacer presente que luego de un relato exhaustivo de la fundamentación de los actos administrativos antes referidos, la Corte de Apelaciones de Valparaíso llega a la convicción que es el Ministerio de Salud al que le corresponde la determinación de las políticas de salud y la evaluación de la situación de la población; que en ese contexto debe coordinarse con las Seremis y estas a su vez tienen el deber de concretar las acciones ordenadas por el Ministerio para el cumplimiento de sus objetivos. Es justamente en este último ámbito que se enmarca la facultad de determinar la cantidad de agua diaria a entregar por persona, pues son “*esos organismos los que cuentan con los antecedentes técnicos, económicos y materiales*”. Claramente, en la sentencia del tribunal *a quo prima* el criterio de deferencia hacia la Administración en cuanto ella está en mejores condiciones para evaluar las distintas dimensiones que engloban una situación de compleja solución.

Por su parte, la Corte Suprema, conociendo el recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia antes mencionada, efectúa un razonamiento detallado y de naturaleza muy diferente para revocar lo resuelto y acoger la acción de protección “*solo en cuanto se ordena a los recurridos –Secretaría Regional Ministerial de Salud de Valparaíso, y la Gobernación Provincial de Petorca–, adoptar todas las medidas necesarias, a fin de asegurar a los recurrentes y a la comunidad de Petorca, 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 deberán coordinarse con las autoridades del nivel central, regional y comunal competentes, a fin de dar cumplimiento a lo ordenado por esta Corte*”⁵.

⁵ “Instituto Nacional de Derechos Humanos/Gobernación Provincial de Petorca” (2021).

Nuestro máximo Tribunal, a diferencia de la Corte de Apelaciones, se aparta del criterio de deferencia administrativa y cuestiona el contenido de los actos administrativos, utilizando, para fundar su decisión, instrumentos internacionales y otros de *soft law* que contienen compromisos adoptados por Chile en materia internacional, transformándolos, en este caso, en normas *decisoria litis*.

Tabla 2. Instrumentos Internacionales

Nombre Instrumento	Año	Fuente
Convención Americana sobre Derechos Humanos	1969	Artículos 4, 5 y 26
Convención Interamericana sobre Derechos de las Personas Mayores	2017	Artículo 25
Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad	2006	Artículo 28
Convención sobre los Derechos del Niño	1989	Artículo 24.1
Comité de Derechos económicos, sociales y culturales de la Organización de Estados Americanos	2007	Observación General N° 15, párrafo 23
Directrices Organización Mundial de la Salud	2017	631 páginas
Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos	2019	Informe sobre el desarrollo de los recursos hídricos en el mundo
Corte Interamericana de Derechos Humanos	2020	Sentencia Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) v. Argentina

Fuente: Elaboración propia a partir de la información de la sentencia “Instituto Nacional de Derechos Humanos/Gobernación Provincial de Petorca” (2021).

La propia Corte nos indica que este razonamiento ya ha sido esgrimido en otra sentencia de la Corte Suprema de 18 de enero

de 2021, causa Rol N° 72.198-2020⁶, en la que se señaló que *“el Estado de Chile, al ratificar diversos Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos y otros instrumentos propios del Derecho Internacional, ha adquirido voluntariamente una serie de obligaciones que resultan vinculantes, por expresa disposición del artículo 5, inciso 2°, de la Constitución Política de la República, en relación con sus artículos 1° y 4, todos los cuales se insertan en el Capítulo I del Texto Político, intitulado “De las Bases de la Institucionalidad”.*

Asimismo, es importante mencionar que dos días antes de la dicción del fallo materia de estudio, el ministro Sergio Muñoz, en causa Rol N° 1853-2019⁷, fue disidente en una disputa por desconexión al agua potable en una zona rural, y fundamenta su voto en contra⁸ refiriéndose justamente al derecho humano al agua, invocando al efecto lo dispuesto en la Resolución 64/292, de 28 de julio de 2010, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que establece que el acceso seguro a agua potable salubre y al saneamiento son un derecho humano fundamental. Otras sentencias⁹ en el mismo sentido ratifican el criterio de la Corte Suprema.

2. COMENTARIOS

El primer elemento interesante a destacar en relación a este fallo, es la comparecencia del Instituto Nacional de Derechos Humanos como representante de las 11 personas que habitan las comunas de Cabildo, Petorca y La Ligua. Al respecto cabe señalar que si bien la

⁶ “Gallardo con Anglo American Sur S.A.” Sentencia de 18 de enero de 2021, causa Rol N° 72.198-2020 de la Corte Suprema.

⁷ “W.J.P. en contra de R.F.S. por la Organización Comunitaria ‘Comité de Agua Potable Rural Niebla-Los Molinos’”. Sentencia de 21 de marzo de 2019, causa Rol N° 1853-2019 de la Corte Suprema.

⁸ “W.J.P. en contra de R.F.S. por la Organización Comunitaria ‘Comité de Agua Potable Rural Niebla-Los Molinos’” (2019). “Que, por consiguiente, solo la ley es competente para regular el ejercicio de los derechos fundamentales, entre ellos, el que dice relación con la suspensión y desconexión del suministro de agua potable en un sector rural, circunstancia que no acontece en la especie, desde que la recurrida ha procedido de la manera señalada aduciendo estar facultada por las disposiciones estatutarias y sin que pueda invocar un texto legal que la habilite para privar a la actora del suministro de agua potable”.

⁹ Sentencia de 5 de julio de 2021, causa Rol N° 17649-2021 de la Corte Suprema; Sentencia de 15 de abril de 2021, causa Rol N° 94-2021 de la Corte de Apelaciones de Iquique.

Ley N° 20.405 –que crea esta corporación autónoma de derecho público– no señala expresamente dentro de su objeto las materias ambientales, desde hace a lo menos una década, en el entendido que son derechos humanos, el INDH ha tomado un rol activo en la defensa de la calidad de vida de las personas que residen o trabajan en zonas afectadas por distintas problemáticas ambientales. Un ejemplo de lo anterior fue la actuación que el Instituto tuvo en el recurso de protección interpuesto a propósito de las emanaciones tóxicas de la bahía de Quintero-Puchuncaví-Ventanas¹⁰. Si bien este conflicto no se enmarca en la garantía del numeral 8 de la Constitución Política de la República, es innegable la relación entre medio ambiente (sistema) y el agua (uno de sus componentes).

Un segundo aspecto relevante es que con esta sentencia se materializa la acción de protección como un mecanismo idóneo para la exigibilidad de derechos humanos no consagrados expresamente en nuestro ordenamiento jurídico nacional, pero sí en el internacional, utilizando para ello el catálogo de derechos fundamentales previsto en el artículo 19 de la Constitución Política. En este caso, tal como lo señalamos, no se invoca el numeral 8 relativo al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, sino el numeral 1, esto es el derecho a la vida e integridad física y psíquica, y aunque no se explicita todo ello, ocurre bajo el alero del artículo 5 de nuestra carta fundamental, el que dispone *“el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”*. En otras palabras, la consecuencia directa de esta sentencia es que hay derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales vinculantes, o incluso en otros de naturaleza *soft law* como una resolución de las Naciones Unidas que no tienen un correlato explícito en nuestra carta fundamental, pero que sí serían exigibles. En este mismo sentido, vale la pena mencionar que la Corte vincula lo anterior a los grupos vulnerables y por ello se refiere a instrumentos tales como la Convención sobre los Derechos

¹⁰ “Francisco Chahuan Chahuan con Empresa Nacional de Petróleos, ENAP S.A” Sentencia de 28 de mayo de 2019, causa Rol N° 5888-2019 de la Corte Suprema.

del Niño y la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Una tercera dimensión significativa es que los recurrentes reprochan una omisión, esto es, no haber adoptado las medidas necesarias “para proveer de agua potable en cantidad suficiente y adecuada a los habitantes” y no se ataca un actuar directo de la Administración. Lo anterior permite a la Corte Suprema llegar a la conclusión que hay alegaciones que no han sido resueltas, y con ello, revocar la sentencia para exigir al Estado una conducta que involucra la provisión de agua en el límite superior de lo indicado por la Organización Mundial de la Salud.

Por último, cabe destacar que la redacción de este fallo es de la Ministra Adelita Ravanales que se integró recientemente a la Corte Suprema, el 14 de octubre de 2020 y que al menos por este año integrará la tercera sala, lo que permite conjeturar que la aplicación del derecho internacional tendrá un auge en su aplicación.

3. CONCLUSIONES

El fallo dictado por la Corte Suprema es relevante, pues materializa al recurso (acción) de protección como un mecanismo idóneo para la exigibilidad de los derechos humanos previstos en instrumentos internacionales ratificados por Chile enmarcándolos en el catálogo de garantías constitucionales del artículo 19 de nuestra Constitución Política de la República. Si bien la Corte Suprema, en su argumentación, cita fallos anteriores que están en la misma línea, en esta ocasión, es considerable la diferencia de enfoque que adopta nuestro máximo tribunal en relación con la fundamentación de la Corte de Apelaciones, que resuelve el conflicto bajo la lógica del contencioso administrativo, no solo recurriendo a diferentes instrumentos internacionales como elementos hermenéuticos, sino que los aplica directamente como normas *decisoria litis*, sin distinguir, además, la naturaleza de los mismos.

En cuanto a la consistencia interna de la sentencia en comento —cuestión que podría extenderse a otras decisiones de la Corte Suprema—, cabe advertir que la sentencia del tribunal *ad quem* mantiene incólumes diversos considerandos de la sentencia apelada (en este caso, prácticamente todos menos dos), lo que no colabora

al entendimiento cabal del razonamiento detrás de la decisión del máximo Tribunal. Como se ha dicho, la argumentación de la Corte de Apelaciones discurrió bajo la lógica del contencioso administrativo y, sin embargo, solo dos de sus considerandos fueron anulados, manteniéndose vigentes los demás; ello importa que parte importante de la argumentación del tribunal *a quo* se mantuvo, cuando dichos considerandos fueron escritos para rechazar el recurso de protección. Está “técnica de factura”, que puede entenderse en casos concretos como un recurso de “economía procesal”, no parece alcanzar dicho objetivo en este caso en particular.

Sin perjuicio del esfuerzo llevado a cabo por la Corte Suprema, y al margen de la “justicia material” que es posible advertir en el caso en concreto, la pregunta que surge apunta a cuál es la consecuencia del razonamiento jurídico utilizado por la Corte Suprema en futuros casos. ¿Son invocables en juicio tratados que no han sido necesariamente desarrollados en el derecho doméstico de forma directa? ¿Es razonable decidir conflictos como el analizado apartándose de la naturaleza administrativa del mismo, obviando o desconociendo la deferencia que requiere la Administración a este respecto? En otras palabras, ¿se sustenta un fallo que resuelve uno de los problemas más sensibles del momento –el acceso al agua– obviando el contexto normativo que lo arrastró a la justicia? ¿Cómo hubiera sido el razonamiento de la Corte de Apelaciones si los recurrentes hubieran hecho la misma argumentación que la Corte Suprema? ¿Podrá un empresario acudir mediante recurso de protección a la Corte invocando determinado Tratado de Libre Comercio o los Acuerdos de Promoción y Protección de Inversiones cuando estos protegen el derecho de propiedad, toda vez que este también es derecho reconocido nacional e internacionalmente, y muy intensamente en nuestro derecho doméstico? Podría operar la ponderación de derechos, eventualmente, pero, sin duda, si enfrentamos el derecho humano al agua y el derecho de propiedad, no sería hoy posible desconocer que el segundo tiene un reconocimiento expreso en nuestra Constitución Política de la República, mientras que el primero requiere de un esfuerzo interpretativo como el de la sentencia objeto del presente comentario. Estas preguntas solo son medios para develar que la ausencia de políticas públicas en materias tan sensibles deben ser satisfechas por el poder legislativo, y en el momento actual, por el poder constituyente, para evitar la resolución caso a caso.

En este sentido, teniendo en consideración el contexto temporal en que se ha decidido el presente caso, donde las demandas relativas al agua, desde su perspectiva ambiental y económica, llevan a lo menos una década y estuvieron presentes durante la campañas para elegir a los convencionales constituyentes y han estado en la discusión de un nuevo texto constitucional, es posible entender la presente sentencia como un adelanto de lo que en el futuro próximo pueda ser una cuestión cuya decisión no exija un esfuerzo hermenéutico desgastante, que apela a colmar vacíos domésticos recurriendo al derecho internacional para alcanzar un final seguramente similar, cuestión que, por cierto, está por averiguarse.

BIBLIOGRAFÍA

- “Instituto Nacional de Derechos Humanos de la Región de Valparaíso/Seremi de Salud y Gobernación de Petorca”. Sentencia de 8 de octubre de 2020, causa Rol N° 16770-2020 de la Corte de Apelaciones de Valparaíso.
- “Instituto Nacional de Derechos Humanos/Gobernación Provincial de Petorca”. Sentencia de 23 de marzo de 2021, causa Rol N° 131140-2020 de la Corte Suprema.
- “Gallardo con Anglo American Sur S.A.” Sentencia de 18 de enero de 2021, causa Rol N° 72.198-2020 de la Corte Suprema.
- “W.J.P. en contra de R.F.S. por la Organización Comunitaria ‘Comité de Agua Potable Rural Niebla-Los Molinos’”. Sentencia de 21 de marzo de 2019, causa Rol N° 1853-2019 de la Corte Suprema.
- Sentencia de 5 de julio de 2021, causa Rol N° 17649-2021 de la Corte Suprema; Sentencia de 15 de abril de 2021, causa Rol N° 94-2021 de la Corte de Apelaciones de Iquique.
- “Francisco Chahuan Chahuan con Empresa Nacional de Petróleos, ENAP. S.A” Sentencia de 28 de mayo de 2019, causa Rol N° 5888-2019 de la Corte Suprema.