

## El derecho internacional como excusa para cuantificar el derecho al agua (Corte Suprema)

### *International Law as an Excuse for Quantifying the Right to Water (Supreme Court)*

*Comentario de Álvaro Paúl Díaz\**

Santiago, veintitrés de marzo de dos mil veintiuno.

#### VISTOS:

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de sus motivos décimo quinto a décimo sexto, que se eliminan.

#### Y SE TIENE EN SU LUGAR Y, ADEMÁS, PRESENTE:

PRIMERO: Que comparece don Fernando Martínez Mercado, abogado del Instituto Nacional de Derechos Humanos, en favor de las personas que habitan las comunidades de Petorca, Cabildo, La Ligua, particularmente en favor de once personas naturales que se individualizan en el libelo y que habitan en esas localidades, y recurre de protección en contra de la Secretaría Regional Ministerial de Salud de Valparaíso y en contra de la Gobernación Provincial de Petorca, debido a la omisión ilegal de adoptar las medidas necesarias para proveer agua potable en cantidad suficiente y adecuada, para abastecer esas localidades, a efectos de que la población pueda ejercer las medidas de higiene y saneamiento necesarias para la prevención y contagio del Covid-19, en dichos municipios.

SEGUNDO: Que, en síntesis, la acción constitucional se funda en la escasez hídrica que afecta a los valles interiores de la provincia de Petorca desde el año 2002, habiéndose adoptado una serie de medidas desde el año 2012, la que ha ido renovando, siendo la más reciente el Decreto Supremo Nº 308 de 20 de agosto de 2019, que declaró zona de catástrofe estos territorios por doce meses. En lo que incide con el recurso de apelación

---

\* Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de los Andes, Chile. Abogado. Magíster en Derecho, Universidad de Oxford, Inglaterra. Doctor en Derecho, Trinity College Dublin, Irlanda. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3882-450X>. Correo electrónico: [alvaro.paul@uc.cl](mailto:alvaro.paul@uc.cl).

Este trabajo se basa en la presentación hecha en los XI Coloquios de Derecho Internacional, "Relación del Derecho Internacional y del Derecho Nacional: Nuevas Perspectivas".

deducido, afirman que se proporcionó a los habitantes de esas comunidades 100 litros diarios de agua por persona, los que fueron reducidos a 50 litros diarios por persona, mediante el Ordinario Nº 18.087 de la Subsecretaría del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, de agosto de 2016.

[...]

TERCERO: Que en su libelo, la parte recurrente solicita la adopción concreta de las siguientes medidas:

1. Se ordene proveer a la Provincia de Petorca de agua potable en cantidad suficiente y adecuada para que la población pueda ejercer las medidas de higiene y saneamiento necesarias para la prevención y contención del contagio del COVID-19, en razón del estado de alerta sanitaria, declarado por el Decreto Supremo Nº 4 de 2020, del Ministerio de Salud.
2. La recurrida, en virtud del Decreto Supremo Nº 4 de 2020, debe adquirir agua de manera directa y satisfacer el requerimiento de cantidad suficiente y adecuada por contexto de Covid-19.
3. Se considere como estándar de provisión de agua lo establecido en el Decreto Supremo Nº 41 de 2016.
4. Se ordene dejar sin efecto la Resolución Nº 458/2020, por arbitraria e ilegal y por carecer de una debida fundamentación.

[...]

UNDÉCIMO: Que, respecto al suministro de agua potable a la población afectada por escasez hídrica, tal como ha sido resuelto en la causa Rol 72.198-2020, de esta Corte Suprema, 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 2º, de la Constitución Política de la República, en relación con sus artículos 1º y 4, todos los cuales se insertan en el Capítulo I del Texto Político, intitulado “De las Bases de la Institucionalidad”.

Así, el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos garantiza el derecho a la vida, desarrollando la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el concepto de “vida digna”, que incluye el derecho de acceso al agua. En la misma dirección, la Convención establece el derecho a la integridad personal en su artículo 5 Nº 1: “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”.

En este orden de consideraciones, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) v. Argentina”, Fondo, Reparaciones y Costas, por sentencia de 6 de febrero de 2020, señaló que: “Párrafo 222. El derecho al agua se encuentra protegido por el artículo 26 de la Convención Americana. Ello se desprende de las normas de la Carta de la OEA, en tanto las mismas permiten derivar derechos de los que, a su vez, se desprende

el derecho al agua. Párrafo 227. El Comité DESC ha señalado que “el derecho al agua entraña tanto libertades como derechos”. Las primeras implican poder “mantener el acceso a un suministro de agua” y “no ser objeto de injerencias”, entre las que puede encontrarse la “contaminación de los recursos hídricos”. Los derechos, por su parte, se vinculan a “un sistema de abastecimiento y gestión del agua que ofrezca a la población iguales oportunidades de disfrutar del derecho”. Destacó también 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. El abastecimiento de agua de cada persona debe ser continuo y suficiente para los usos personales y domésticos [...]. b) La calidad. El agua necesaria para cada uso personal o doméstico debe ser salubre [...]. Además, el agua debería tener un color, un olor y un sabor aceptables [...]. 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”.

También, se debe considerar lo prevenido en la Convención Interamericana sobre Derechos de las Personas Mayores, ratificada por el Estado el 1 de septiembre de 2017, que en su artículo 25 reconoce el derecho al agua como parte del derecho a vivir en un medio ambiente sano, en los siguientes términos: “Art. 25. Derecho a un medio ambiente sano. La persona mayor tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos, a tal fin los Estados Parte adoptarán las medidas pertinentes para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho, entre ellas:

- 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, entre otros”.

Por su parte, el artículo 24.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño prescribe que:

“Art. 24.1: Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud [...]. 2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: c) Combatir las enfermedades y la malnutrición [...] mediante, entre otras cosas, [...] el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre [...]; e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos [...]”.

DUODÉCIMO: 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 y contaminen o exploten en forma no equitativa los recursos de agua, con inclusión de las fuentes naturales, los pozos y otros sistemas de distribución de agua" (Comité DESC. Observación General Nº 15. párr. 23, disponible en <http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/epcomm15s.html>).

El Comité, en la señalada Observación General Nº 15, ha definido el derecho al agua como "el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para uso personal y doméstico". Asimismo, ha precisado que este derecho comprende solo los usos personales y domésticos, esto es, consumo, lavado de ropa, preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica. No considera el agua necesaria para la agricultura y el pastoreo, la que está comprendida en el derecho a una alimentación adecuada, particularmente tratándose de los pequeños agricultores.

A su vez, conforme a las directrices entregadas por la Organización Mundial de la Salud (OMS) el derecho al agua se debe garantizar en los siguientes extremos:

- a) Disponibilidad: El abastecimiento de agua ha de ser continuo y suficiente para la satisfacción de las necesidades básicas de la persona. La OMS ha señalado que 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: Las personas deberían acceder al agua en condiciones de igualdad y no discriminación. Además, las fuentes de agua han de estar a una distancia razonable, lo que en concepto de la OMS supone una distancia menor a mil metros del hogar y treinta minutos en tiempo de traslado.

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.

- d) Las personas tienen derecho a la información en forma cabal y completa, sobre todas las cuestiones relativas al uso del agua en su comunidad (Folleto Informativo Nº 35: "El derecho al agua". Elaborado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Ginebra, [www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet35sp.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet35sp.pdf)).

DÉCIMO TERCERO: De las disposiciones recientemente citadas, emerge nítidamente una conclusión irredargüible: toda persona, por su dignidad 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.

DÉCIMO CUARTO: Que, si el derecho al agua es un derecho humano fundamental, con mayor razón lo es tratándose de ciertos grupos vulnerables y categorías protegidas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: los pobres de zonas urbanas y rurales; las mujeres (Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 1979); los niños (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989); las personas con discapacidad (Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, 2006); los refugiados y las personas internamente desplazadas; y los pueblos indígenas (Folleto Informativo N° 35: “El derecho al agua”, op. Cit., páginas 19 a 26).

DÉCIMO QUINTO: Que, respecto de estos grupos y categorías protegidas, la obligación del Estado es especialmente intensa considerando la situación de vulnerabilidad en que se encuentran. De esta manera, el Estado de Chile, a través del Ministerio del Interior y Seguridad Pública y los demás órganos competentes debe asegurar la provisión de, a lo menos, 100 litros diarios por persona, respecto de estos grupos o categorías protegidas, modificando los criterios y requisitos establecidos en el Oficio Ordinario N° 18.087 de 18 de agosto de 2016, de la Subsecretaría del Interior, a fin de garantizar el acceso del vital elemento a favor de estos grupos.

DÉCIMO SEXTO: Que, de todo lo que se ha venido señalando hasta acá, fluye con nitidez el deber del Estado de garantizar el acceso de los recurrentes y de la población al agua, en una proporción no inferior a 100 litros diarios por persona, de manera que se constata una actuación deficiente de las recurridas al no adoptar todas las medidas necesarias para asegurar no solo a los actores, sino a la comunidad toda, especialmente a las categorías protegidas por el Derecho Internacional, el acceso al agua, omisión que deviene en ilegal y arbitraria y que vulnera la garantía de igualdad ante la ley.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, por todo lo razonado, el recurso de protección deducido deberá ser acogido, sin que sea un obstáculo para ello que la recurrida, Seremi de Salud de la Región de Valparaíso, luego de acogerse el Recurso de Protección Rol N° 13.983-2020, que dejó sin efecto la Resolución N° 458, que fijaba una cantidad de 50 litros diarios para el consumo humano, dictará la Resolución N° 470 de 30 de abril de 2020, que nuevamente fija la cantidad máxima de agua para consumo diario en 50 litros por persona, pues hasta la fecha no ha cambiado las circunstancias que permitirían una eventual disminución del recurso hídrico, proporcionado para el consumo humano, sino que por el contrario éstas se han agravado dado lo prolongado del tiempo en que la pandemia del Covid-19 sigue afectando a la población mundial, circunstancia que evidentemente exige incrementar medidas de higiene y salubridad en la población, brindándose la tutela correspondiente en la forma que se dirá en lo resolutive.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y en el Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, **se revoca** la sentencia apelada de ocho de octubre de dos mil veinte, dictada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, y en su lugar se declara que **se acoge** el recurso de protección deducido, solo en cuanto se ordena a los recurridos Secretaria 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.

Específicamente, deberán recabar de la Subsecretaría del Interior del Ministerio del Interior y Seguridad Pública la modificación a la brevedad del Oficio Ordinario Nº 18.087 de 18 de agosto 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 Provincia de Petorca, afectados por la situación de extrema escasez hídrica que afecta a varias Regiones del país, entre ellas, la Quinta Región de Valparaíso.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo de la Ministra señora Ravanales. Rol Nº 131.140-2020.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (a) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. María Eugenia Sandoval G., Sra. Adelita Ravanales A., Sr. Mario Carroza E. y el Abogado Integrante Sr. Álvaro Quintanilla P. No firma, no obstante haber concurrido al acuerdo de la causa, la Ministra Sra. Sandoval por haber cesado en funciones.

## COMENTARIO

### I. *Introducción*

Es difícil imaginar la vida actual de una persona usando menos de 100 litros diarios de agua. De hecho, el uso promedio de un chileno se acerca más al doble de dicha cantidad (unos 172 litros<sup>1</sup>). Comentaremos en este trabajo una sentencia referida al derecho al agua, un tema de gran relevancia, atendida la situación crítica que se vive en muchos poblados a nivel nacional por la escasez de este recurso. Este comentario no busca referirse a la cantidad mínima de agua que necesitamos ni intenta negar que la crisis hídrica es uno de los grandes problemas que afectan materialmente al país. Tampoco hace juicios contrarios a la existencia de un derecho al agua desde un punto de vista sustantivo. Lo que se pretende es reflexionar acerca del modo cómo algunos tribunales –la Corte Suprema en este caso– afirman que el Derecho internacional exige más

---

<sup>1</sup> MARTICORENA, Jessica, 2020: “Consumo de Agua Promedio por Persona en Chile Supera la Media de Europa, Aunque Está Muy por Debajo de la de Estados Unidos”, *El Mercurio* (02/02/2020), B10.

de lo que realmente hace. En efecto, en ocasiones los tribunales utilizan instrumentos internacionales no vinculantes para afirmar la existencia de obligaciones inexistentes y, en la práctica, terminan constituyéndose en creadores de normas nacionales.

Los jueces están llamados a aplicar el Derecho, sea que tenga su origen en el fuero nacional o internacional. En efecto, el Derecho internacional empieza a formar parte del nacional una vez que se incorpora a este, sin perjuicio de que algunas normas del Derecho internacional incorporadas al nacional puedan no ser autoejecutables (lo que dependerá de múltiples factores<sup>2</sup>). En el ámbito internacional existe también el *soft law*, que carece de poder vinculante. Como sabemos, este es un concepto de *bolsillo de sastre* que se usa para referirse a cualquier instrumento internacional que contenga expectativas de comportamiento estatal, que no sea un tratado internacional. El *soft law* o Derecho blando no se incorpora como norma al Derecho nacional, por lo que no puede ser aplicado por nuestra judicatura como una fuente jurídica en sí misma<sup>3</sup>.

## II. *Antecedentes del caso*

En marzo de 2021, la Corte Suprema falló la apelación de un recurso de protección presentado en favor de los habitantes de Petorca, Cabildo y La Ligua, en contra de la Secretaría Regional Ministerial de Salud de Valparaíso y de la Gobernación Provincial de Petorca. Esta acción se dedujo alegando “la omisión ilegal de adoptar las medidas necesarias para proveer agua potable en cantidad suficiente y adecuada, para abastecer esas localidades, a efectos de que la población pueda ejercer las medidas de higiene y saneamiento necesarias para la prevención y contagio del Covid-19, en dichos municipios”.

Este caso se presenta en el contexto de la escasez hídrica que afecta a las antedichas localidades desde hace casi dos décadas, que ha hecho que se les declare zonas de catástrofe y de alerta sanitaria. El principal motivo de este recurso venía dado porque, luego de determinarse que debía proporcionarse a los habitantes de estas localidades una cantidad de 100 litros diarios de agua por persona, se redujo al poco tiempo a 50 litros diarios. El principal argumento que daban los recurrentes, fue que esta última cantidad “se encuentra por debajo de los 100 litros mínimos de consumo humano diario, que ha fijado la Organización Mundial de la Salud”, y que las exigencias sanitarias que habría traído la actual pandemia agravarían los efectos de su situación. El Estado alegó que, entre los fundamentos de su medida, figuraba la dificultad de almacenar la cantidad indicada y la generación de mayores costos.

Al fallar, la Corte Suprema dio lugar al recurso y revocó la sentencia de primera instancia. Ordenó que debía proveerse agua en una cantidad de 100 litros diarios por persona. En lo que respecta a la argumentación respecto del derecho al agua, la Corte

---

<sup>2</sup> FUENTES TORRIJO, Ximena y PÉREZ FARÍAS, Diego, 2018: “El Efecto Directo del Derecho Internacional en el Derecho Chileno”, *Revista de Derecho (Universidad Católica del Norte)*, año 25, N° 2, pp. 140-151.

<sup>3</sup> El Tribunal Constitucional comprendió esta distinción en un caso donde se le argumentó sobre la base de simples recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo. Tribunal Constitucional, 9.5.2016, rol 3016(3026)-16-CPT, cons. 53-57.

Suprema reiteró lo previamente afirmado en la sentencia *Gallardo con Anglo American Sur S.A.*<sup>4</sup> En tal sentido, gran parte de lo que se afirma en este trabajo podría también predicarse de dicha sentencia.

Este comentario destacará principalmente el modo cómo la Corte Suprema fijó el deber de entregar una cantidad determinada de agua a los pobladores de las comunidades afectadas. Ello, porque el razonamiento de la Corte muestra un desconocimiento de la distinción entre el Derecho internacional, propiamente tal, y el *soft law*. Quizá el ejemplo más llamativo de esta utilización de *soft law* es la cita, en un par de ocasiones, de un “folleto informativo” (cons. 12° d y 14°). En efecto, aunque dicho folleto sea un documento trabajado, no parece adecuado que el máximo tribunal de un Estado lo considere como una fuente de Derecho.

### III. *Argumentación basada en soft law*

El punto de partida de la argumentación de la Corte Suprema es el hecho irrefutable de que el Estado de Chile se encuentra obligado por lo dispuesto en diversos tratados internacionales en materia de derechos humanos (cons. 11°). Al afirmar esto, la Corte se basa en el artículo 5, inciso 2 de la Constitución, que afirma que la soberanía está limitada por los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, reconocidos en tratados internacionales ratificados por Chile. No era necesario fundamentar la obligación que se tiene de respetar los tratados en esta norma, ya que el Estado se encuentra obligado por todo tipo de tratados internacionales que ha ratificado, no solo por los de derechos humanos. En efecto, el artículo 5, inciso 2, es más relevante para determinar la jerarquía de los tratados –tema que no se discute en este caso, pues aquí se impugnan solo normas de la potestad reglamentaria–, que la existencia de una obligación general de cumplimiento de los mismos.

Posteriormente, la Corte se refirió a la existencia del derecho humano al agua, que se consagra en ciertas normas vinculantes referidas a grupos vulnerables, cuales son, la Convención sobre los Derechos del Niño (Art. 24.2.c) y la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos de las Personas Mayores (Art. 25.b). Sin embargo, estas normas no consagran un derecho al agua para la generalidad de la población. Para determinar si el derecho al agua es aplicable a todos los individuos de la sociedad, era necesario hacer una mayor argumentación, que la Corte Suprema omite. En efecto, para afirmar la existencia de un derecho humano al agua se requiere hacer un desarrollo argumentativo. En lugar de hacerlo, la Corte Suprema toma la vía fácil de acudir a argumentos de autoridad, basándose en *soft law* emitido por algunos órganos internacionales, pero olvida que tales instrumentos no obligan, por lo que su argumentación no resulta convincente.

La Corte Suprema hace un gran despliegue de *soft law* en su sentencia. Ella parece querer inundar al lector con este tipo de referencias, para hacerlo olvidar que una suma

---

<sup>4</sup> Corte Suprema, 18.1.2021, rol 72.198-2020.



de instrumentos no vinculantes no puede generar efectos obligatorios. Debemos reconocer que muchos consideran que el Derecho internacional no es un sistema binario donde encontramos solo instrumentos vinculantes e instrumentos no vinculantes, sino que es uno donde existe una relatividad normativa, de modo que el *soft law* tendría una cierta obligatoriedad. Esta opinión, sin embargo, contraría en gran medida el modo como se comportan los Estados a nivel internacional, y también la Corte Internacional de Justicia (aunque va en línea con el modo como la Corte Interamericana de Derechos Humanos usa estos instrumentos). Además, es contrario al entendimiento mayoritario en el debate nacional, lo que quedó en claro cuando el expresidente Piñera decidió no firmar el Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular (que a pesar de llamarse “pacto”, es solo un acuerdo no vinculante). En efecto, en ese momento se le argumentó profusamente en los medios que él no debía tener miedo de firmar dicho pacto, ya que no era vinculante.

Tampoco puede negarse que el *soft law* tiene cierta utilidad al momento de interpretar el Derecho, pero hay que usarlo con muchísimo cuidado, para evitar la tentación de crear Derecho donde no existe. Como afirma un autor clásico, en el tema de la relatividad normativa, “la acumulación de no-derecho o prederecho no es más adecuada para crear Derecho, de lo que es tres veces nada para crear algo”<sup>5</sup>. El problema es que la Corte Suprema no parece notar esto. De hecho, en ocasiones ha usado como fuente del Derecho algunos instrumentos que ni siquiera constituyen *soft law*, sino que instrumentos privados elaborados por ciertas personalidades<sup>6</sup>. Por eso, ella debiera darle una mayor estructura y racionalidad a su uso de *soft law*.

#### IV. *Determinación de una política pública que no sustenta ni en soft law*

Uno de los temas más cuestionables del fallo es el modo cómo extrae la supuesta obligación estatal de entregar 100 litros de agua diarios por persona. En efecto, incluso en el entendido de que el Derecho internacional consagrara para el caso de Chile un derecho humano al agua para la generalidad de las personas (y no solo para los niños y los adultos mayores), ello no es equivalente a afirmar que existe la obligación de entregar un número determinado de litros. Si el Derecho internacional no consagra una cantidad específica, ello debiera estar entregado a la definición por parte de las autoridades nacionales competentes, que conocen las necesidades de la población y las posibilidades materiales de cubrirlas. No obstante, la Corte Suprema fue atrevida, y afirmó que “fluye con nitidez” que el Estado debe garantizar agua en una cantidad de 100 litros por persona. La expresión “fluye con nitidez” no se ajusta a la realidad, y parece querer encubrir una argumentación deficiente.

<sup>5</sup> WEIL, Prosper, 1983: Towards Relative Normativity in International Law?, *The American Journal of International Law*, volumen 77, p. 147 (la traducción es nuestra).

<sup>6</sup> Por ejemplo, cuando basó una decisión en los Principios de Yogyakarta. Corte Suprema, 29.5.2018, rol 70584/2016, cons. 12°.

En efecto, la misma Corte reconoce que la “OMS ha señalado que [la disponibilidad del agua] supone entre 50 y 100 litros de agua por persona” (cons. 12°, letra a). Por ello, si el *soft law* aludido recomienda la entrega de entre 50 y 100 litros de agua, no se entiende por qué la Corte ordena la entrega de 100 litros, en lugar de permitir que el Estado siga entregando los 50 litros que ya estaba poniendo a disposición de la población. Por lo demás, ni siquiera existe una obligación de entregar 50 litros, ya que la OMS no tiene el poder para generar obligaciones para los Estados en esta materia. Por último, el mismo folleto aludido por la Corte Suprema afirma que podría decirse que el mínimo es de 20 a 25 litros por persona al día, aunque dicho mínimo generaría preocupaciones sanitarias<sup>7</sup>.

Tampoco queda claro por qué la Corte Suprema ordena hacer entrega del agua “con cargo al presupuesto” de la Subsecretaría del Interior. En efecto, que algo sea derecho humano no significa que deba ser entregado de forma gratuita. Así, por ejemplo, existe el derecho humano básico y fundamental a la alimentación, pero ello no implica que sea el Estado el que deba entregarla en forma gratuita y generalizada a los habitantes de ciertas comunas.

## V. Conclusiones

La sentencia comentada se une a otras donde la Corte Suprema ha exhibido falta de precisión y cuidado al momento de presentar sus argumentos basados en el Derecho internacional. En esta sentencia, la Corte usa instrumentos vinculantes y no vinculantes para crear a nivel nacional una obligación que no existe a nivel internacional. Con ello, en lugar de aplicar el Derecho, la Corte Suprema termina encontrando derechos nuevos, inmiscuyéndose en las labores legislativas. Asimismo, la Corte Suprema se embarca en la definición de políticas públicas al determinar la cantidad y la forma en que debe entregarse el agua, ejerciendo el rol de los miembros del Gobierno. Al hacerlo, la Corte Suprema va en contra de uno de los principales axiomas del Estado de Derecho –probablemente el mayor avance jurídico que nos ha dado la modernidad–, cual es que los órganos públicos solo pueden realizar las acciones para las que se les ha dado competencia.

Asimismo, puede también decirse que con sentencias como la comentada, la Corte Suprema está dando microgolpes a la separación de poderes y a la democracia, pues los ciudadanos votan por los parlamentarios para que redacten leyes, y por el Gobierno para que defina las políticas públicas. Ellos no votan por los jueces, en atención a que estos tienen la función técnica de aplicar la ley escrita. Sin embargo, la Corte Suprema comienza a ejercer funciones que le son ajenas, sin tener la legitimidad democrática necesaria para hacerlo. No puede dudarse que la Corte Suprema tuvo buenas intenciones al dictar este fallo, pero el fin no justifica los medios.

---

<sup>7</sup> Oficina del Alto Comisionado para los DD.HH., ONU Habitat y OMS, 2011: *El Derecho al Agua, Folleto Informativo* N° 35, p. 9. Disponible en <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/FactSheet35sp.pdf> [Fecha de consulta: 6.5.2022]