

Regulación del Agua en Chile y Proyecto de Nuevo Código de Aguas

a. Regulación internacional sobre el derecho humano al agua

La Asamblea General de la ONU reconoció el año 2010 el acceso al agua y al saneamiento como derecho humano. De esta forma, este derecho se entiende implícitamente incorporado al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

La denominada Carta Internacional de Derechos Humanos está consagrada en tres instrumentos: La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de 1966 y El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El PIDESC esboza una serie de principios importantes para la realización de los DESC que, a menudo, están incluidos también en otros tratados relacionados con los DESC. Bajo el PIDESC, un Estado tiene la obligación de tomar medidas progresivas “con el máximo de sus recursos disponibles” hacia la plena realización de los DESC. En concreto, un Estado (incluidos sus niveles subnacionales) tiene las siguientes obligaciones:

- Respetar los DESC (abstenerse de violarlos)
- Proteger los DESC (impedir que otros los violen)
- Cumplir los DESC (tomar las medidas necesarias para hacerlos efectivos, como aprobar legislación, disponer partidas presupuestarias y otros procesos administrativos)
- Buscar y proporcionar asistencia y cooperación internacional en la realización de los DESC

Luego, el Elemento de Observación General N° 15 sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece que el derecho agua implica “el derecho de cada uno a disponer de agua suficiente, saludable, aceptable, físicamente accesible y asequible para su uso personal y doméstico”.

b. Contexto en que se tramita el proyecto de ley de Nuevo Código de Aguas

Escasez Hídrica. El debate público ha carecido de un análisis de fondo que considere a la realidad nacional, relativa a la situación de escasez, lo que requiere la adopción de medidas de urgencia para asegurar la disponibilidad de los recursos. El costo económico de la escasez sería agravado al no poder contar con herramientas que permitan relevar la calidad de bien público del agua. Asimismo, el costo social no es asumido por los sectores productivos, sino que terminan sufriendo las comunidades, los pequeños agricultores y los ciudadanos, quienes sufren en silencio la vulneración de sus derechos esenciales. La iniciativa debe propender a la equidad y la justicia hídrica, considerando que el agua es un bien común y un derecho humano.

c. El eje de la discusión sobre Nuevo Código de Aguas está equivocado. Ideas para retomar el debate.

Normativa vigente. La normativa vigente en el Código de Aguas, supone la privatización y enajenación de bienes naturales indispensables para la vida humana, constituyendo el

único país en el mundo con una regulación de tal naturaleza, contraviniendo los lineamientos del derecho internacional de los derechos humanos y los tratados internacionales.

Aspectos económicos y de justicia de la regulación actual. El agua ha sido concebida como un bien económico transable en el mercado, sin perjuicio de que se trata de un bien nacional de uso público, generando la concentración por parte de los grandes grupos económicos extranjeros y afectando la soberanía para administrar un bien indispensable para la vida humana.

Sobreexplotación del agua por sector agrícola. Existe una utilización excesiva de suelos no adecuados para la producción agrícola, lo que ha generado acopio de aguas en los cerros y la adquisición de derechos de aprovechamiento en acuíferos agotados, y la consecuente afectación del derecho de las personas a acceder a los recursos hídricos. A raíz de dicha problemática, el Estado ha debido incurrir en cuantiosos gastos para proveer de agua mediante camiones aljibes.

La discusión solo se ha centrado en la propiedad. Ha sido un problema que el foco ha estado puesto en las eventuales vulneraciones que la reforma podría generar al derecho de propiedad, lo que incluso ha llevado a algunos sectores productivos a señalar que se trata de una reforma expropiatoria. Esto resulta contradictorio, pues no tiene sentido detentar derechos de propiedad sobre los derechos de aprovechamiento cuando no existe agua para ejercer tales derechos.

El proyecto involucra una regulación similar a la actual. Respecto de las disposiciones contenidas en el Código de Aguas, la nueva regulación que ha propuesto el Gobierno replica el sistema económico vigente, en que un pequeño porcentaje de la población controla el mayor porcentaje del producto interno bruto mediante la transformación del capital natural, como la tierra, el agua y el subsuelo, en capital monetario o financiero, prescindiendo de consideraciones ambientales y ecológicas y no internando las externalidades en los costos mismos de producción.

¿Es una reforma que contempla la escasez hídrica? se hace indispensable una reforma al Código de Aguas que responda a los desafíos y al contexto de escasez actuales, toda vez que, cuando se elaboró el Código de Aguas, en 1981, se tuvo en mente promover el uso eficiente del agua por parte de las industrias productivas, en una época en que existía una abundancia del vital elemento.

Reconocimiento del agua como un bien que no solamente tiene valor patrimonial. El agua no debe ser concebida únicamente como un bien económico, sino se debe considerar su valor cultural para las comunidades, particularmente en relación con una serie de circunstancias que, en lo sucesivo, afectarán el derecho de éstas a acceder a los recursos hídricos. Dicha circunstancia requiere implementar una gestión integrada de los recursos.

Interés público como criterio para establecer nuevos derechos. En relación a la incorporación de la noción del interés público como una limitación a la hora de constituir derechos de aprovechamiento se debe considerar que el agua es un bien nacional de uso público. Es inconcebible que la autoridad no pueda ejercer potestades para el resguardo del consumo humano y el equilibrio ecosistémico, lo que permite valorar la norma que la iniciativa incorpora al artículo 5 del Código de Aguas. Asimismo, el reconocimiento del

derecho al agua también constituye una buena medida, pero no sólo debe estar en la ley. Este reconocimiento también debe estar expreso en la Constitución.

Priorización para consumo humano. Se trata de un mínimo indispensable que debe ser aprobado con urgencia, en el escenario actual de escasez que nos encontramos, incluyendo la norma que impide el uso de agua para fines distintos cuando se constituye para consumo humano, lo que podría considerar la extinción del derecho, en caso que proceda.

Priorización en la asignación de derechos de aguas. Necesidad de garantizar la constitución de derechos de agua no sólo para las entidades de agua potable rural, también para las y los pequeños agricultores y comunidades indígenas, junto a la necesidad de evitar la entrega de derechos de aprovechamiento de agua provisionales en acuíferos sobre otorgados.

El derecho de aprovechamiento de aguas. En relación al derecho de aprovechamiento de aguas, los instrumentos normativos vigentes apuntan a regular el uso del agua bajo criterios económicos que hoy, más de 35 años después de su dictación, resultan ser insuficientes, toda vez que no responden a los desafíos actuales de escasez hídrica, sobreexplotación de cuencas, problemas de asignación de los mismos derechos, desertificación, contaminación y cambio climático.

Temporalidad de la concesión. La temporalidad de la concesión debería aplicarse a todos los derechos, no solo a aquellos por otorgar, toda vez que no se generarían problemas de constitucionalidad al limitar los derechos ya adquiridos en base a la función social de la propiedad y la calidad de constitucional del derecho al agua.

Extinción de derechos no usados. En materia de extinción de los derechos en caso de no uso, se trata de una norma fundamental, considerando que históricamente la extinción de los derechos ha existido mediante la figura de la caducidad. Dicha figura, se eliminó en el Código de Aguas de 1980, debiendo ser aplicable también para todos los derechos sobre aguas.

Mal manejo de cuencas. La escasez no es causa únicamente de la falta de precipitaciones, sino que deriva de la concentración de derechos y su uso inequitativo, la usurpación de aguas (como el caso de lo que ocurre en la comuna de Petorca) la sobreexplotación de recursos subterráneos y las prácticas productivas inapropiadas agravadas por una inexistente priorización de usos.

No establece medidas de sanción adecuadas. Acerca del fortalecimiento de las atribuciones de la Dirección General de Aguas, no se plantea el carácter regulatorio de dicho organismo, no se evita la dispersión institucional en materia hídrica, ni tampoco el tema de la penalidad para el robo de aguas.

Inversión en resiliencia para comunidades con déficits. Respecto de la priorización del agua para comunidades fragilizadas, se debe implementar la infraestructura de acopio de agua, y crear medidas de protección para las fuentes de agua.