



MINUTA EXPOSICION
OPINIÓN FUNDACIÓN NEWENKO SOBRE REFORMA QUE MODIFICA EL CÓDIGO DE
AGUAS (BOLETÍN 7543-12)

Juan Pablo Schuster Olbrich¹
Abogado, Presidente de Fundación Newenko
Giselle Redondo Silva²
Abogada – Directora de estudios de Fundación Newenko

Honorable Senadora Carmen Gloria Aravena Acuña, Presidenta de la Comisión de Agricultura; Honorables Senadores miembros de la Comisión; Sra. Secretaria de la Comisión; Sres invitados y asistentes a la sesión del día de hoy.

Agradeciendo la invitación que se nos ha cursado como Fundación Newenko, en mi calidad de Presidente de esta organización sin fines de lucro, vengo a presentar nuestra opinión como Fundación respecto al Proyecto de Ley que busca modificar El Código De Aguas (Boletín 7543-12). Los comentarios y reflexiones que emitiré, corresponden a un trabajo colectivo realizado por los miembros de la Fundación que, tanto de manera individual como colectiva, hemos estado ligados al ámbito de la gestión de recursos hídricos y al derecho de aguas; ya sea en el área de docencia, investigación, ejercicio de la profesión, asesorías jurídicas y trabajo con organizaciones territoriales y de la sociedad civil.

I. Sobre la Fundación

Fundación Newenko nace el año 2015, como iniciativa de un grupo de abogados vinculados a temáticas ambientales, con enfoque en aguas y de derechos humanos, a causa de la inexistencia de una instancia técnica jurídica especializada en materias de gestión de aguas nacida desde la sociedad civil. Es objeto de nuestra organización es la promoción del acceso al agua y el saneamiento como un derecho humano fundamental, así como el fortalecimiento de la gestión comunitaria del agua en Chile.

El trabajo de Newenko se ha focalizado en las temáticas del derecho al agua y agua potable rural. En este sentido, hemos establecido convenios con Universidades para la realización de Seminarios que busquen un debate y reflexión sobre temáticas de gestión social del agua en la comunidad académica. Desde el año 2015 asistimos jurídicamente a la Federación Nacional de Agua Potable Rural (FENAPRU), dotando de colaboración en la instancia final de la tramitación de la Ley N° 20.998 que Regula los Servicios Sanitarios Rurales y también participando en la mesa de elaboración del reglamento que ejecución de la mencionada ley. A su vez, como organización somos miembros de redes internacionales de investigación en materia de RRHH como la Red Justicia Hídrica y la Red Waterlat-Globacit que convoca profesionales y académicos ligados a la gestión del agua tanto en latinoamérica como el resto del mundo.

¹ jpschuster@newenko.org

² gredondo@newenko.org

II. Reflexiones generales sobre el proyecto de ley y tramitación.

Queremos que se priorice el consumo humano del agua potable y su saneamiento, por sobre otros usos.

- 1) DDHH y su tratamiento en el derecho internacional: alcance y contenido.
 - a. La Asamblea General de la ONU a través de la Resolución 64/292 reconoció explícitamente el año 2010 en acceso al agua y al saneamiento como derecho humano, **como una condición previa necesaria para otros derechos que no se pueden alcanzar sin el acceso equitativo a las necesidades mínimas de agua potable**[1] Este reconocimiento, al ser el agua indispensable para el ejercicio de los demás derechos se entiende implícitamente incorporado, mediante la Observación General N° 15 de la ONU relativa al derecho al agua (2002) que define el derecho al agua como “*el derecho de cada uno a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, físicamente accesible y asequible para su uso personal y doméstico*”, como al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PDESC); en específico se encontraría contenido en sus artículos 11 (derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado) y 12 (derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental). El PDESC se encuentra firmado y ratificado por Chile.
 - b. Vale señalar que los tratados internacionales sobre derechos humanos no son meras declaraciones de buena voluntad, sino que tienen un valor normativo vinculante que impide aislarlos de la interpretación constitucional. En este sentido el artículo 5 inc. 2 de la CPR señala textualmente que los organismos del Estado deben respetar los derechos que emanan de la naturaleza humana, garantizados tanto por la Constitución como por Tratados Internacionales. Por lo anterior, existe un consenso mayoritario en la doctrina Constitucional chilena, así como a nivel jurisprudencial, que los Tratados Internacionales que versan sobre derechos humanos tienen rango constitucional. Por tanto, no pueden ser aislados de la interpretación constitucional.
 - c. “En noviembre de 2002 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU aprobó su observación general N° 15 (OG 15)¹⁷ sobre el derecho al agua, definiendo este “como el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico”¹⁸. Sobre el derecho además señala que “se encuadra claramente en la categoría de las garantías indispensables para asegurar un nivel de vida adecuado, en particular porque es una de las condiciones fundamentales para la supervivencia.”³
 - E. De este modo son elementos que deben ser adecuados son: a) la disponibilidad; b) la calidad; c) la accesibilidad i) física y ii) económica, así como también la accesibilidad debe ser universal, es decir, iii) sin discriminación alguna y además el correspondiente iv) derecho de acceso a la información en materia del agua. Interesante es también señalar que la Observación General N° 15 discrimina

³ Tapia, F. 2014. Actas de las VII Jornadas de Derecho Ambiental: Recursos Naturales: ¿Sustentabilidad o sobreexplotación?” Editorial Thomson Reuters, Santiago, Chile, octubre de 2014, pp. 305-333.

positivamente en favor de ciertos grupos al señalar que los “Estados deben prestar especial atención a las personas y grupos de personas que tradicionalmente han tenido dificultades para ejercer este derecho, en particular las mujeres, los niños, los grupos minoritarios, los pueblos indígenas, los refugiados, los solicitantes de asilo, los desplazados internos, los trabajadores migrantes, los presos y los detenidos.”⁴

- 2) Contexto de escasez hídrica: priorización del agua potable y saneamiento.
 - a. En este mismo orden de ideas, se hace indispensable una reforma seria y sólida al Código de Aguas, que responda a los desafíos y al contexto de escasez actuales. Cuando se elaboró el Código de Aguas de 1981, se tuvo en mente hacer eficiente el uso del agua por parte las industrias productivas. En dicha época existía una abundancia del vital elemento. En el año 2018 el contexto es totalmente distinto. Estamos viviendo un período de escasez que ya es permanente en donde el principal perjudicado ha sido el mundo rural. Al año 2014 se estimaba que más de 400.000 personas eran abastecidas de agua mediante camiones aljibe en Chile, de forma irregular, discontinua y sin poder satisfacer sus necesidades básicas.
 - b. También es interesante analizar, en términos económicos, cuánto le está costando la escasez hídrica al país a la hora de satisfacer el consumo humano. En la práctica, y sin ser una atribución que se encuentre en la LOCM, los Municipios han terminado cargando con los costos económicos de la escasez hídrica; sin embargo, los Municipios no cuentan con recursos que permitan llevar a cabo dicha misión, por lo que en la práctica es ONEMI quién termina gestionando y cubriendo los costos económicos de arriendo de camiones de aljibe. En el año 2015, con el fin de atender el déficit hídrico, ONEMI tuvo que desembolsar la cifra de más de 34 mil millones de pesos. Hay que destacar que las regiones del país donde hubo mayor gasto en este ítem, fueron la del Biobío y la Araucanía, con más de 8 mil millones gastados; zona donde la escasez no se debe a sólo a falta de precipitaciones o al cambio climático, sino a un modelo que ha privilegiado, de manera desmedida, el desarrollo económico por sobre el bien común; esto se ve reflejado en el acaparamiento de derechos, la sobreexplotación de cuencas y incorrecta asignación de derechos. ¿Está capacitado el Estado de Chile para desembolsar, año a año, cifras superiores a los 34 mil millones de pesos sólo para garantizar el consumo humano de sus habitantes? ¿es esta una solución que mire al bien común?
 - c. En 2017, según CIPER Chile, el Estado ha gastado más de \$92 mil millones en arriendo de camiones aljibe para llevar agua potable a 400 mil personas⁵.
 - d. En el total del país, “se identificaron 221 comunas que necesitan reparto de agua potable con camión aljibe, con al menos mil 646 localidades –donde se incluyen escuelas y postas– y 180 mil personas abastecidas. La mayor concentración de comunas y población se presenta en las regiones del Biobío y La Araucanía, donde el gasto anual para 2014 alcanza a \$7 mil millones y \$5 mil millones,

⁴ Tapia, F. 2014. Actas de las VII Jornadas de Derecho Ambiental: Recursos Naturales: ¿Sustentabilidad o sobreexplotación?” Editorial Thomson Reuters, Santiago, Chile, octubre de 2014, pp. 305-333.

⁵ CIPER, 2018. Disponible en: <http://ciperchile.cl/2017/03/21/el-negocio-de-la-sequia-el-punado-de-empresas-de-camiones-aljibe-que-se-reparte-92-mil-millones/> (consultado el 05 de Mayo 2018).

respectivamente, seguidos de Coquimbo con \$3 mil millones y Valparaíso con \$1,5 mil millones. Además, los requerimientos de agua son de carácter anual en la mayoría de las comunas, es decir, la población carece de agua para consumo humano durante todo el año. Las personas que reciben este recurso no pagan, asumiendo los costos los municipios o la Onemi, en caso de que el municipio no pueda. En este sentido, el gasto de Onemi entre 2011 y 2014 aumentó en un 700%, destinándose para 2014 un total de \$22 mil millones, de los cuales el 96% se destina al gasto en agua, contratación y arriendo de camiones y un 4% para elementos como estanques y cañerías. En este ítem se incluye también la entrega de cajas de alimentos a la población carente, ya que al no poseer agua para consumo propio, tampoco la tienen para cultivar y para los animales, impactando en los medios de subsistencia. Esta configuración evidencia que la escasez de agua potable no corresponde a una emergencia, ese evento puntual que requiere una acción inmediata. Sino que insta a cuestionarse: ¿Cómo los procesos sociopolíticos y las relaciones de poder construyen una situación de escasez? ¿Cómo los mecanismos de gestión determinan los usos y prioridades del agua? ¿Es la solución el subsidio económico en vez de garantizar el acceso a una fuente de agua mejorada, segura, estable y cercana⁶?”

3) Compatibilidad de normas: Ley de Servicios Sanitarios Rurales 20.998.

- a. La Ley N°20.998, publicada el 14 de febrero de 2017, dispone:
 - i. Artículo 4: Tipos de servicios sanitarios rurales. El servicio sanitario rural podrá ser primario o secundario.
 - ii. Artículo 5: Servicio sanitario rural primario. Corresponde a la prestación de servicios de agua potable y saneamiento, en su caso, a las comunidades rurales para uso doméstico, y requiere el abastecimiento de agua de calidad, en cantidad y con continuidad, y en forma universal para todos aquellos usuarios que se ubiquen dentro del área de servicio. Se entenderá por uso doméstico el destinado al consumo familiar o a pequeñas actividades comerciales o artesanales u otros que el reglamento determine, en atención a los volúmenes de consumo.
 - iii. Artículo 6: El Servicio sanitario rural secundario. Corresponde a la prestación de servicios de agua potable y saneamiento que exceden del uso doméstico, y cuya prestación sólo procede cuando el operador garantiza la cobertura del servicio sanitario rural primario.
- b. Dicha ley presenta, para los efectos sanitarios rurales, una distinción del tipo de servicio, entre primario y secundario, utilizando el criterio del uso doméstico. Incorporando además, el desafío actual de incluir al saneamiento en los servicios sanitarios rurales, teniendo en consideración el contexto de cambio climático, sin agua no hay servicio sanitario rural⁷.

⁶ Riveros, C. 2015. Disponible en: <http://www.cedeus.cl/blog/escasez-de-agua-potable-mas-alla-de-una-emergencia/>

⁷ Schuster, J. 2018. 50 años de Programa de Agua Potable Rural en Chile. Un análisis institucional y normativo en el marco de la reforma del sector. Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago.

- c. La pregunta es: ¿Será reconocido implícitamente una priorización - en el sector sanitario rural- del agua para consumo doméstico por sobre aquella agua potable que excede al uso doméstico? ¿Si el servicio sanitario, define legalmente una priorización, será posible concebir una priorización de dicho uso frente a otros usos? ¿Cómo garantizar el consumo humano en contexto de escasez hídrica?

III. Análisis particular del articulado

1.- En relación al art. 5.

Destacamos que el proyecto en primer término reitera la calidad de bien nacional de uso público de las aguas y su función de interés público, como asimismo que establezca limitaciones a su ejercicio con el objeto de resguardar criterios tan importantes como lo son el consumo humano, el saneamiento, la preservación ecosistémica, la disponibilidad de las aguas y la sustentabilidad acuífera.

También consideramos un avance reconocer positivamente la calidad de derecho humano al agua en el inciso cuarto al señalar *“El acceso al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial e irrenunciable que debe ser garantizado por el Estado”* pero insistimos, con los argumentos señalados precedentemente en esta presentación que es imperativo que dicho reconocimiento debe resguardarse expresamente por nuestra Constitución. Si no corre riesgo de ser un decálogo de buenas intenciones.

En relación a la protección de los territorios indígenas somos de la idea que el derecho de aprovechamiento de aguas debería estar integrado al uso de la tierra, lo que también debería extenderse a las APR, en el sentido de proteger sus territorios operacionales – como es el caso de la nueva ley de SSR-, así como también a los pequeños agricultores que trabajan sus pequeñas economías en el mundo rural.

2.- Art. 5 bis. Destacable que se priorice el uso del agua para consumo humano, al establecer que 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. Creemos que es un mínimo indispensable que debe ser aprobado con urgencia en el escenario actual de escasez que nos encontramos. Sin embargo, en relación a la limitación del ejercicio pueden producirse problemas de constitucionalidad ya que no hay mención expresa al derecho al agua en la CPR.

Destacable el inciso 5, que impide el uso de agua para fines distintos cuando se constituye para consumo humano. Aquí podría establecerse sanción, como extinción del derecho en caso que se proceda.

3.- Art. 5 ter. Es una gran medida que el Estado pueda constituir reservas de aguas disponibles para el resguardo del vital elemento. Nos preocupa si la concesión para usos de subsistencia. En el proyecto original solo estaba contemplado para las Empresas Sanitarias. Hoy se amplía a prestadores de servicios sanitarios. Es clave la extensión de estas concesiones a los servicios sanitarios rurales. Creemos sí que esa frase puede darse para interpretaciones, por tanto debería ser más específica la disposición.

4.- Art. 5 quater. Aquí tenemos un punto crítico. La concesión de derechos sobre aguas reservadas debería tener un procedimiento simple y menos burocrático. Debería pensarse

una figura que, por ejemplo, permita a las APR simplificar la constitución y hacer uso de las aguas lo antes posible. Recordar que las APR son empresas de economía social y solidaria, además de ser organizaciones locales. Por tanto, debiese darse la máxima flexibilidad en la constitución de sus derechos sobre estas aguas.

5.- En relación a las modificaciones del art. 6, el texto aprobado por la Comisión Especial de Recursos Hídricos Desertificación y Sequía consagra a los DDAA como un derecho real que recae sobre las aguas, puntualizando que este se origina en una concesión, ideal sería terminar con los derechos de aprovechamiento como derechos reales. Deberían entenderse como una concesión administrativa que permite a los particulares hacer uso del agua con limitaciones de carácter pública, tal como sucedía en los Códigos de Aguas de 1951 y 1969. Específicamente respecto de los plazos de consideramos que en la forma en que ha sido planteada, los plazos de revisión de la concesión son bastantes altos, entendiéndolo un mínimo 20 años y un máximo de 30 años, en circunstancias que se prevé según datos entregados por El Informe anual de la Organización de Naciones Unidas (2015) que, el mundo tendrá que enfrentarse a un déficit mundial del 40% de agua en un escenario hídrico y climático que agudizará los conflictos por el agua, en este contexto mundial y local es que se hacen imperativos cambios inmediatos por parte del legislador, por tanto, los plazos deberían ser menores para poder combatir de mejor manera los efectos de la escasez.

Por otra parte, la temporalidad de la concesión, debería aplicarse a todos los derechos, no solo a los por otorgar. Insistimos que no habría problemas de constitucional de limitar los derechos ya adquiridos en base a la función social de la propiedad y la calidad de constitucional del derecho al agua.

6.-Es relevante la medida propuesta por el artículo 147 quáter, que va en la línea de tomar medidas de protección para garantizar el derecho humano al agua ante la posibilidad de constituir derechos de aprovechamiento aun cuando no exista disponibilidad en miras de garantizar los usos de subsistencia. Sin embargo, esta disposición debiese ser reforzar con potestades más fuerte de la autoridad de limitar, caducar o extinguir derechos de aprovechamiento por causas que miren al bien común de la nación.

7.- Respecto del artículo 314 del Código de Aguas supone un avance que propone sustituir las épocas de extraordinaria sequía por **situación de severa sequía**, exigiendo a las Juntas de Vigilancia presentar un acuerdo de redistribución de los Derechos de Aprovechamiento de Aguas, haciendo prevalecer el consumo humano y el saneamiento, previamente visado por la Dirección General de Aguas, asimismo se garantiza y fortalece la función y abastecimiento de los prestadores de servicios sanitarios para la función de subsistencia estableciendo una norma excepcional para las empresas prestadoras de servicios sanitarios en que dichas aguas deben ser consideradas aportes de terceros con coste igual a cero, luego respecto del fortalecimiento de las atribuciones de la administración en dichos casos en las aguas superficiales de existir más de una Junta de Vigilancia en un mismo río, si una de ellas se siente perjudicada por la extracción de otra, podrá solicitar a la Dirección General de Aguas una redistribución de aguas entre las distintas secciones, también se amplía el plazo máximo del decreto de escasez hídrica por severa sequía, de 6 meses a 1 año y se posibilita su prórroga y por último, en períodos de severa sequía se solicitará acuerdos de redistribución de las aguas a las Juntas de Vigilancia, los que deben respetar

la función de subsistencia (es decir, el agua para el consumo humano y de subsistencia), se incentiva que dichos protocolos existan con antelación, supletoriamente, podrá hacerlo la Dirección General de Aguas.

Importante reevaluar qué es un período extraordinario de sequía; en el entendido que se están viviendo períodos de escasez constante, estimamos que esto requiere un análisis de procedencia del decreto de escasez que sea lo menos restrictivo posible en miras de resguardar los usos de subsistencia. Por otra parte, la escasez no es causa solo de falta de precipitaciones (como el caso de Petorca)⁸, sino que por concentración del derechos u uso inequitativo, usurpación de aguas, sobreexplotación de recursos subterráneos y prácticas productivas inapropiadas (agravada por una inexistente priorización de usos).

En virtud del decreto de escasez, para hacer más efectiva la declaración y adecuarla a la realidad de los territorios con problemas de acceso al agua, la DGA debería tener también atribución de extinguir parcial o totalmente derechos de aguas en función de la subsistencia y teniendo como base el derecho humano al agua.

IV. Palabras finales

A modo de síntesis de lo planteado, queremos remarcar las siguientes ideas fuerza.

1.- El acceso al agua es un derecho humano, reconocido por el derecho internacional de los derechos humanos y con fuerza vinculante mediante el pacto de derechos económicos, sociales y culturales. Ignorar esta idea puede llevar al estado a caer en incumplimiento de obligaciones internacionales y a sanciones en Tribunales Internacionales. Es esta la instancia para discutir las reformas necesarias para modificar el régimen jurídico del agua y no cuando exista una sentencia internacional o cuando no exista agua para proveer a la ciudadanía.

Si bien en el resguardo del derecho al agua esta reforma es positiva, también es insuficiente. No basta con consagrar un derecho fundamental en una ley, sino que debe ser reconocido en la CPR. Para esto es de vital importancia darle urgencia al proyecto de reforma constitucional sobre el dominio de las aguas.

3.- El Proyecto es un mínimo exigible. Lo relevante es que se hace cargo de la priorización del agua para el consumo humano. Sin embargo, se requiere también avanzar es terminar con instrumentos que permitan el lucro con el agua, como asimismo avanzar en materia de gestión integradas de cuencas, en replantear la institucionalidad pública del agua, así como también trabajar en materia de OUA. Veamos esta crisis como una oportunidad de avanzar a un marco jurídico modelo.

4.- Por último, tener presente hoy: ¿Quién está asumiendo el costo económico de la escasez? Hoy hay una zona gris que puede terminar por quebrar al Estado, por no poder contar con herramientas que permitan revalidar la calidad de bien público del agua. Y ¿quién asume el costo social de la escasez? No lo hace el Estado, tampoco los sectores productivos, sino que terminan sufriendo las comunidades, la gente humilde y sencilla de Chile quiénes sufren en silencio la vulneración de sus derechos esenciales.

⁸ UDP, 2011. El derecho al agua como un derecho humano: el caso de la provincia de Petorca. Informe Anual DDHH. Universidad Diego Portales, Santiago. Disponible en: goo.gl/5GyYGt (consultado el 7 de Mayo 2018).



Por todo lo anterior es que llamamos a este H. Comisión a tener presentes los argumentos acá señalados y darle celeridad a la tramitación de este proyecto de ley para que podamos tener una normativa que promueva la equidad y la justicia hídrica. El agua es un bien común y un derecho humano.