



MINUTA EXPOSICIÓN.

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

Felipe Tapia Valencia, MSc
Abogado, Presidente de Fundación Newenko
Profesor de Derecho de Aguas, Universidades Alberto Hurtado/Mayor

Santiago, 06 de marzo de 2017

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 pasado 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 hoy 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.

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

En el transcurso de las exposiciones que me han precedido, el foco ha estado puesto en las eventuales vulneraciones que la reforma podría generar al derecho de propiedad, que incluso ha llevado a algunos sectores productivos a señalar que esta es una reforma expropiatoria. Frente a esto me gustaría señalar al menos los siguientes argumentos.

- a. En la legislación chilena el agua es considerada un bien nacional de uso público (art. 595 del Código Civil y art. 5 del Código de Aguas), correspondiendo su propiedad o pertenencia a la nación toda. Esta consagración se encuentra reforzada por el artículo 19 N° 23 de la Constitución Política de la República (CPR) al separar de la libertad de adquirir toda clase de bienes a aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, como es el agua. La doctrina del Tribunal Constitucional (TC Rol N° 245/1997) ha señalado que los bienes nacionales público no pueden ser objeto de propiedad privadas de los particulares ni usados en forma exclusiva, salvo en el caso de concesiones que otorgue la autoridad, como es el caso de los derechos de aprovechamiento.
- b. En relación al derecho de aprovechamiento, regulado en el DL 2603 de 1979 y en el Código de Aguas de 1981, estos buscan, tal como señala su nombre, normar el uso del agua bajo criterios económicos que hoy, más de 35 años después de su dictación, resultan ser insuficientes. Además estos no responden a los desafíos actuales de escasez hídrica, sobrexplotación de cuencas, problemas de asignación de los mismos derechos, desertificación, contaminación y cambio climático. La CPR en su artículo 19 N° 24, relativo al derecho de propiedad, en su inciso final reafirma que los derechos de aprovechamiento otorgarán a sus particulares la propiedad sobre ellos.
- c. Si bien la CPR hace una protección importante a la propiedad del derecho de aprovechamiento, hay que destacar que la calidad de bien público o de bien común del agua se encontraría reconocida por la CPR en el artículo 19 N° 23.
- d. Por otra parte, quiénes argumentan que esta reforma podría ser inconstitucional, olvidan que la misma CPR establece limitaciones al derecho de propiedad: las que derivan de su función social. Por tanto hay que realizar una interpretación armónica de la Constitución y sus preceptos.
- e. A mayor abundamiento, es necesario recordar que la Asamblea General de la ONU reconoció el año 2010 en acceso al agua y al saneamiento como derecho humano. 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), 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.
- f. 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.

- g. Si bien la reforma propuesta no es “expropiatoria”, al versar sobre los escasos derechos que quedan por otorgar, en base a una interpretación constitucional armónica y a los argumentos expuestos, tampoco sería inconstitucional una reforma que efectivamente versara sobre los derechos adquiridos.
- h. Hoy en día 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 CA, en 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 2017 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 el Ministerio de Obras Públicas estimaba que más de 400.000 eran abastecidas de agua mediante camiones aljibe en Chile, de forma irregular, discontinua y sin poder satisfacer sus necesidades básicas.
- i. 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 Ley Orgánica de Municipalidades, los Municipios han terminado cargando con los costos económicos de la escasez hídrica. Sin embargo los Municipios Rurales no cuentan con recursos que permitan llevar a cabo dicha misión, por lo que en la práctica es ONEMI quien 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 Bio-Bio y la Araucanía, con más de 8 mil millones gastados en cada una de ellas; zonas 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 las 34 mil millones de pesos sólo para garantizar el consumo humano de sus habitantes? ¿es esta una solución que mire al bien común?

III. Análisis particular del articulado

1.- En relación al art. 5. Vemos como positivo que se incorporen consideraciones de interés público como una limitación a la hora de constituir derechos de aprovechamiento. El agua es un bien nacional de uso público, es inconcebible que la autoridad no pueda tener potestades para el resguardo del consumo humano y el equilibrio ecosistémico.

El reconocimiento derecho al agua también es una buena medida, pero no sólo debe estar en la ley. Este reconocimiento también debe estar expreso en la Constitución. Si no corre riesgo de ser

un decálogo de buenas intenciones. Por tanto es relevante también que la reforma constitucional al Régimen del agua que está en curso también la la Cámara Alta pueda ser aprobada.

En relación a la protección de los territorios indígenas nos parece un gran avance. En líneas generales somos de la idea que el derecho de aprovechamiento siempre debería ir integrado a la tierra. Somos el único país del mundo que tiene un régimen distinto para inscribir las tierras y el agua del mismo sector. Pero, en el contexto que nos encontramos, sí creemos urgente que la integridad agua-tierra, también debería extenderse también a las APR, en el sentido de proteger sus territorios operacionales, 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. Creemos que es un mínimo indispensable que debe ser aprobado con urgencia en el escenario actual de escasez que nos encontramos.

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

Destacamos también la autorización transitoria del inciso sexto para las APR. Es necesario facilitar el acceso al agua en estas organizaciones lo más posible. Sin embargo surge la duda ¿efectivamente la DGA tendrá la capacidad operativa para el plazo de 30 días para visitar el sistema y resolver fundadamente la autorización transitoria?. Preocupa, no solo a nosotros sino también a las APR, la burocracia que se puede generar en torno a esta disposición.

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 esta concesiones a los servicios sanitarios rurales. Creemos si que esa frase puede darse para interpretaciones, por tanto debería ser más específica la disposición.

4.- Art. 5 quater. Acá 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, primero señalar que el 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.

En específico con el contenido, esta es una norma bastante suave. De partida los plazos de revisión de la concesión son bastantes altos, entendiéndose un mínimo 20 años y un máximo de 30. Está previsto que los escenarios hídricos del país cambiarán abruptamente al año 2030. 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. Insisto que no habrían 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.- Art. 6 bis. La extinción de los derechos, en caso de no uso nos parece fundamental. Históricamente la extinción de los derechos, ha existido mediante la figura de la caducidad. Esto se vino a eliminar recién en el Código de aguas de 1980. Sin embargo esta figura debería ser aplicable también para todos los derechos, y acabar definitivamente con la figura de las patentes por no uso que fueron un invento bastante desafortunado.

7.- En relación con el artículo 20, es positiva la incorporación del inciso final relativo a la extracción de aguas que aflore superficialmente en caso que no existan otras fuentes de abastecimiento de agua. Esta disposición es dudosa en relación a si incluye zonas donde existan derechos constituidos y a los cauces naturales más allá de las nacientes. Es una duda relevante a resolver ya que hoy se da el absurdo de que, si existen derechos constituidos, esto sería un robo de aguas.

8.- Art 56. Positiva la extensión la disposición del inciso primero a las APR en el sentido que puedan cavar pozos para fines de consumo humano, sin necesidad de inscripción.

También la obligación de inscribir las aguas del minero. Es clave llevar un registro del agua que extraen las empresas mineras. Ya que el agua no florece espontáneamente, ni tampoco los acuíferos son autónomos uno de otro; sino que obedecen a un sistema natural que puede perjudicar otros acuíferos, sistemas ecológicos y/o ir en desmedro de la disponibilidad de agua de alguna comunidad humana como en realidad hoy pasa.

9.- Art. 142. En líneas generales somos de la idea que eliminar instituciones mercantiles sobre el agua como el remate de derechos de aprovechamiento, donde podría aplicar derechamente una priorización de usos como en los Códigos de 1951 o 1969, o el mercado de aguas, que ha derivado más en una instancia de prácticas abusivas que de asignación óptima de los recursos. Sin embargo que se proponga eliminar el procedimiento de remate para las solicitudes presentadas que se refieran a los usos de la función de subsistencia creemos que un mínimo ético y que va en camino correcto.

10.- 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.

11.- Artículo 314. Consideramos de especial relevancia las modificaciones que se pretenden relativas a la Declaración de Zonas de Escasez. Si bien valoramos el esfuerzo del Ejecutivo de aumentar los períodos de duración, así como la posibilidad de prorrogar los plazos, además de las medidas tomadas para poder garantizar la disponibilidad de agua para los fines de subsistencia, creemos que la disposición queda aún floja y con problemas más sustantivos que debiesen ser analizados en esta Comisión.

Importante reevaluar qué es un período extraordinario de sequía; en el entendido que se están viviendo períodos de escasez constante. ¿Qué entiende la DGA por el término? ¿Cuáles son los criterios para calificar un época extraordinaria de sequía?. Se requiere una 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 sino que por concentración del derechos u uso inequitativo, usurpación de aguas (como el caso de Petorca) 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.

12.- Artículo primero transitorio.- Aquí existe una gran debilidad de la reforma. Como se señaló anteriormente, las modificaciones no pueden regir sólo para los derechos que quedan por constituir, sino debiesen ser también para los derechos de aprovechamiento por constituir. Debemos mirar a los derechos de aguas como permisos que otorga la autoridad para el uso del agua y no como parte del derecho de propiedad y una extensión de un patrimonio particular.

13.- Artículo segundo transitorio.- Creemos que es importante la propuesta de caducar los derechos ociosos y sin uso, dando la posibilidad de liberar derechos que hoy se encuentran sin uso y son objeto a acaparamiento. La norma va en un sentido correcto, ya que exceptúa de su aplicación a las APR, a las comunidades indígenas, a los pequeños agricultores, entre otros grupos que, por falta de información, falta de dinero o ignorancia, no tienen sus derechos en regla. Eso sí, hay un error al referirse a las APR, ya que el estas son comités o cooperativas; no asociaciones.

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.

2.-Lamentablemente En el debate público ha faltado un análisis de fondo, mirando la realidad nacional; al igual como sucedió para la reforma del año 2005. Hoy el contexto es otro, la situación de escasez es insostenible y requiere medidas de urgencia. Llamamos a dejar de lado el egoísmo en el debate y tener presente el bien común. ¿Qué sacamos con tener una reforma que robustece los derechos de aprovechamiento si es que no tenemos agua para satisfacer las necesidades básicas de la población?

3.- El Proyecto es un mínimo exigible. Lo relevante es que se hace cargo de la priorización del agua para el consumo humano. Pero la reforma es insuficiente, ya que las modificaciones regirán solo para los nuevos derechos y no para los antiguos. Se legitiman instituciones mercantilistas como el remate o el mercado de aguas. No se contemplan iniciativas que propendan a una gestión integrada de cuencas. 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.

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.