

Reforma el Código de Aguas Boletín N° 7543-12

1. PROBLEMAS DE EQUIDAD EN EL ACCESO Y SUSTENTABILIDAD AMBIENTAL QUE ENFRENTA LA GESTIÓN DEL AGUA EN CHILE

La gestión del agua no debe restringirse a su condición de bien económico e insumo productivo, sino ser protegida y administrada como un bien esencial para la sobrevivencia humana, de las demás especies y de los ecosistemas; además de un bien intangible para la cultura, la calidad de vida y el desarrollo social.

La gestión social y ambientalmente sustentable del agua requiere una mirada integral de este recurso natural como parte del espacio ambiental en que se desarrollan la sociedad humana y los ecosistemas. Esto constituye la base para las políticas públicas de asignación, utilización y gestión sustentable del agua en el tiempo.

Chile presenta diversos y complejos desafíos relacionados con el agua debido a su diversidad geográfica y climática. En la zona norte los recursos hídricos subterráneos y superficiales son bienes escasos, y presentan desafíos de distribución y administración distintos de los que caracterizan a las fuentes de agua en centro y sur del país. Lo mismo ocurre entre la disponibilidad de agua y las actividades productivas; dado que sin perjuicio del uso porcentual mayoritario del agua con fines agrícolas, actividades como la minería son cada vez más relevantes en las zonas áridas y semi áridas del país. Lo mismo ocurre con el desarrollo energético en la zona austral, donde existe gran demanda en cantidad para la generación eléctrica, en conflicto con otros usos del agua.

A esta variabilidad climática y pluviométrica que influye en la disponibilidad hídrica en Chile, se suma el problema de la recarga y comportamiento de los acuíferos frente a las actuales condiciones de explotación. Todo ello además ocurre en el contexto de un sistema normativo general seriamente limitado para responder a estas realidades.

Simultáneamente, las políticas de gestión territorial y de recursos naturales en el país, al estar centradas en el fomento productivo y la lógica de mercado, resultan disfuncionales a la protección, uso racional y distribución equitativa de los recursos hídricos. Lo cual es difícil de abordar dado las limitadas facultades de la Administración del Estado, propiciar la planificación y control efectivo de la explotación del agua y resguardar sus funciones sociales, económicas y ambientales.

Algunas consecuencias producto de este contexto político y normativo son:

- El incremento de conflictos por el agua
- Problemas de acceso y abastecimiento

- Escasez hídrica y la extracción ilegal
- Sobre otorgamiento de derechos de aprovechamiento de aguas
- Concentración de propiedad de derechos de aprovechamiento
- Desarrollo local y abastecimiento primario sin seguridad jurídica
- Degradación ambiental de salares, humedales y cuencas hidrográficas
- Condiciones de mercado erráticas y muy disímiles en el territorio
- Información limitada y dispersa sobre los recursos hídricos

2. PROPUESTAS DE REFORMAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES INGRESADAS ENTRE 1992 Y 2009 AL CONGRESO NACIONAL.

Desde el año 1992 a la fecha, senadores y diputados de diversos sectores políticos y también el ejecutivo durante los gobiernos de Aylwin y Bachelet, presentaron iniciativas legales con el objeto de mejorar el Código de Aguas en lo relativo al dominio del agua, al acceso a este bien, a la protección ambiental y a las atribuciones del Estado para la gestión de las aguas. Las más relevantes se detallan a continuación:

2.1- “Modificación del artículo 19, N° 24 de la Constitución Política, en lo relativo al régimen jurídico de propiedad de las aguas” presentado el 7 de abril de 1992, por los diputados Mario Acuña y Rubén Gajardo (boletín 652-07).

La iniciativa sugiere modificar el Código de Aguas, consultando un nuevo Título, al final del Libro I, distinguiendo un régimen especial para zonas desérticas, pudiendo afectar el aprovechamiento de las aguas a los fines para los cuales se obtuvo el correspondiente derecho, de manera que una vez agotada la actividad favorecida, el agua se reincorpore al dominio público y permanezca disponible para el caso que en su oportunidad la autoridad determine en conformidad a la legislación vigente.

Para lo anterior se requiere previamente, de una reforma a la Constitución Política del Estado, en el sentido de exceptuar la propiedad de los derechos de los particulares sobre las aguas, al régimen que establezca la ley para el aprovechamiento de las aguas situadas al norte del Río Salado, ubicado en la Tercera Región.

2.2.- “Reforma relativa a la caducidad del derecho de aprovechamiento de aguas” ingresada el 9 de febrero de 1996, por los senadores Mariano

Ruiz-Esquide, Andrés Zaldívar, Carmen Frei, Sergio Páez y Manuel Antonio Matta (Boletín 1779-07).

La norma propuesta expresa la necesidad de corregir la constitución de derechos de aprovechamiento, ya que la norma a esa fecha permitía la no utilización del recurso y la especulación de derechos de agua, apareciendo de manifiesto la distinción entre derecho de dominio o propiedad y derecho de aprovechamiento de aguas, teniendo este último por objeto un bien incorporal que excluye dentro de sus facultades la de disposición, inherente al dominio.

Para ello propone reformar el Código de Aguas, estableciendo un plazo límite de tres años de no uso continuo, o facultad para definirlo a través de una concesión, todo lo anterior sujeto además a la conservación de los fines productivos respecto del derecho a aprovechar el recurso así concedido.

La propuesta de esta reforma establece facultades para que la Dirección General de Aguas pueda resolver la caducidad de los derechos de aprovechamiento de acuerdo a las condiciones antes descritas y prorrogar plazos si los proyectos así lo ameritan, sin perjuicio de las instancias habituales de reconsideración establecidas en la propia ley.

2.3.- “Proyecto de Reforma Constitucional sobre dominio público de las aguas” presentado el 30 de septiembre de 2008, por los senadores Nelson Ávila, Guido Girardi, Alejandro Navarro, Carlos Ominami y Mariano Ruiz-Esquide (Boletín 6124-09). El proyecto desarrolla un análisis preliminar del contexto que motiva la reforma, basado en:

a) La **situación ambiental en Chile**: su análisis destaca la contaminación del recurso hídrico y de las cuencas, así como la contaminación de las aguas de mar. Asimismo, da cuenta de la situación de las aguas subterráneas (I y II Región, referencia a Parque Nacional Lauca), señalando las fuentes de contaminación. Finalmente, hace mención a las deficiencias del sistema normativo e institucional, considerando que los derechos de aprovechamiento son entregados sin justificar los caudales pedidos, en forma gratuita y a perpetuidad, y sin obligación de darles destino productivo.

b) **Los derechos de agua en Chile**: Analiza el marco legal referido a las aguas desde el Código Civil de 1855 hasta el Código de Aguas de 1981, con acento en la caracterización del derecho de propiedad que se constituye sobre el agua y hace referencia a la definición de un “derecho real”; haciendo presente la anomalía jurídica de otorgar a una declaración de voluntad unilateral del Estado sobre un bien nacional de uso público, el carácter de derecho real con los mismos atributos del dominio.

Asimismo, se refiere a la distinción entre derechos consuntivos y no consuntivos; destacando las consecuencias jurídicas y prácticas respecto de la utilización de los recursos hídricos por parte de sus titulares, ya que los derechos no consuntivos fueron pensados y creados casi exclusivamente para generación hidroeléctrica.

Por otra parte, analiza la separación de los derechos de aprovechamiento de las aguas del dominio de los predios superficiales donde ellas se desplazan o escurren, eliminando la antigua categoría de cosas accesorias a un inmueble o de inmuebles por destinación; haciendo notar el carácter de un bien comerciable autónomo e independiente por sobre el uso para un fin productivo y su desvinculación de los tenedores, usuarios o propietarios de la tierra.

Destaca la inconveniencia de la prescindencia actual de la priorización de los usos del agua, y el problema de la especulación y el acaparamiento, junto al escaso efecto de la incorporación de la patente a través de la ley N° 20.017 de 2005.

Cataloga como débil y tardío el efecto de las consideraciones ambientales también incorporadas por la ley 20.017, reducidas a una definición semántica de responsabilidad a la autoridad competente y caudal ecológico mínimo, así como discretas las facultades relativas de la Dirección General de Aguas al respecto.

c) **Protección jurídico-ambiental de las aguas en Chile:** Define la legislación chilena y las normas relativas a la protección de las aguas como escasa, dispersa y difusa, sin un real efecto sobre las fuentes.

d) **Creación de un régimen constitucional sobre las aguas:** Menciona la necesidad de dar rango constitucional al dominio público sobre las aguas, restableciendo la propiedad del Estado sobre las aguas de la nación; recomienda que se declaren de utilidad pública, para efectos de expropiación, a todas las aguas y derechos constituidos o reconocidos sobre ellas, de tal modo que sin desconocer los derechos preexistente se establezca claramente la prioridad del Estado para disponer de ellos. Finalmente, propone consagrar el deber prioritario de conservar, proteger y usar de modo sostenible las aguas en manos de quien estén, condición y presupuesto fundamental para ejercer derechos de uso o goce sobre ellas. Finalmente, propone mandar a la ley para que establezca un orden de prelación del uso y destino de las aguas, así como todo lo concerniente a los derechos sobre ellas, regulado en el Código de Aguas.

2.4.- Proyecto que “Introduce modificaciones al Código de Aguas” ingresado el 19 de noviembre de 2008, por los diputados Marcelo Díaz, Marco Espinoza, Antonio Leal, Adriana Muñoz y José Miguel Ortiz (Boletín 6208-09)

El fundamento de esta propuesta de modificación del Código de Aguas se basa en El análisis de la legislación vigente, y propone corregir la titularidad de las aguas y rescatar su eminente calidad de bien nacional de uso público asegurando el acceso equitativo. Propone la exigencia del uso efectivo de las aguas en un plazo no mayor a tres años, la fundamentación y presentación de un proyecto de uso y la declaración, por ley general, de utilidad pública, para efectos de expropiación, todas las aguas de la Nación y los derechos que sobre ellas se hayan constituido o reconocido, y respecto de los cuales no se ha dado uso por más de tres años. Precisa que si

bien la Constitución establece que el expropiado tendrá siempre derecho a indemnización, éste derecho se refiere al daño patrimonial efectivamente causado; el cual, en el caso no existe pues no ha habido disposición patrimonial, pues no se ha efectuado pago por adquirir el derecho de agua.

Propone además otorgar carácter de permanente a los artículos 4°, 5° y 6° Transitorios, del Código de Aguas, sin perjuicio de que pueda aplicarse la facultad de denegar las peticiones en virtud de la disponibilidad de las fuentes.

2.5.- Proyecto que “Modifica el artículo 19, N° 24 de la Constitución Política de la República, con el objeto de establecer que las aguas tienen la calidad de bienes nacionales de uso público” presentado el 16 de diciembre de 2008, por los diputados René Aedo y Francisco Chahuán (6268-07).

Fundamenta la reforma mediante un análisis de la legislación actual y particularmente en base a la función social de la propiedad. Indica que los derechos de aprovechamiento sobre las aguas deben reconocer la prelación del rango constitucional de las aguas como bienes nacionales de uso público; de modo que su uso, goce y disposición de derechos de aprovechamiento de los particulares sobre ellas, deban ejercerse en dicho contexto, y de ningún modo en forma arbitraria o con total prescindencia de los intereses de la comunidad.

2.6.- “Proyecto de Reforma Constitucional” presentado el 7 de octubre de 2008, por el senador Ricardo Núñez (Boletín 6141-09).

El proyecto destaca las condiciones de escasez de recursos hídricos en parte importante del territorio nacional, y la escasa distinción en la regulación legal actual. Expresa que es imprescindible establecer en la Constitución Política de la República, una norma que para los efectos de constitución de derechos de aprovechamiento de aguas, y de las demás normas que regulan su uso, deban considerar la diversidad climática del país, la densidad poblacional del territorio nacional, y la disponibilidad cierta de un recurso cada vez más escaso, como es el agua.

2.7.- Proyecto “Reforma Constitucional al Artículo 19 N° 23 y 24”, ingresado por el Ministerio de Obras Públicas del gobierno Bachelet el 6 de enero de 2010 (Mensaje N°6816-07).

El Proyecto de Reforma Constitucional mantiene las características del dominio de los titulares sobre sus derechos de aprovechamiento, pero sin perjuicio de ello facilita el acceso al recurso hídrico a personas con escasas posibilidades de adquirir estos derechos de aprovechamiento por acto originario de autoridad, bajo el marco regulatorio vigente o en el mercado de aguas.

Esta propuesta de reforma enviada por el ejecutivo, entrega nuevas herramientas a las autoridades competentes, para, en caso de ser imprescindible, se limite o restrinja el ejercicio de los derechos de agua, o pueda reservar caudales de aguas superficiales o subterráneas para asegurar

la disponibilidad del vital elemento. Justifica la importancia de estas nuevas atribuciones para la gestión de las aguas por parte del Estado, porque dentro de los diversos usos del agua es fundamental asegurar y dar prioridad al consumo humano.

3- REFORMAS DE FONDO PROPUESTAS EN LOS PROYECTOS DE LEY

Los proyectos de ley antes descritos desde el año 1992 a la fecha, coinciden en reforzar, modificar y priorizar los siguientes temas de fondo:

3.1. Refuerzan el estatus legal y constitucional de las aguas como bienes nacionales de dominio público:

a) Establecen un rango constitucional para el estatus de las aguas, como "bienes nacionales de dominio público"

b) En relación al carácter de los derechos de aprovechamiento:

(i) Los proyectos de Ley presentados por *el gobierno Bachelet, Ruiz-Esquide, Frei, Zaldívar, Páez, Matta, Chahuan y Aedo* mantienen el carácter de los derechos de aprovechamiento existentes; no afectando la certeza jurídica de los actuales propietarios de derechos de aprovechamiento

(ii) Los proyectos presentados por *Ávila, Ominami, Girardi, Navarro, Ruiz-Esquide, Leal, Muñoz, Espinoza, Díaz y Ortiz* proponen restablecen las facultades del Estado sobre la administración de las Aguas de la Nación

(iii).-La propuesta de Ley presentada por gobierno de *Bachelet*, y *la de los senadores Ávila, Ominami, Girardi, Navarro y Ruiz-Esquide*, proponen un estatus del recurso hídrico equivalente a los recursos mineros e hidrocarburos: dominio público y concesión a privados.

c) El proyectos ingresado por el gobierno *Bachelet*, y *las mociones del senador Horvath*, y *del diputado Sánchez*, incluyen a los glaciares bajo el estatus de bienes nacionales de dominio público.

3.2- Se busca fortalecer las múltiples funciones del agua .

La totalidad de las iniciativas legales desarrolladas desde el año 1992 a la fecha, destacan la urgente necesidad de reconocer las diversas funciones del agua en el abastecimiento primario, la salud y calidad de vida de las personas, así como respecto de la sustentabilidad ambiental. También reconocen la responsabilidad del Estado en preservar dichas funciones y fortalecer la política pública para que ello sea posible.

a) Las iniciativas propuestas por todos los parlamentarios y el Gobierno Bachelet, sugieren entregar herramientas al Estado para facilitar el acceso al agua para usos esenciales, y priorizar el consumo humano.

b) En los proyectos de Ley presentados por los diputados *Leal, Muñoz, Espinoza, Díaz, Ortiz*, y los senadores *Ávila, Ominami, Girardi, Navarro y Ruiz-Esquide* se entrega herramientas al Estado para denegar derechos; y limitar o restringir el ejercicio de derechos, así como para reservar caudales.

c) Las indicaciones contenidas en las propuestas del gobierno *Bachelet* y los senadores, *Ruiz-Esquide, Frei, Zaldívar, Páez, Matta*, incorporan la posibilidad de limitar el derecho de propiedad sobre las aguas, dada la función social de este bien esencial para la salud y la vida

d) Los proyectos de Ley suscritos por los senadores *Ávila, Ominami, Girardi, Navarro, Ruiz-Esquide*, y los diputados *Leal, Muñoz, Espinoza, Díaz, Ortiz, Chahuan, Aedo*, restablecen la propiedad del Estado sobre las Aguas de la Nación

e) Las iniciativas de Ley suscritas por los senadores *Ruiz-Esquide, Frei, Zaldívar, Páez, Matta*, los diputados *Acuña y Gajardo*, y el gobierno de *Bachelet*, establecen la caducidad de los Derechos de Aprovechamiento Asimismo, las mociones de los parlamentarios *Leal, Muñoz, Espinoza, Díaz, Ortiz, Ávila, Ominami, Girardi, Navarro, Ruiz-Esquide* sugieren la entrega de derechos de aprovechamiento por 3 años y dan al Estado atribuciones para expropiar derechos no utilizados

3.3. Los Proyectos de Ley presentados por el gobierno *Bachelet*; los senadores *Ruiz-Esquide, Frei, Zaldívar, Páez* y los diputados *Leal, Muñoz, Espinoza, Díaz, y Ortiz*, establecen normas y procedimientos para prevenir la concentración de derechos de agua en pocos titulares y a prevenir la especulación en base a dichos derechos Asimismo, exigen el uso efectivo de las aguas en un plazo no mayor a tres años.

3.4.- Las iniciativas de todos los parlamentarios, establecen prioridades de uso para el recurso hídrico

3.5.- Los proyectos de ley suscritos por los parlamentarios *Núñez, Ávila, Ominami, Girardi, Navarro, Ruiz-Esquide*, fijan condiciones al uso y aprovechamiento de las aguas Las modificaciones suscritas por el gobierno *Bachelet*, y los senadores *Núñez, Ávila, Ominami, Girardi, Navarro, Ruiz-Esquide*, establecen condiciones para asegurar el ejercicio del deber del Estado y de los particulares de velar por la protección ambiental y el uso sostenible de las aguas. Algunas mociones hacen referencia al Artículo 19, No. 8 de la Constitución Política referida al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y preservar la naturaleza.

3.6.-La propuesta de Reforma Constitucional del gobierno *Bachelet*, aprobada por las comisiones de Agricultura y Constitución de la Cámara de Diputados en enero de 2010, propone crear mecanismos para la adecuada planificación de los recursos hídricos, especialmente frente a fenómenos como el Cambio Climático, el cual exige adecuar la legislación para crear las potestades públicas para reducir la vulnerabilidad y mejorar la seguridad hídrica frente a fenómenos como la sequía y el calentamiento global.

4.- PROPUESTAS DE POLÍTICA PÚBLICA QUE EXIGEN LOS TRATADOS INTERNACIONALES.

Sin perjuicio de las limitaciones de la legislación chilena, diversas Resoluciones, Programas y Tratados Internacionales, en el marco del sistema de Naciones Unidas, expresan la permanente atención y prioridad respecto del uso sostenible de los recursos naturales, y particularmente sobre la protección de las fuentes de agua dulce y el acceso humano al agua. Entre ellas destacan;

4.1- Las Resoluciones del Consejo de Derechos Humanos N°7/22, de 28 de marzo de 2008, y N°12/8, de 1 de octubre de 2009 sobre “los derechos humanos y el acceso al agua potable y el saneamiento”. El Comentario General núm. 15 (2002) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre el derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) ¹.

4.2- El Informe del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre el alcance y el contenido de las obligaciones en materia de derechos humanos relacionadas con el acceso equitativo al agua potable y el saneamiento que imponen los instrumentos internacionales de derechos humanos².

4.3- La Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, con fecha 28 de junio de 2010 que declara el “derecho al agua potable y el saneamiento como un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos”.

Esta Resolución, establecida como vinculante por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en octubre de 2010, e incorporada en el estatus de la Declaración Universal de Derechos Humanos³, destaca en su fundamento, que, “aproximadamente 884 millones de personas carecen de acceso al agua potable y más de 2.600 millones de personas no tienen acceso al saneamiento básico, y alarmada porque cada año fallecen aproximadamente 1,5 millones de niños menores de 5 años y se pierden 443 millones de días lectivos a consecuencia de enfermedades relacionadas con el agua y el saneamiento”,

Reconoce “la importancia de disponer de agua potable y saneamiento en condiciones equitativas como componente integral de la realización de todos los derechos humanos”, “Reafirma la responsabilidad de los Estados de promover y proteger todos los derechos humanos, que son universales, indivisibles, interdependientes y están relacionados entre sí, y que deben tratarse de forma global y de manera justa y equitativa y en pie de igualdad y recibir la misma atención”,

¹ Documentos Oficiales del Consejo Económico y Social, 2003, Suplemento núm. 2 (E/2003/22), anexo IV.

² A/HRC/6/3.

³ Resolución 217 A (III).

Reconoce y Refuerza “el compromiso contraído por la comunidad internacional de cumplir plenamente los Objetivos de Desarrollo del Milenio, y destaca la determinación de los Jefes de Estado y de Gobierno, de reducir a la mitad para 2015, la proporción de población que carece de acceso al agua potable o no puede costearlo y que no tiene acceso a los servicios básicos de saneamiento, según lo comprometido en el Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Social” (*Plan de Aplicación de las Decisiones de Johannesburgo*)”. ⁴

Exhorta a los Estados y organizaciones internacionales a proporcionar recursos financieros y aumentar la capacidad y la transferencia tecnológica a través de la cooperación internacional, en particular a los países en desarrollo, para proporcionar a toda la población un acceso económico al agua potable y el saneamiento;

Acoge con beneplácito la decisión del Consejo de Derechos Humanos de pedir a la Experta Independiente Sobre la Cuestión de las Obligaciones de Derechos Humanos Relacionadas con el Acceso al Agua Potable y el Saneamiento que presente un informe anual a la Asamblea General, y alienta a la experta a seguir trabajando en su mandato, en consulta con todos los organismos, fondos y programas pertinentes de Naciones Unidas; y que incluya en su informe a la Asamblea de Naciones Unidas (en su sexagésimo sexto período de sesiones) sobre las principales dificultades para asegurar del derecho humano al agua salubre y potable y al saneamiento, para así alcanzar las metas de los Objetivos de Desarrollo del Milenio:

4.4 Otras Resoluciones Internacionales que establecen la protección de las aguas y el derecho de acceso al agua, de las cuales Chile es parte son: a) la -Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de junio de 1992 ⁵, y Agenda 21 o Programa 21 de junio de 1992 ⁶; b) el Programa Hábitat de 1996 ⁷; c) la Resolución 54/175, del 17 de diciembre de 1999, sobre el derecho al desarrollo; d) la Resolución 55/196, del 20 de diciembre de 2000, que proclamó el Año Internacional del Agua Dulce (2003); la Resolución

⁴ Informe de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, Johannesburgo (Sudáfrica) 26 de agosto a 4 de septiembre de 2002, (publicación de las Naciones Unidas, número de venta: S.03.II.A.1 y corrección), cap. 1, resolución 2, anexo.

⁵ Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992, vol. I, Resoluciones aprobadas por la Conferencia (publicación de las Naciones Unidas, número de venta: S.93.I.8 y corrección), resolución 1, anexo I.

⁶ Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992, vol. I

, Resoluciones aprobadas por la Conferencia (publicación de las Naciones Unidas, número de venta: S.93.I.8 y corrección), resolución 1, anexo II.

⁷ Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos (Hábitat II), Estambul, 3 a 14 de junio de 1996 (publicación de las Naciones Unidas, número de venta: S.97.IV.6), cap. I, resolución 1, anexo II.

- Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua, Mar del Plata, 14 a 25 de marzo de 1977 (publicación de las Naciones Unidas, número de venta: S.77.II.A.12), cap. I.

58/217, del 23 de diciembre de 2003, que proclamó el Decenio Internacional para la Acción, “*El Agua, Fuente de Vida*” (2005-2015); e) la Resolución 64/198, de 21 de diciembre de 2009, que evalúa las actividades del primer período del Decenio Internacional para la Acción, “*El Agua Fuente de Vida*”; f) la Resolución 59/228, de 22 de diciembre de 2004, 61/192, de 20 de diciembre de 2006, que proclamó 2008 como Año Internacional del Saneamiento; g) el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ⁸; y h) la Convención sobre los Derechos del Niño ⁹, entre otros.

5.- JUSTIFICACIÓN DE LAS PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN DEL CODIGO DE AGUAS

El actual modelo de asignación del agua a partir de las normas establecidas en el Código de Aguas vigente, otorga a los privados la propiedad sobre este recurso en forma gratuita y a perpetuidad. El rango constitucional entregado a este derecho de propiedad en el artículo 19, número 23 y 24, entrega a los particulares el dominio absoluto sobre las aguas.

Existiendo disponibilidad de agua, salvo que la cuenca haya sido declarada agotada, que se afecte derechos de terceros, o se haya decretado reserva de caudales, el Estado no puede negarse a la solicitud de derechos de agua que realizan los privados. Además, una vez otorgados estos derechos a personas naturales o jurídicas de manera gratuita, el Estado no posee instrumentos para regular el uso y ejercicio de ese derecho, salvo situaciones de escasez, o ante la falta de acuerdo por parte de los usuarios (a). En ese contexto y considerando las limitaciones de disponibilidad dadas por las condiciones naturales, la propia explotación productiva y los desafíos del cambio climático, entre otros factores, el Estado requiere de mayores facultades para velar por este bien común, consecuentemente con el mayor valor de un estado democrático.

En efecto, el modelo de asignación de aguas ha generado una serie de dificultades, para el abastecimiento primario, el desarrollo social y las necesidades del desarrollo local; además de riesgos en la disponibilidad y amenazas importantes a la sustentabilidad económica y al equilibrio ambiental de las fuentes hídricas. El agua y su escasez ha transformado la disponibilidad hídrica en un asunto de seguridad nacional.

Por todo ello, los objetivos principales de la presente Moción se orientan a:

⁸) Naciones Unidas, Treaty Series (resolución 2200 A (XXI),

⁹ Naciones Unidas, Treaty Series: vol. 1577, núm. 27531

5.1.- Generar mayor seguridad y equidad en el acceso al agua: para dar estabilidad de abastecimiento y prioridad al agua potable, el saneamiento, la seguridad alimentaria y el desarrollo productivo local.

El actual sistema de asignación de recursos hídricos en nuestro país no contempla un mecanismo expedito orientado al resguardo de recursos hídricos para consumo humano y abastecimiento primario. Por el contrario, todos los usos son igualmente prioritarios para efectos de la constitución de derechos, a pesar de existir acuerdos internacionales que urgen una distinción y la priorización de los usos esenciales.

Existen demandas de agua no competitivas, como aquellas asociadas a la producción de alimentos, la protección de los ecosistemas y el desarrollo productivo local; las cuales en general no son cubiertas con el modelo de asignación y transacción del mercado de aguas vigentes. Actualmente existen problemas indiscutibles de equidad en el acceso al agua, a pesar de las reformas incorporadas por la ley 20.017 de reforma al Código de Aguas en 2005. Estos problemas incluyen: concentración en la propiedad de derechos de agua constituidos y retenidos por privados por largos periodos y sin uso; especulación de derechos de agua; cambios en el destino y uso productivo de estos, entre otros.

5.2- Establecer una nueva categoría de derecho: el agua como derecho esencial

El rediseño del modelo de asignación de derechos de aprovechamiento de las aguas, debe permitir al Estado proteger y asegurar el agua para **consumo humano** y para los demás **usos esenciales de desarrollo local, ambiental y territorial**. Todos estos usos, no competitivos en el ámbito de las reglas de mercado, y a veces irrelevantes en términos de la productividad de corto plazo, son fundamentales para el desarrollo social y ambientalmente sustentable.

Los usos esenciales del agua deben ser cubiertos con un nuevo tipo de permisos para su uso; tales como **una concesión la cual** no equivalente a un derecho de aprovechamiento, pues no es transable en el mercado, y que debería estar condicionado a un determinado uso que califica como esencial. Estos usos esenciales serán prioritarios por sobre los usos competitivos y establecerán restricciones al ejercicio de todos los derechos de agua otorgados para usos competitivos.

La cuantía de agua y las demandas necesarias para satisfacer los consumos antes señalados, no constituyen un impacto importante en los sistemas hídricos, sino por el contrario, corresponden a requerimientos comparativamente bajos en los territorios, y su utilización ha coexistido tradicionalmente de manera sustentable con las fuentes de este recurso.

Los usos competitivos del agua serán cubiertos con derechos de aprovechamiento semejantes a los otorgados en el actual modelo de asignación, por fecha de solicitud, de acuerdo a la procedencia legal de las peticiones, coherente con la disponibilidad y no perjudicando derechos de

terceros. Pero tanto para los derechos nuevos como para los antiguos **regirán obligaciones referidas a la función social** del derecho de agua otorgado.

MOCION:

1) Agrégase el siguiente artículo 4º bis:

Artículo 4º bis.- Las aguas son bienes nacionales de uso público. En consecuencia su dominio y uso pertenece a todos los habitantes de la nación.

Las aguas tienen, entre otras, funciones ambientales, de subsistencia, étnicas, productivas, escénicas, paisajísticas, sociales y de ordenamiento territorial.

Es deber del Estado garantizar a todos los habitantes el acceso a las funciones señaladas en el inciso anterior.

2) Agrégase el siguiente Título II, nuevo, pasando el actual Título II a ser III, y así sucesivamente.

Título II del Libro Primero del Código de Aguas De la función ambiental, escénica, paisajística, social y de subsistencia de las aguas

3) Reemplázase el artículo 5º por el siguiente:

Artículo 5º.- El Estado otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento de las aguas para garantizar el acceso a la función productiva de ellas, en conformidad a las disposiciones del presente Código.

4) Agrégase el siguiente artículo 5º bis 1, nuevo:

Artículo 5º bis 1.- El Estado resguardará que en todas las fuentes naturales, exista un caudal o volumen de agua suficiente, que permita resguardar las funciones escénicas, paisajísticas, ambientales, sociales y de ordenamiento territorial que poseen las aguas.

Para el cumplimiento de la obligación señalada en el inciso anterior, la Dirección General de Aguas podrá limitar el ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas constituidos o reconocidos sobre las fuentes naturales. Podrá, asimismo, establecer las medidas necesarias para asegurar no sólo la cantidad, sino la calidad de las aguas y su oportunidad de uso.

5) Agrégase el siguiente artículo 5º bis 2, nuevo:

Artículo 5º bis 2.- Para el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo anterior, la Dirección General de Aguas podrá constituir reservas de agua sobre las fuentes naturales.

Sobre dichas reservas, esa Dirección podrá otorgar a los particulares concesiones de uso temporales, para el desarrollo de las funciones señaladas en el inciso segundo del artículo 4° bis.

6) Agrégase el siguiente artículo 5° bis 3, nuevo:

Artículo 5° bis 3.- Las solicitudes para el otorgamiento de las concesiones de uso temporal, se sujetarán, en lo aplicable, al procedimiento contenido en Párrafo I, del Título I del Libro Segundo del presente Código.

7) Agrégase el siguiente artículo 5° bis 4, nuevo:

Artículo 5° bis 4.- Las concesiones de uso temporal otorgadas de conformidad al presente título, no podrán transferirse ni transmitirse. No serán objeto de gravamen alguno, y serán inembargables.

8) Agrégase el siguiente artículo 5° bis 5, nuevo:

Artículo 5° bis 5.- Si el titular de una concesión de uso temporal utiliza las aguas para un fin diverso para el que ha sido otorgada, o permite que a cualquier título otra persona utilice las aguas involucradas en su concesión, caducará dicha concesión por el sólo ministerio de la ley.

9) Agrégase el siguiente artículo 5° bis 6, nuevo:

Artículo 5° bis 6.- El acto administrativo en cuya virtud se constituye la concesión de uso temporal contendrá:

1. El nombre del concesionario;
2. El nombre del álveo o individualización de la comuna en que se encuentre la captación de las aguas;
3. El objetivo para el que se otorga la concesión;
4. El plazo por el que se otorga la concesión;
5. Otras especificaciones técnicas relacionadas con la naturaleza especial de la respectiva concesión y las modalidades que la afecten, con el objetivo de conservar el medio ambiente o proteger derechos de terceros.