

**INFORME
ANUAL
SOBRE
DERE-
CHOS
HUMA-
NOS
EN CHILE
2020**



CENTRO DE DERECHOS
HUMANOS **udp**
FACULTAD DE DERECHO

LA CRISIS SOCIAL TAMBIÉN ES ECOLÓGICA: UNA MIRADA DESDE EL CONFLICTO DE LAS AGUAS¹

**Javiera Calisto
Pía Weber**

1 Nuestros agradecimientos a los investigadores ayudantes, Valeria Álvarez, Gonzalo Mellado y Matías San Martín, por su gran ayuda en el desarrollo de esta investigación.

SÍNTESIS

Considerando que “la crisis social también es ambiental”, el presente capítulo analiza los elementos de carácter socioambiental que explican el *estallido social*, vinculados a la contaminación, la desigual distribución de las cargas ambientales y sus beneficios, la sobreexplotación de nuestro medio ambiente, especialmente en lo relativo al agua, en un escenario de sequía y escasez hídrica. A su vez, se describe cómo el marco Constitucional ha tenido implicancias a la hora de garantizar el derecho humano al agua. El capítulo finaliza con conclusiones y recomendaciones.

PALABRAS CLAVES: agua, derecho humano al agua, medioambiente, estallido social, injusticia, desigualdad, Constitución ecológica.

INTRODUCCIÓN

Los problemas ambientales son parte del conflicto social. La contaminación, la desigual distribución de las cargas y los beneficios ambientales, la explotación exacerbada de los recursos naturales,² son solo algunos de los elementos que se han identificado como parte del malestar social. Los *Informes* de años anteriores ya identificaban varias de estas problemáticas.

Reconociendo la multiplicidad de conflictos ambientales que existen en Chile y el rol que cada uno de ellos puede haber jugado en el aumento del malestar social y la crisis que se desató en octubre de 2019, este capítulo se centrará en el conflicto socioambiental que existe en torno al derecho humano al agua, la administración y distribución de este componente del medioambiente y la protección del mismo, como uno de los principales temas que se relevaron durante el *estallido social* en materia ambiental,³ y que se ha tornado aún más crucial en este contexto mundial de pandemia por el Covid-19. A su vez, se ha escogido esta temática porque se encuentra particularmente vinculada a ciertos contenidos de la actual Constitución Política de Chile.

Este capítulo comienza con la revisión de antecedentes establecidos en *Informes* anteriores vinculados con el derecho humano al agua, complementado con elementos que se han incorporado en la discusión en torno a este derecho y que buscan garantizarlo, especialmente, para pueblos originarios y la protección del medioambiente.

- 2 En este documento se utiliza la palabra recurso (recurso natural y recurso hídrico), concepto propio de un relato antropocéntrico que está incorporado en nuestra legislación y práctica. Sin embargo, se hace presente que existe una serie de críticas en torno a este concepto y la visión que este implica.
- 3 Observatorio Latinoamericano de Conflictos Ambientales (OLCA) "Derechos Humanos, extractivismo canadiense y agua", Informe entregado a la Misión canadiense de observación y solidaridad con Chile sobre la situación de los derechos humanos en el contexto de transición sociopolítica, Santiago, enero 2020, p. 18; y Cristián Flores, *Servicios Sanitarios en Chile: revisión crítica de su gestión Privatizadas a Partir de la Crisis sanitaria de Osorno*, Santiago Fundación Henrich Böll, 2020, pp. 4-7.

Después, se hace una revisión de la situación constitucional y legal de la regulación de las aguas en el país, y se identifican los principales problemas que impedirían un adecuado goce del derecho humano al agua. Se concluye que varios de los impedimentos legales para garantizar este derecho pueden vincularse con un conflicto de carácter constitucional.

Finalmente, para profundizar en las raíces del malestar, en relación a esta temática, que en cierta medida generó el *estallido social*, se analizan brevemente tres situaciones. La primera, es una actualización del estado de sequía que sufre la comuna de Petorca, y que fue tratado en *Informes* previos. La segunda, describe el incidente de contaminación acaecido en Osorno que dejó sin acceso a agua, por varios días, a gran parte de la ciudad. En tercer lugar, se hará una breve referencia al acceso al agua, especialmente vinculada a los precios, en el contexto del Covid-19.

1. LA CRISIS SOCIAL TAMBIÉN ES AMBIENTAL

1.1 El estallido social desde lo socioambiental

“El *estallido social* también es ecológico”, señalan una serie de voces refiriéndose a las causas que habrían provocado la crisis originada el 18 de octubre de 2019.⁴ La explotación exacerbada de los recursos naturales y su denominada “privatización”;⁵ la contaminación, el abuso y la desigualdad en las cargas ambientales; el cambio climático, la falta de servicios sanitarios en ciertas áreas rurales, y la dificultad de la ciudadanía para acceder a playas, ríos y lagos, han sido enunciados como algunos de los problemas que explicarían el contenido socioambiental del *estallido social*. La organización FIMA identificó, entre 2015 y 2019, 130 protestas masivas, con cobertura de prensa nacional, asociadas a materias ambientales, destacándose como los temas más controvertidos el acceso al agua, la energía y la contaminación.⁶ A su vez, 49 de estas protestas se concentraron durante el año 2019.⁷ En versiones

4 Entrevista a Pamela Poo, encargada de políticas y regulación en Chile Sustentable, 31 de julio de 2020. Entrevista a Tatiana Celume, investigadora de la Facultad de Derecho y Gobierno, Universidad San Sebastián, 31 de julio de 2020. Entrevista a Ezio Costa, director ejecutivo de FIMA, 28 de julio de 2020. Entrevista a Rodrigo Mundaca, vocero nacional del Movimiento por la defensa del agua, protección de la tierra y respeto al medio ambiente. MODATIMA, 29 de julio de 2020.

5 Si bien varios de los recursos naturales, jurídicamente, entran dentro de la categoría de bienes nacionales de uso público, sobre ellos recaen derechos de propiedad que permiten su expropiación por parte de privados. Esto se ha denominado la privatización de los recursos naturales.

6 Ezio Costa, ONG FIMA. Conversatorio: “Una Constitución Ecológica como vía hacia mejores políticas ambientales”. Durante este conversatorio el Centro de Cambio Global UC (CCG-UC) junto a la ONG FIMA, presentaron los resultados del informe que reúne las principales conclusiones en torno a desafíos medio ambientales manifestados en los encuentros ciudadanos convocados tras la crisis social de octubre en Chile.

7 *Ibid.*

previas de este *Informe* se pueden encontrar identificados y descritos algunos conflictos socioambientales presentes en el país. Por otro lado, el respeto al medioambiente fue uno de los valores más relevados en los Encuentros Locales Autoconvocados desarrollados durante 2016.⁸

Las problemáticas en torno al derecho humano al agua, y la inadecuada administración y protección de este componente del medio ambiente, han sido puestas en evidencia en los *Informes* de los años 2007, 2013 y 2017. Particularmente, el Informe 2007 abordó la relación entre el uso del agua y eventuales riesgos de contaminación, analizándose los proyectos mineros Pascua Lama y la construcción del tranque de relaves El Mauro. A su vez, se realizó un análisis del contenido mínimo del derecho humano al agua y el impacto que este tipo de proyectos tiene en las aguas superficiales y subterráneas. Luego, el *Informe 2013* abordó el derecho humano al agua y el caso de Petorca desde la perspectiva de la sequía y escasez, criticándose la regulación existente, la que debiese estar destinada, entre otras cosas, a garantizar su disponibilidad, conforme a los estándares internacionales de derechos humanos. Por último, el *Informe 2017* determinó, a la luz del derecho internacional, la responsabilidad del Estado al incumplir su obligación de velar por el derecho humano al agua y su saneamiento, entre otras razones, por la falta de regulación o la escasa fiscalización a las empresas sanitarias; y, a su vez, detectó la existencia de responsabilidades asociadas a dichas empresas.

Por su parte, los *Informes* de 2012 y 2019, y el Informe Anual 2018 del Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH),⁹ denunciaban la situación de contaminación, las zonas de sacrificio y la profunda inequidad en la distribución de las cargas ambientales. En el primero de ellos se relata la situación de injusticia ambiental que sufren las comunas de Quintero y Puchuncaví, y cómo el Estado y las empresas vulneran los derechos humanos a la vida, salud y medioambiente producto del funcionamiento del Parque Industrial Ventanas. Se hace referencia, en particular, al episodio de contaminación del aire provocado por la emanación de una nube tóxica ocurrido en 2011.¹⁰

En el *Informe 2019* se desarrolló un estudio de información ambiental en materia de calidad y contaminación del aire, considerando las obligaciones internacionales de derechos humanos –particularmente el derecho de acceso a la información pública, el derecho a la salud y el

8 Comité de Sistematización, *Encuentros locales autoconvocados, Sistematización de fundamentos valores y principios*, enero de 2017.

9 "Recursos naturales, empresas y derechos humanos. Análisis del impacto de actividades productivas sobre los recursos naturales y el medio ambiente", *Informe Anual 2018*, Santiago, INDH, 2018, pp. 121-165

10 Hubo varios episodios contaminantes durante ese año, siendo el más relevante y con mayor cobertura mediática el acontecido el 23 de marzo de 2011 en La Greda, producto de las emisiones de la chimenea de la Fundición de Codelco División Ventanas.

derecho a vivir en un medioambiente sano—, concluyendo que la información existente en esta materia es insuficiente para tomar decisiones tendientes a la protección del derecho a la salud, ya sea de manera individual o a través de una política pública. Al respecto, la confirmación de la no firma del Acuerdo de Escazú,¹¹ refleja la ausencia de voluntad por parte del gobierno en lo que se refiere a fortalecer el acceso a la información y la participación ciudadana en materia medioambiental.¹²

Por su parte, el Informe 2018 del INDH describe las repercusiones que la contaminación y la inadecuada explotación de los recursos naturales tiene sobre las personas y su entorno, y en particular aborda las vulneraciones a los derechos humanos de los habitantes de las denominadas “zonas de sacrificio” ubicadas en las comunas de Tocopilla, Mejillones, Huasco, Coronel y Quintero-Puchuncaví.¹³ Entre las sustancias contaminantes, se mencionan los desechos biológicos y la contaminación generada por la acuicultura en el mar, los desechos y las emisiones atmosféricas de la minería y, finalmente, los residuos sólidos y líquidos, y las emisiones atmosféricas emitidas por las centrales termoeléctricas.

Si bien se reconoce el esfuerzo realizado por el Estado en la materia, el Informe 2018 del INDH identifica varios aspectos problemáticos. Entre ellos se encuentran las deficiencias en el cumplimiento de estándares internacionales de normas de calidad y emisión, la ausencia de un cuerpo normativo integrador sectorial, las restricciones que presenta la evaluación de impacto ambiental de las actividades productivas, y el insuficiente apoyo en el desarrollo de las labores de la SMA, entre otros.

Sin embargo, muchas de estas situaciones se perpetúan en el tiempo. En concreto, entre agosto y septiembre de 2018, se presentaron ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso 12 recursos de protección con el objetivo de cautelar los derechos de los habitantes de la bahía de Quintero y Puchuncaví, debido a diversos episodios de contaminación producidos por las múltiples industrias que conforman el Complejo Industrial Ventanas, y que provocaron la intoxicación de una cantidad indeterminada de personas.¹⁴

11 País Circular, Ministerio de Medio Ambiente y Ministerio de Relaciones Exteriores, *Planteamientos del Gobierno de Chile respecto al Acuerdo de Escazú*, 22 de septiembre de 2020.

12 Para mayor información sobre los argumentos del Gobierno para no firmar Escazú y los argumentos para rebatir dicha postura ver TV Senado: <https://tv.senado.cl/tvsenado/comisiones/permanentes/medio-ambiente/comision-de-medio-ambiente-y-bienes-nacionales/2020-09-28/074459.html>

13 Nina Hormazábal Poblete y otros, “Habitar en una zona de sacrificio: análisis multiescalar de la comuna de Puchuncaví”, *Revista hábitat sustentable* vol.9, n.2, 2019.

14 Ilma. Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N°7266; N°7412; N°7468; N°7469; N°7475; N°7837; N°8030; N°8036; N°8061; N°8127; N°8132; N°8223-2018. Cabe señalar que estos recursos fueron acumulados.

Estas acciones de protección fueron rechazadas por la Corte de Apelaciones, y posteriormente acogidas por la Corte Suprema,¹⁵ la que concluyó que la autoridad ambiental habría incurrido en omisiones ilegales y conculcado los derechos a la vida, y a la integridad física y síquica, el derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación y el derecho a la protección de la salud. Además, hace especial aplicación de los principios de derecho ambiental preventivo y precautorio para fundar y determinar su decisión y medidas. Por último, ordena a la autoridad ambiental que elabore informes precisos y detallados que permitan determinar el método más adecuado para realizar una caracterización específica de cada contaminante que hay en la zona, de su concentración y su fuente de emisión, además de las patologías asociadas a la contaminación del suelo, el aire y agua.¹⁶

Sin embargo, a un año de dictada la sentencia de la Corte Suprema, varias organizaciones ambientales y de derechos humanos han alegado que no se ha dado cumplimiento cabal de ella y que se mantienen las graves circunstancias de contaminación.¹⁷

2.1 El estallido social desde la crisis hídrica

Según el mapa de conflictos ambientales del INDH, a la fecha se registran 117 conflictos ambientales, de los cuales el 44% se vincula con el agua.¹⁸ El adecuado y equitativo manejo, distribución y protección de este componente del medio ambiente, se hace aún más relevante en los escenarios actuales de cambio climático, mega sequía y escasez, y particularmente en un contexto de pandemia donde las autoridades sanitarias promueven el lavado de manos como una de las tres medidas de prevención del contagio.¹⁹

Chile posee siete de los nueve criterios de vulnerabilidad al cambio

15 Excma. Corte Suprema, Rol N°588-2019, 30 de mayo de 2019.

16 La Clínica de Justicia Ambiental de la Universidad Diego Portales, el INDH y la Defensoría de la Niñez pidieron a la Corte de Apelaciones el desarchivo de la causa porque aún no estaba cumplida la sentencia. La Corte de Apelaciones accedió al desarchivo.

17 DiarioUchile: "Puchuncaví–Quintero: a un año del fallo de la Suprema sigue siendo una Zona de Sacrificio", 8 de junio de 2020.

El Mostrador: "INDH solicita informe a la Corte de Apelaciones de Valparaíso para comprobar cumplimiento de histórico fallo por la contaminación en Quintero y Puchuncaví", 28 de mayo 2020.

Defensoría ambiental.org: "El derecho a respirar en paz", 4 de junio de 2020.

18 El Mapa de conflictos socioambientales en Chile 2015, Versión digital, Santiago de Chile, mayo de 2016, registraba hasta la fecha 102 conflictos socioambientales, (disponible en: <https://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/989/libro.pdf?sequence=5>) En el mapa online se pueden observar al 3 de agosto de 2020, 117 conflictos ambientales, el 38% de ellos vinculados a la energía, el 28% a la minería, el 9% al saneamiento ambiental, el 26% a otros sectores. Del total, el 44% son conflictos que se vinculan con el agua (52 conflictos). Mapa disponible en <https://mapaconflictos.indh.cl/#/>

19 Gobierno de Chile, Autocuidado, <https://www.gob.cl/coronavirus/autocuidado/>

climático identificados por Naciones Unidas. Uno de ellos dice relación con que nuestro país tiene áreas propensas a la sequía y la desertificación.²⁰ Esto se refleja en la mega sequía que desde hace más de diez años enfrenta Chile, específicamente desde la región de Coquimbo a la región de Los Lagos, donde el registro de precipitaciones históricas ha experimentado una disminución drástica como consecuencia del cambio climático.²¹ La escasez hídrica es un concepto que integra el factor antrópico de uso del agua en las cuencas, lo que a su vez permite visibilizar la deficiente institucionalidad y regulación a la hora de resguardar un equilibrio entre la oferta y la demanda del agua.²² En 2015, ya se reconocía que 110 acuíferos del país se encontraban con una demanda comprometida superior a su recarga²³ y la DGA había dictado un total de 11 declaraciones de agotamiento en fuentes superficiales.²⁴

Frente a esta situación, se ha tornado relevante el concepto de seguridad hídrica, el cual implica tener “acceso al agua en un nivel de cantidad y calidad adecuada, definida por cada cuenca, para su sustento y aprovechamiento en el tiempo, tanto para la salud, subsistencia, desarrollo socioeconómico y la conservación de los ecosistemas, manteniendo una alta resiliencia frente a amenazas asociadas a sequías, crecidas y contaminación”.²⁵

Desde distintas apreciaciones, todos los entrevistados concuerdan en que el tema del agua es un elemento central de la discusión social. Al respecto, Oscar Cristi, el director de la Dirección General de Aguas

20 Gobierno de Chile, *Plan de Acción Nacional de Cambio Climático 2017-2022*.

21 Nuestro país experimenta un déficit generalizado de precipitaciones que viene manifestándose desde hace ya varios años [...]. Déficit de las Regiones en agosto de 2019 en comparación con promedios a la misma fecha entre los años 1981 - 2010: Región de Atacama -99%, Región de Coquimbo -87%, Región de Valparaíso y Región Metropolitana -77%, Región de O'Higgins -78%, Región del Maule -52%, Región de Ñuble -34%, Región del Bío Bío -41%, Región de La Araucanía -36%, Región de Los Ríos -4%, Región de Los Lagos -21%. *Informe País. Estado del medio ambiente en Chile 2018*, Institutos de Asuntos Públicos, Universidad de Chile, 2019.

22 En esta relación se considera la oferta como aquella cantidad de agua que ofrece la fuente del recurso superficial y subterránea, luego de haber tomado en cuenta la cantidad de agua que necesita el ecosistema para mantener su funcionalidad, elaborada a partir de la recopilación de los balances hídricos disponibles para cada cuenca. En tanto, la demanda de agua –que utiliza según la metodología internacional el consumo hídrico–, es entendida como el volumen total de agua dulce extraída de fuentes, superficiales y/o subterráneas, por parte de diferentes usuarios en un espacio y tiempo determinado para producir bienes y servicios, que no retorna al ambiente de donde se extrajo. *Radiografía del agua. Brecha y riesgo hídrico en Chile*, Escenarios hídricos 2030 Chile, junio de 2018.

23 Ministerio del Interior y Seguridad Pública, *Política Nacional para los Recursos Hídricos*, 2015, p. 27.

24 DGA, *Atlas del Agua*, 2016, p. 90.

25 Laboratorio de Análisis Territorial, *Informe Final: Estudio de seguridad hídrica en Chile en un contexto de cambio climático para la elaboración de un Plan de adaptación de los recursos hídricos al cambio climático*, 2017, pp. 16.

(en adelante, DGA) reconoce que el tema de la conflictividad social del agua es anterior al *estallido social*, especialmente en aquellos lugares donde el agua es escasa, pero indica que ciertamente las protestas lo recogen,²⁶ y, en la misma línea, reconoce que será uno de los temas a tratar en el debate de la nueva Constitución.

Por su parte, Rodrigo Mundaca, destaca la consigna que se instaló con mucha fuerza durante el *estallido social*, “No es sequía es saqueo”, que surgió de una entrevista que le realizaron en su calidad de representante del Movimiento de Defensa por el Acceso al Agua, la Tierra y la Protección del Medioambiente (MODATIMA). Dicho lema se observó a lo largo de todo Chile durante las protestas.²⁷ También releva que, en el marco del *estallido social*, el 1 de noviembre de 2019, el periódico electrónico Interferencia, publicó un reportaje²⁸ que denunciaba el espionaje que Carabineros habría estado desarrollando y que incluía a diferentes dirigentes ambientales, incluido el mismo Rodrigo Mundaca.²⁹ El activista destaca que esto se debe a que en la práctica las batallas de los ambientalistas tienen que ver con las bases de la desigualdad, las que a su vez se vinculan con la apropiación del agua y la tierra, por lo que, entre comillas, eran “un peligro para el Estado”. Representados los dirigentes por abogados de la Defensoría Popular, presentaron un recurso de amparo que fue desestimado por la Corte Suprema.³⁰

Ezio Costa, director de la ONG FIMA, señala que la escasez del agua genera desesperación y, además, temor en aquellas personas que se ven amenazadas, lo cual se agrava con las bochornosas imágenes que muestran valles cubiertos de plantaciones de paltos, en localidades donde, sin embargo, no hay agua suficiente para beber. Costa señala que estas son claras muestras de desigualdad y abuso.³¹

Entre otras razones, se ha escogido este tema porque, como se explicará a lo largo de este capítulo, el marco constitucional existente se ha identificado como determinante en la regulación de los componentes del medio ambiente y en particular de las aguas. En este sentido,

26 Entrevista a Oscar Cristi, director de la DGA, 11 de septiembre de 2020.

27 Entrevista a Rodrigo Mundaca, vocero nacional del Movimiento por la defensa del agua, protección de la tierra y respeto al medio ambiente, MODATIMA, 29 de julio de 2020.

28 Interferencia: “PacoLeaks: Estos son los nombres y organizaciones que han sido vigiladas por Carabineros en los últimos meses”, 3 de noviembre 2020.

29 Entrevista a Rodrigo Mundaca, secretario del Movimiento por la defensa del agua, protección de la tierra y respeto al medio ambiente. MODATIMA, 29 de julio de 2020.

30 El senador Alejandro Navarro y la senadora Yasna Provoste, interpusieron un recurso de amparo en favor de Rodrigo Mundaca Cabrera, vocero nacional de MODATIMA; Mario Aguilar Arévalo, presidente del Colegio de Profesores; y, José Pérez Debelli, presidente de la Agrupación Nacional de Empleados Fiscales, ANEF, en contra del general director de Carabineros, Mario Alberto Rozas Córdova, chileno, y el ministro de Interior y Seguridad Pública, Gonzalo Fernando Blumel Maciver. Amparo Rol 2319-2019 de la Corte de Apelaciones, resuelto Rol N°40.903-19.

31 Entrevista a Ezio Costa, director ejecutivo de FIMA, 28 de julio de 2020.

incorporar el derecho humano al agua, avanzar hacia una mayor protección de la naturaleza y evaluar el modelo mediante el cual esta es explotada, se han presentado como una de las temáticas a discutir de cara a la redacción de una nueva Constitución.

Finalmente, la reciente crisis sanitaria que se vive a nivel mundial, debido al Covid-19, de nuevo coloca al centro de la discusión el derecho a acceder al agua y al saneamiento, derechos cuya garantía es deficiente hoy en Chile. Es por ello que, en este nuevo escenario político y social del país, volvemos a revisar en qué consiste el derecho humano al agua y cómo ha ido evolucionando el mismo en los últimos años.

2. DERECHO HUMANO AL AGUA

2.1 El Derecho humano al agua e Informes anteriores

El 28 de julio de 2010, la Asamblea General de las Naciones Unidas, a través de su Resolución 64/292, reconoció explícitamente el derecho humano al agua y al saneamiento,³² señalando que son esenciales para la realización de todos los derechos humanos. Al respecto, 122 países votaron a favor de esta resolución, entre ellos Chile; 29 Estados estuvieron ausentes de la votación; y 41 se abstuvieron.³³

Dicha resolución exhorta a los Estados y organizaciones internacionales a que proporcionen recursos financieros y propicien el aumento de la capacidad y la transferencia de tecnología, en particular a los países en desarrollo, a fin de intensificar los esfuerzos por proporcionar a toda la población un acceso económico al agua potable y el saneamiento.³⁴ Por su parte, en octubre de ese mismo año, el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, rápidamente generó su propia declaración para apoyar el derecho humano al agua y la sanitización.³⁵ La consagración del derecho humano al agua tiene diversos fundamentos. Entre ellos, se destaca la progresiva disminución del componente agua en el medio ambiente, pero también surge como respuesta a la economía que se estaba desarrollando durante el siglo XX, que se

32 Resolución A/RES/64/292. Asamblea General de las Naciones Unidas, julio de 2010, párr. 1.

33 Asamblea General de las Naciones Unidas, 28 de julio de 2010, Resolución A/64/PV.108.

34 Asamblea General de las Naciones Unidas, 3 de agosto de 2010, Punto 2 de la Resolución A/RES/64/292.

35 Consejo de Derechos Humanos, Los Derechos Humanos de Saneamiento y Acceso al Agua Potable y al Saneamiento A/HRC/RES/15/9, del 6 de octubre de 2010, ver párrafo 3: "Afirma que el derecho humano al agua potable y el saneamiento se deriva del derecho a un nivel de vida adecuado y está indisolublemente asociado al derecho al más alto nivel posible de salud física y mental, así como al derecho a la vida y la dignidad humana".

enfocó en mecanismos de mercado, de autorregulación y de una escasa intervención pública.³⁶

En el *Informe 2013* se revisó el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC)³⁷ y la Observación General N°15 (2002) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que es el grupo de expertos encargado de interpretar y monitorear el cumplimiento del PIDESC. Dicha Observación General N°15, interpretando el contenido del PIDESC,³⁸ reconoció que el derecho humano al agua es un componente implícito, pero esencial, del derecho a disfrutar de una vida adecuada y del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental,³⁹ consagrados en los artículos 11 párrafo 1 y 12 del PIDESC.

Dicha observación dotó de contenido al derecho humano al agua, definiéndolo como “el derecho de cada uno a disponer de agua suficiente, saludable, aceptable, físicamente accesible y asegurable para su uso personal y doméstico”.⁴⁰ Esto permitió elevar su estándar de protección y, a su vez, enriquecer la discusión en torno a este emergente derecho. A continuación, se revisarán los elementos de disponibilidad, calidad y accesibilidad del agua.

La disponibilidad de agua implica que el abastecimiento de esta debe ser continuo y suficiente para usos personales y domésticos.⁴¹ A pesar de que las necesidades de agua para satisfacer la salud humana son altamente variables, la Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS) estableció ciertas directrices respecto de la cantidad de agua que debiese disponer cada individuo para promover la salud. En este sentido, la OMS determinó que: el “no acceso” define aquellos casos en que se dispone de menos de 5 litros de agua por persona al día, lo que no asegura el consumo humano y no permitiría satisfacer necesidades de higiene; un “acceso básico” equivale a unos 20 litros al día; un “acceso intermedio” es de 50 litros; y finalmente un “acceso óptimo” es de 100-200 litros al

36 Antonio Pulgar Martínez, “El Derecho humano al agua y al saneamiento y su relación con la protección del medio ambiente en América Latina”, *Anuario de Derechos Humanos*, Vol. 16 N° 1, Santiago, Universidad de Chile, 2020, p. 102, refiriéndose a Justo, Juan Bautista (2013). *El derecho humano al agua y al saneamiento frente a los Objetivos de Desarrollo del Milenio* (ODM), Santiago, CEPAL, 2013, pp. 13-14.

37 Dicho Pacto fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 y entró en vigor el 3 de enero de 1976, siendo ratificado por Chile el 10 de febrero de 1972.

38 Que no reconoce expresamente el derecho humano al agua.

39 A pesar de que esta observación no reconoce el derecho humano al agua como un elemento autónomo, se analizarán aquí sus elementos por la forma en que estos han sido desarrollados.

40 Observación General N 15 E/C.12/2002/11, 20 de enero de 2003, Consejo Económico, y Social, Naciones Unidas.

41 Observación General N° 15, Párrafo 12 A.

día.⁴² Como revisaremos más adelante, esta cantidad establecida no ha estado exenta de críticas y conflictos, sobre todo entre aquellos habitantes que deben subsistir con estos accesos moderados u “óptimos”.

No solo la cantidad de agua es relevante al momento de garantizar este derecho, sino que también es fundamental la calidad del agua. En este sentido, juega un rol importante cómo el Estado protege este recurso de cualquier agente contaminante, sobre todo teniendo en consideración aquellos proyectos o actividades que impactan las aguas superficiales y subterráneas. De acuerdo con la Observación General N°15 el agua debería tener un color, un olor y un sabor aceptables para cada uso personal o doméstico.⁴³

En Chile se han presentado problemas graves de calidad en el agua que proveen las empresas sanitarias, especialmente en las ciudades del norte del país,⁴⁴ ocasionando problemas de salud en el largo plazo.⁴⁵ También en casos específicos vinculados a emergencias como las que se vivió en Osorno y la calidad del agua entregada por medio de camiones aljibes en comunas como Petorca. Asimismo, se reconoce la laxitud de ciertas normas que no necesariamente garantizan altos estándares de calidad. En este contexto, el entonces Relator Especial Hadji Guissé explicó, en su informe del año 2005, que los estándares de calidad de agua deben ser revisados de manera periódica y progresivamente aumentados,⁴⁶ en virtud de la obligación de progresividad del PIDESC.

La accesibilidad al agua, por su parte, no solo implica poder acceder físicamente a esta, sino que también la capacidad de costearla.⁴⁷ La posibilidad física de acceder al agua implica que los servicios y las instalaciones

42 Tabla S1: Summary of requirement for water service level to promote health in WHO/SDE/WSH/03.02, Domestic Water Quantity, Service, Level and Health, World Health Organization 2003.

43 Observación General N° 15, Literal b) Punto 12.

44 Según un informe del Banco Mundial, entre 2011 y 2018 una de cada tres grandes ciudades en el norte de Chile tiene niveles de arsénico mayores a 10 µg / L el 94% de las veces, y en 83 localidades de las 392 encuestadas por la Superintendencia de Servicios Sanitarios, el nivel de arsénico en el agua alcanzó exactamente el umbral de 10 µg / L fijado por la OMS. También ver: Richard Damania y otros, *Calidad desconocida: La crisis invisible del agua*, Grupo Banco Mundial, 2019, pp. 35-36.

45 Craig M Steinmaus y otros, “Drinking water arsenic in northern Chile: high cancer risks 40 years after exposure cessation”, *Cancer, Epidemiology, Biomarkers and Prevention*, 2013, pp. 623-630.

46 El Hadji Guissé, *Realization of the Right to Drinking Water and Sanitation: Report of the Special Rapporteur*, El Hadji Guissé, United Nations Economic and Social Council, 2005, párrafo 7.2.

47 Como uno de los elementos de accesibilidad que se regula en la Observación General N° 15 está la posibilidad de que sean económicamente accesibles para todos, párrafo 12 c) (ii) “El agua y los servicios e instalaciones de agua deben estar al alcance de todos. Los costos y cargos directos e indirectos asociados con el abastecimiento de agua deben ser asequibles y no deben comprometer ni poner en peligro el ejercicio de otros derechos reconocidos en el Pacto.”

estén al alcance físico de las personas, considerando criterios de género, pobreza, entre otros. El *Informe 2017*, analiza cómo el Estado busca cumplir con su deber de proveer agua a la población, revisando el marco regulatorio del agua potable y el rol de las empresas sanitarias.

Conforme a lo señalado, el derecho internacional de los derechos humanos reconoce el derecho humano al agua, presentando exigencias en relación con su disponibilidad, calidad y accesibilidad. A su vez, las obligaciones de los Estados respecto a garantizar el derecho humano al agua se traducen en ciertas obligaciones generales y otras específicas que incluyen la obligación de respetar, proteger y cumplir.

La obligación de respetar implica “el abstenerse de toda práctica o actividad que deniegue o restrinja el acceso al agua potable en condiciones de igualdad, de inmiscuirse arbitrariamente en los sistemas consuetudinarios o tradicionales de distribución del agua, de reducir o contaminar ilícitamente el agua”. Esto es especialmente relevante en relación con las actividades propias del Estado, como las que realizan las empresas de su propiedad, las obras públicas, y las actividades financiadas o subvencionadas a través de fondos públicos.⁴⁸

Por su parte, la obligación de proteger exige a los Estados que “impidan a terceros que menoscaben en modo alguno el disfrute del derecho al agua”, entendiéndose por terceros a particulares, grupos, empresas u otras entidades, así como quienes obren en su nombre. Finalmente, la obligación de cumplir se subdivide en las obligaciones de facilitar, promover y garantizar dicho derecho.

Por último, los Estados son llamados a desarrollar las herramientas y mecanismos necesarios para lograr de forma progresiva la completa realización de este derecho, los que pueden abarcar legislación, planes y estrategias integrales para el sector, incluyendo mecanismos financieros.⁴⁹

48 Observación general N° 24 (2017) sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales E/C.12/GC/24; y, los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”, Naciones Unidas Derechos Humanos, Alto Comisionado. Especialmente el principio 4. “Los Estados deben adoptar medidas adicionales de protección contra las violaciones de derechos humanos cometidas por empresas de su propiedad o bajo su control, o que reciban importantes apoyos y servicios de organismos estatales, como los organismos oficiales de crédito a la exportación y los organismos oficiales de seguros o de garantía de las inversiones, exigiendo en su caso, la debida diligencia en materia de derechos humanos”; y principio 6.6. “Los Estados deben promover el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas con las que lleven a cabo transacciones comerciales”.

49 Consejo de Derecho Humanos, Los derechos humanos de saneamiento y acceso al agua potable y al Saneamiento A/HRC/RES/15/9, del 6 de octubre de 2010. Human Rights Council, Fifteenth session, Agenda item 3, Promotion and protection of all human rights, civil political, economic, social and cultural rights, including the right to development, Resolution adopted by the Human Rights Council, 15/9 Human rights and access to safe drinking water and sanitation.

En agosto de 2020, el Relator Especial de la ONU sobre los derechos humanos al agua y a la salud, Leo Heller, señaló que el Gobierno chileno no cumple sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos si da prioridad al desarrollo económico por sobre los derechos al agua y la salud. Específicamente, se refirió al proyecto hidroeléctrico Alto Maipo y al negocio de la palta, ya que ambas actividades económicas pueden poner en riesgo el abastecimiento, lo que es en especial preocupante en medio de la pandemia del Covid-19. Heller se refirió a los 50 litros de agua diarios que son destinados para el consumo de cada habitante de Petorca y afirmó que no son suficientes para cubrir las necesidades básicas durante una pandemia. Respecto a Alto Maipo, señaló que ese proyecto no solo podría reducir la principal fuente de agua potable de los residentes de Santiago de Chile, sino que también podría agravar la contaminación del aire en la ciudad. Puntualizó, asimismo, que el gobierno, más allá de los respectivos estudios ambientales, no ha tomado medidas para garantizar el derecho humano al agua de las personas afectadas por este megaproyecto.⁵⁰

2.2 Alcance del derecho humano al agua

El concepto original del derecho humano al agua, como ya lo hemos indicado, dice relación con el acceso a agua potable y el saneamiento, sin embargo, es una noción que ha ido evolucionando, expandiéndose a los beneficios directos e indirectos que el agua provee. En este sentido, la necesidad de integración del valor del agua para las comunidades indígenas y para los ecosistemas se hace cada día más importante.⁵¹

a. Pueblos indígenas y el derecho humano al agua

El Convenio 169 de la OIT⁵² desarrolla en detalle los derechos de los pueblos indígenas. Específicamente, su artículo 15 busca resguardar sus derechos sobre los recursos naturales vinculados a sus tierras. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁵³ consagra también los derechos que tienen los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales.⁵⁴ A su vez, la Asamblea General de la OEA en su

50 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas: "Chile debe dar prioridad a los derechos al agua y la salud antes que los intereses económicos", 20 de agosto de 2020.

51 Antonio Pulgar Martínez, "El Derecho humano al agua y al saneamiento y su relación con la protección del medio ambiente en América Latina", *Anuario de Derechos Humanos*, Santiago, Universidad de Chile, 2020, pp. 99-118.

52 Vigente en Chile desde el 10 de junio de 2016.

53 Dicho Convenio fue aprobado por el Congreso Nacional el 14 de agosto de 1990; y el 21 de agosto de 1990 se depositó el instrumento de ratificación ante el secretario general de la Organización de los Estados Americanos.

54 En su artículo XVIII punto 1, relativo a la salud, señala que "Los pueblos indígenas tienen derecho a sus propios sistemas y prácticas de salud, así como al uso y la protección de las plantas, animales, minerales de interés vital, y otros recursos naturales de uso medicinal en sus tierras y territorios ancestrales."

resolución 2349/07,⁵⁵ reconoce y respeta el uso ancestral del agua por parte de las comunidades urbanas, rurales y pueblos indígenas, en el marco de sus usos y costumbres, de conformidad con las respectivas legislaciones nacionales. Asimismo, subraya la importancia de este recurso como fuente de energía.

La jurisprudencia de la CIDH ha reconocido en el *caso de la comunidad indígena Yakye Axa versus Paraguay*,⁵⁶ que “las afectaciones especiales del derecho a la salud, e íntimamente vinculadas con él, las del derecho a la alimentación y el acceso al agua limpia impactan de manera aguda el derecho a una existencia digna y las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos humanos, como el derecho a la educación o el derecho a la identidad cultural. (...)”.⁵⁷ En este contexto, Yáñez y Gentes, analizando ciertos fallos de la CIDH,⁵⁸ concluyen que los derechos indígenas sobre las aguas poseen una doble dimensión. Por un lado, constituyen “a) derechos preferentes respecto a las aguas existentes en sus territorios ancestrales y que conforman el hábitat necesario para la reproducción de su cultura y la articulación de su propia estrategia desarrollo”; y, por otro lado, una segunda dimensión que incluye el “b) acceso al agua limpia y a servicios sanitarios que garantizan una vida digna para los Pueblos Indígenas y sus miembros (...)”.⁵⁹

Recientemente, en un fallo de la CIDH, del 6 de febrero de 2020, *de las comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat versus Argentina*,⁶⁰ se analizaron, por primera vez, en forma autónoma los derechos a un medio ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y saneamiento, y a la identidad cultural, a partir del artículo 26 de la Convención Americana. La CIDH indicó, en relación con las obligaciones que tienen los Estados, que “(...) el acceso de los pueblos indígenas a los recursos de agua en sus tierras ancestrales sea protegido de toda transgresión y contaminación ilícitas (...) facilitar recursos para que los pueblos indígenas planifiquen, ejerzan y controlen su acceso al agua [y que] las comunidades nómadas [...] tengan acceso al agua potable en sus lugares de acampada tradicionales.”⁶¹ La CIDH ordenó medidas de reparación específicas para la restitución de los derechos antes menciona-

55 AG/RES. 2349 (XXXVII-O/07) Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, El Agua, la Salud y los Derechos Humanos.

56 CIDH, *caso comunidad Yakye Axa versus Paraguay*, sentencia del 17 de junio de 2005.

57 *Ibíd.*, párr. 167.

58 CIDH, *caso Mayagna (Sumo) Awas Tingni versus Nicaragua y caso comunidad indígena Yakye Axa versus Paraguay*.

59 Nancy Yáñez e Igno Gentes, “Derechos locales sobre las aguas en Chile: Análisis jurídico y político para una estrategia en gestión pertinente en territorios indígenas. Resumen ejecutivo”, *Water Law and Indigenous Rights*, Santiago, 2006, pp. 9-10.

60 CIDH, *caso comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) versus Argentina*, sentencia del 6 de febrero de 2020.

61 *Ibíd.*, párrafo 230.

dos, incluyendo acciones para el acceso al agua y a la alimentación, para la recuperación de recursos forestales y la cultura indígena.⁶²

En la línea de complementar lo antes expuesto, es esencial comprender el vínculo que existe entre la cosmovisión indígena y el agua, elemento que juega un rol fundamental en la existencia diaria, en las tradiciones, la cultura y las instituciones de los pueblos indígenas.⁶³ Las comunidades indígenas tienen derecho al respeto de todas las protecciones y garantías otorgadas por el derecho internacional, que incluyen el derecho humano al agua, pero además a que sean ejercidos de acuerdo a las características de su propia cultura y en concordancia con los derechos que les han sido reconocidos internacionalmente en la Declaración de Naciones Unidas.⁶⁴ Estos incluyen el derecho de autodeterminación,⁶⁵ el mantenimiento de una relación cultural con los recursos,⁶⁶ la protección legal de la capacidad productiva de sus tierras,⁶⁷ los derechos de información previa consulta y, en algunos casos, consentimiento previo, libre e informado respecto del desarrollo de sus derechos.⁶⁸

Es importante reconocer, también, que el concepto de derechos humanos desarrollado en el contexto de la cultura occidental, puede sujetar a las comunidades indígenas a nociones y regímenes de protección que les son ajenos.⁶⁹ Sin perjuicio de ello, las comunidades indígenas han utilizado el derecho humano al agua para posicionar sus visiones respecto del manejo y uso de ese vital elemento y garantizar el reconocimiento de sus usos ancestrales, buscando el apoyo de la comunidad internacional y contribuyendo, así, a un proceso de legitimización dentro de sus países,⁷⁰ cuando la regulación e institucionalidad nacional les ha fallado.

Teniendo presente que dentro de los grupos más vulnerables a los impactos del modelo extractivista se encuentran las comunidades indígenas, garantizar el derecho humano al agua sin discriminación a dichos pueblos es un tema que debe priorizarse. En este sentido, el relator especial sobre derechos humano y agua potable al saneamiento, Leo Heller, en su informe de 2019, destacó que los megaproyectos pueden ser un arma de

62 Comunicado Corte IDH, "Argentina es responsable internacionalmente por la violación de los derechos a la propiedad comunitaria indígena, a la identidad cultural, a un medio ambiente sano, a la alimentación y al agua. Caso comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina", 2 de abril de 2020.

63 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, *El derecho al agua*, Ficha informativa N°35, pp. 23.

64 Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, GA Res 61/295, UN Doc A/RES/61/295 (2 octubre 2007, adoptada 13 septiembre 2007).

65 *Ibid.*, Artículo 2.

66 *Ibid.*, Artículo 25.

67 *Ibid.*, Artículo 29.

68 *Ibid.*, Artículo 32.

69 Jennifer Hendry and Melissa L Tatum, "Human Rights, Indigenous Peoples, and the Pursuit of Justice", *Yale Law & Policy Review*, 2016, pp. 351-354.

70 Ximena Cuadra Montoya, "Nuevas estrategias de los movimientos indígenas contra el extractivismo en Chile", *Revista CIDOB* N°105, 2014, pp. 141-162, 156.

doble filo, ya que así como podrían contribuir, a mejorar los medios de vida de la población, también se pueden convertir en un obstáculo para el disfrute de los derechos humanos al agua y al saneamiento.⁷¹

b. Protección del medio ambiente y el derecho humano al agua

Lentamente, hemos ido comprendiendo que el agua, si bien es un recurso que tiene un ciclo hidrológico, es un componente del medio ambiente que puede agotarse si no lo usamos de forma razonable y sustentable, en especial, las aguas subterráneas.⁷² En este sentido, la opinión consultiva N° 23 de la CIDH⁷³ reconoce la relación de interdependencia e indivisibilidad entre los derechos humanos, el medio ambiente y el desarrollo sostenible, reconociéndose expresamente los peligros que representan para el ejercicio de los derechos humanos la degradación ambiental, la desertificación y los efectos del cambio climático.⁷⁴

Parte de la conexión entre la protección ambiental y la gestión de las aguas ha sido abordada en la Agenda 2030 de los objetivos de desarrollo sostenible. Sumado al objetivo N° 6 que se refiere a la disponibilidad y gestión sostenible de las aguas, es posible encontrar cinco objetivos relacionados con la protección de las aguas continentales y oceánicas, los que son entendidos como un todo indivisible en la lucha contra la pobreza mundial.⁷⁵

Por su parte, al definirse los lineamientos de la actualización de la Contribución Determinada a Nivel Nacional –(NDC, por sus siglas en inglés) de Chile, 2020– se estableció como criterio, para el pilar social de transición justa y desarrollo sostenible, la seguridad hídrica en el siguiente sentido: “Los instrumentos y medidas que deriven de la implementación de esta NDC deberán favorecer el acceso al agua en un nivel de cantidad y calidad adecuada, determinada en función de las realidades propias de cada cuenca, para su sustento y aprovechamiento en el tiempo para la salud, subsistencia, desarrollo socioeconómico y la conservación de los ecosistemas”. Esto a su vez, se traduce en compromisos específicos, para el 2025 y 2030, en materia de adaptación⁷⁶

71 Informe Relator Especial derecho humano al agua y al saneamiento, A/74/197, 19 de julio de 2019.

72 Marc F P Bierkens y Yoshihide Wada, “Non-renewable groundwater use and groundwater depletion: a review”, *Environmental Research Letters*, volumen 14, Number 6, 2019

73 CIDH, Opinión Consultiva 23/17, “Obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal: Interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, 2017.

74 *Ibíd.*, párr. 54.

75 Antonio Pulgar Martínez, *op. cit.*, pp. 104-105.

76 Plan de Adaptación para los Recursos Hídricos (2022 y su actualización al 2027); aumentar la información y mecanismos de gestión del país respecto de los impactos del cambio climático en recursos hídricos para aumentar su resiliencia, desarrollándose 8 acciones climáticas (p. 43 de la Actualización NDC).

y acciones climáticas,⁷⁷ que incluyen, entre otros, la elaboración de planes estratégicos de cuencas para gestión de recursos hídricos; la fiscalización de un 95% de los sistemas sanitarios rurales catastrados, asegurando los estándares de calidad de los servicios de agua potable rural; y la reducción del 25% de las pérdidas de agua por concepto de volumen de aguas no facturadas de los servicios sanitarios.⁷⁸

En el plano internacional, es posible observar que ha sido progresivo el reconocimiento de la interdependencia entre el derecho a vivir en un medio ambiente sano,⁷⁹ el derecho humano al agua y la identidad cultural de los pueblos originarios. Asimismo, el razonamiento de la CIDH ha reforzado la necesidad de extender las obligaciones de los Estados respecto a las poblaciones especialmente vulnerables.⁸⁰

Si bien, se reconocen los importantes avances en materia de sanitización y acceso al agua en Chile, el marco normativo e institucional se presenta como uno de los principales problemas para lograr la conservación de aquellos ecosistemas que son esenciales si queremos garantizar el derecho humano al agua, y una adecuada distribución, redistribución y reutilización de ella.

A pesar de que el Estado de Chile ha aceptado los elementos que componen el derecho humano al agua, la realización de este derecho y la protección del componente agua es compleja ya que, como se explicará a continuación, se circunscribe a un marco constitucional que otorga fuertes garantías a la propiedad privada y a la libertad económica.⁸¹

77 a) Al 2025 se habrá implementado un indicador, a nivel nacional y a escala de cuenca hidrográfica, que permita hacer seguimiento de la brecha y riesgo hídrico y avanzar en alcanzar la seguridad hídrica del país.

b) Al 2025 se habrá implementado un sistema de sellos de reconocimiento según el nivel de gestión del consumo de agua a nivel organizacional, a través del programa Huella Chile.

c) Al 2030 se habrán elaborado Planes Estratégicos de Cuenca para Gestión de Recursos Hídricos, considerando la adaptación al cambio climático, en las 101 cuencas del país.

d) Al 2030 se habrán fiscalizado un 95% de los Sistemas Sanitarios Rurales catastrados, asegurando los estándares de calidad de los servicios de agua potable rural.

e) Al 2030, el 100% de las empresas sanitarias tendrán implementado un plan para la gestión de riesgo de desastres, incluyendo aquellos derivados del cambio climático.

f) Al 2030, se habrán completado el 100% de las metas de la Agenda 2030 del sector sanitario.

g) Al 2030, cada proyecto de infraestructura pública para aguas contemplará, en su evaluación, la condición de proteger a la población y territorio (mediante obras fluviales) y/o atender en forma prioritaria las demandas asociadas al consumo humano urbano y/o rural, en su área de influencia.

h) Al 2030, se reducirá al menos en un 25% las pérdidas de agua por concepto del volumen de aguas no facturadas de los sistemas sanitarios.

78 Gobierno de Chile.cl: "Contribución Nacional Determinada Chile, Actualización 2020".

79 Ampliamos el concepto, ya que, si bien la Constitución reconoce el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, entendemos que este es más restrictivo de lo que debiese entenderse por un medio ambiente saludable.

80 Antonio Pulgar Martínez, op. cit., p. 108.

81 Carl Bauer, *Canto de Sirenas, el derecho de aguas chileno como modelo para reformas internacionales*, Santiago, Ediciones El Desconcierto, 2015, p. 134.

3. LA REGULACIÓN DE LAS AGUAS EN LA CONSTITUCIÓN

En esta sección identificaremos las normas constitucionales que establecen el marco para la regulación de las aguas en nuestro país, partiendo por el régimen constitucional de bienes nacionales de uso público (art. 19 N° 23), la especial protección que la Constitución otorga a los derechos de aprovechamiento de aguas mediante el derechos de propiedad (art. 19 N° 24 inciso final); el derecho a la vida (art. 19 N° 1); y a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (art. 19 N° 8). A su vez, se revisarán los proyectos de reforma constitucional que se tramitan en el Congreso, que buscan modificar la Carta Fundamental en materia de aguas, y que por más de una década no han prosperado.

3.1 Bien nacional de uso público y derechos de aprovechamiento de aguas

Las normas constitucionales que establecen el marco jurídico para los recursos naturales, incluidas las aguas, se encuentran principalmente contenidas en los artículos 19 N° 23 y 24, que respectivamente garantizan el derecho a adquirir toda clase de bienes y el derecho de propiedad.⁸² Estas normas permiten hacer una aproximación a la regulación de las aguas desde dos perspectivas: como un bien común de todos los seres humanos, y como derecho de propiedad privada individual que existe sobre el aprovechamiento de las aguas. En este sentido, no hay un derecho de propiedad sobre las aguas, pero sí propiedad sobre el derecho de aprovechamiento de estas.

En relación con la primera, la Constitución establece la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, y exceptúa aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todas las personas o que deban pertenecer a la nación toda y la ley lo declare así. Si bien la Constitución no se pronuncia respecto de la calificación jurídica de las aguas,⁸³ se reconoce la importancia del artículo 19 N° 23 en la regulación de los recursos naturales,⁸⁴ ya que, en base a dicho artículo, el Código de Aguas (CA) establece que las aguas son bienes nacionales de uso público.⁸⁵

Doctrinariamente existen una serie de discusiones sobre el concepto y en relación a la implicancia de la declaración de *bien nacional de uso*

82 Daniela Rivera y Alejandro Vergara, "Las aguas en la Constitución: estado actual y proyecto de modificación", en Pilar Moraga (ed.), *La protección del medio ambiente: reflexiones para una reforma constitucional*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2019, pp. 111-124.

83 Tatiana Celume, "Consideraciones jurídicas económicas en la configuración de la publicación de las aguas en Chile", Tesis Doctoral Universidad de Salamanca, 2011, p.107.

84 Daniela Rivera y Alejandro Vergara, op. cit., p. 113.

85 El artículo 595 del Código Civil y el artículo 5 del CA, se refieren a la condición del agua como bien nacional de uso público.

público.⁸⁶ Su definición legal establece que su uso y dominio pertenecen a todos los habitantes de la nación.⁸⁷ Para Tatiana Celume, los fundamentos en virtud de los cuales se estableció el agua en esa calidad conllevan un régimen concesional de las aguas,⁸⁸ lo que debería tenerse siempre presente al momento de determinar la extensión y las limitaciones de los derechos que se otorguen sobre esos bienes.⁸⁹ Para otros académicos, la especial protección que la Constitución otorga a los derechos de aprovechamiento de aguas, impediría establecer ciertas restricciones, por ejemplo, de temporalidad o de usos, ya que dejaría en un precario e incierto estado a los titulares de los derechos.⁹⁰ En este mismo sentido, no hay acuerdo sobre si existe coherencia entre la condición de bien nacional de uso público y el derecho de propiedad garantizado sobre el aprovechamiento de las aguas.⁹¹

Por otro lado, como se adelantaba, se encuentra la perspectiva privada o individual del agua. El CA establece Derechos de Aprovechamiento de Aguas (en adelante, DDA),⁹² los que se caracterizan, como regla general, por ser gratuitos, indefinidos, e incondicionados a un uso específico.⁹³ La Constitución, por su parte, dentro del listado de derechos y deberes constitucionales, al regular el derecho de propiedad

86 Respecto de los bienes nacionales de uso público y la concesión, Dominique Hervé identifica dentro de la doctrina nacional a Jorge Reyes, *Naturaleza jurídica del permiso y de la concesión sobre bienes nacionales de uso público*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1960; y Santiago Montt, *El dominio público: Estudio de régimen especial de protección y utilización*, Santiago, LexisNexis, 2002.

87 Código Civil, Artículo 589.

88 Si la actual regulación de las aguas constituye un régimen concesional es una discusión que no estaría completamente zanjada, ya que para varios autores la regulación de las aguas está sujeta a un régimen especial, lo que ha llevado a cuestionar la constitucionalidad de la reforma al CA, al establecer temporalidad y limitaciones. Para mayor detalle revisar la discusión del proyecto de ley, Boletín N°7543-12, en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado.

89 Para Celume, "(...), cualquier fórmula de uso que se cree (privativa o no privativa) deberá siempre ajustarse, ya en clave constitucional, al interés general que ha justificado la publicación". Es decir, es necesario tener presente los fundamentos que están detrás de que el agua sea considerada un bien común a todos los hombres al momento de determinar su regulación. Continúa Celume señalando que esto traerá, a su vez, como una consecuencia ineludible que, de configurarse un sistema concesional, "el contenido del derecho que nazca estará atado a los designios de la publicatio, de lo que derivará su consecuente amplitud, extensión, duración y limitaciones."

90 Daniela Rivera y Alejandro Vergara, op. cit.

91 Mientras Alejandro Vergara y Tatiana Celume establecen que existe una contradicción entre el derecho de propiedad garantizado por la Constitución sobre los derechos de aprovechamiento de aguas, y la declaración de bien nacional de uso público establecido en el Código de Aguas, Fernanda Atria y Constanza Salgado señalan que el legislador tiene suficientes atribuciones para regular el agua, e incluso los derechos de aprovechamiento constituidos.

92 Código de Aguas, artículo 5°.

93 Macarena Contreras y Judith Schönsteiner, "Derecho al agua, emergencias y responsabilidades del Estado y de las empresas sanitarias", en Tomás Vial (ed.), *Informe 2017*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2017, p.118.

establece que “los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidas o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a los titulares la propiedad sobre ellos”.⁹⁴

A pesar de que implícitamente la Constitución vincula los bienes públicos con los recursos naturales,⁹⁵ la protección constitucional del derecho de propiedad que revisten los DAA ha significado que en la práctica prime la condición privada por sobre la condición de bien nacional de uso público del agua.⁹⁶ En este sentido, a pesar de que el agua es concebida como un bien de dominio público, en Chile no existen diferencias sustanciales entre la regulación de recursos naturales públicos o privados, lo que se explica por la ausencia de planificación en torno al acceso, uso y aprovechamiento de las aguas y el sistema de libre mercado garantizado en la Constitución.⁹⁷

Esto se debe a las características intrínsecas de la Constitución, en la que deliberadamente se buscó fortalecer la propiedad privada por sobre la pública y colectiva.⁹⁸ Lo señalado se manifiesta en la absoluta protección que existe para la libre utilización y ejercicio por parte del propietario de los DAA,⁹⁹ lo que a su vez condicionaría las escasas atribuciones de la DGA para garantizar que efectivamente todas las personas tengan acceso a este bien que, en teoría, pertenece a toda la nación.

Esta protección robusta al derecho de propiedad incluye la tutela de todos sus atributos esenciales y asegura que la única forma válida de que estos sean afectados, a causa o en base a la utilidad pública o el interés nacional, sea mediante un procedimiento expropiatorio que indemnice a la persona que ha visto afectado su derecho de propiedad, conforme al artículo 19 N° 24 de la Constitución. Esto ha limitado las posibilidades del Estado para garantizar el acceso al agua, en situaciones de emergencia,¹⁰⁰ y, en general, en las condiciones actuales de sequía, desertificación y cambio climático.

94 Constitución Política de la República, artículo 19 N° 24 inciso final: Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos.

95 Daniela Rivera y Alejandro Vergara, op. cit. Refiriéndose al Artículo 19 N° 23, los autores señalan: “Esta norma contiene de modo expreso la regla fundamental de la categoría de los bienes públicos y también, de modo implícito, la asimilación a dicha categoría pública de los recursos naturales como bienes de alta significancia social”.

96 Conforme a los artículos 19 N° 23 de la Constitución Política y 5° del Código de Aguas.

97 Pilar Moraga, *La protección del medioambiente: reflexiones para una reforma constitucional*, Santiago, Editorial Jurídica, Universidad de Chile, 2019, p. 143.

98 José Luis Cea, *Derecho Constitucional Chileno, Tomo II: derechos, deberes y garantías*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2012, pp. 562, citado en Ezio Costa Cordella; Sergio Montenegro Arriagada, y Victoria Belemmi Baeza, *La regulación de las aguas: nuevos desafíos del siglo XXI. Actas de las II Jornadas del régimen jurídico de las aguas*, Santiago, Der Ediciones, 2019, p. 61.

99 Pablo Aranda Valenzuela, “Los derechos de aprovechamiento de aguas en Chile y su marco regulatorio”, *Revista de Derecho Universidad de Chile*, 2013, p. 106.

100 Macarena Contreras y Judith Schönsteiner, op. cit., p. 119.

Existen una serie de discusiones sobre los alcances de estos preceptos constitucionales, las que se pueden observar claramente en los procesos de reforma constitucional y reforma al CA que revisaremos. Por un lado, están quienes afirman la posibilidad de limitar la propiedad sin que esté aparejado a procedimientos indemnizatorios, fundándose en la función social del agua, o, por el contrario, quienes alegan que, prácticamente, toda afectación a los DAA implicaría una vulneración de la garantía constitucional. Respecto a la primera postura, Ezio Costa señala que:

“Jurídicamente creo que los cambios que se han propuesto, por ejemplo, lo referido al caudal ecológico, quedan dentro de las limitaciones esperables dentro de un bien nacional de uso público...No creo que existan atentados contra el derecho de propiedad en cualquiera de esos usos que se discuten, al menos jurídicamente. Es un cambio regulatorio que rige *in actum*, y como concesionario de un bien nacional de uso público tienen que adaptarse a esa nueva regulación. Como le ocurriría a cualquier otro concesionario o cualquier ciudadano que vive en Chile. No creo que haya que indemnizar o que haya inconstitucionalidad (...)”¹⁰¹

Independiente de la posición que se tenga al respecto, lo cierto es que en base a estos parámetros constitucionales se han desarrollado las legislaciones sectoriales que regulan los recursos naturales y los elementos de la propiedad que recaen sobre ellos.¹⁰² Dichas legislaciones, generalmente, han tenido como limitación regulatoria los derechos que recaen en la propiedad y la libertad de realizar actividades económicas.

3.2 Derecho a la vida, integridad física y psíquica, el derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación, y el derecho humano al agua

Las aguas, a su vez, se encuentran reguladas de forma implícita en la Constitución, debido a la consagración del derecho a la vida, la integridad física y psíquica y el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación.¹⁰³

La doctrina ha señalado que una perspectiva amplia del derecho a la vida consagrado en el artículo 19 N° 1 de la Constitución, incluiría

101 Entrevista a Ezio Costa, Director Ejecutivo de FIMA, 28 de julio de 2020.

102 Ezio Costa Cordella, Sergio Montenegro Arriagada, op. cit., p. 62.

103 Daniela Rivera y Alejandro Vergara, op. cit.

el derecho humano al agua.¹⁰⁴ En este sentido, el agua sería un elemento indispensable, tanto para asegurar un nivel de vida adecuado como para garantizar la vida humana.¹⁰⁵ Sin embargo, solo la minoría de los miembros del Tribunal Constitucional han compartido dicha interpretación.¹⁰⁶

En materia ambiental existe una triple protección a nivel Constitucional, que se configura por el establecimiento de un derecho fundamental a vivir en un ambiente libre de contaminación, la contemplación de deberes de protección que recaen en el Estado, y la cláusula de restricción de otros derechos en favor de la protección del patrimonio ambiental.¹⁰⁷ Este conjunto de normas ha sido denominado “Constitución Ambiental”.¹⁰⁸

En cuanto al derecho fundamental a “vivir” en un ambiente libre de contaminación, lo que se consagra no es el derecho a un ambiente incontaminado, ya que la protección del medioambiente siempre debe relacionarse con la persona, y no con el resguardo de la naturaleza en sí misma.¹⁰⁹ En este sentido, el medio ambiente y su protección se entiende como elemento fáctico necesario para la garantía de otros derechos como a la vida y a la salud.¹¹⁰ Esta visión antropocéntrica de la protección del medioambiente ha sido criticada¹¹¹ y hoy destacan nuevas formas de regular la naturaleza desde una perspectiva ecocéntrica que incluye la visión de la naturaleza como sujeto de derechos.¹¹² Dicho movimiento tuvo su origen en Latinoamérica con

104 *Ibíd.*, Ezio Costa Cordella “Diagnóstico para un cambio: los dilemas de la regulación de las aguas en Chile”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43 N°1, pp. 335-354 [2016], p. 345. El autor identifica a Ochoa y Tapia.

105 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N°15, E/C.12/2002/11, noviembre 2002, pp. 2, párrafo 3°. Ver análisis desarrollado por Antonio Pulgar Martínez, “El agua en la Constitución chilena y el nuevo constitucionalismo latinoamericano: Perspectiva desde el derecho humano al agua”, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2019.

106 Tribunal Constitucional, causa rol 2039-11, Resolución de 20 de septiembre de 2011. Análisis del fallo en Ezio, Costa Cordella, “Diagnóstico...”, *op. cit.*

107 Liliana Galdámez Zelada, “Medio Ambiente, Constitución y tratados en Chile”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2017, pp. 113-144. Liliana Galdámez Zelada, *Una perspectiva constitucional del medio ambiente*, Editorial Jurídica de Chile, 2018.

108 Jorge Bermúdez Soto, *Fundamentos de Derecho Ambiental*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Segunda Edición, 2014, p. 113.

109 *Ibíd.*

110 Antonio Pulgar Martínez, “Marco institucional para la regulación de las aguas en Chile: aproximación desde el derecho humano al agua y al saneamiento”, en Ezio Costa (ed.), *La regulación de las aguas: nuevos desafíos del siglo XXI. Actas de las II Jornadas del régimen jurídico de las aguas*, DER Ediciones, 2019.

111 *Ibíd.*

112 Elizabeth Jane Macpherson, *Derechos constitucionales, derechos humanos, derechos indígenas: el lado humano de los derechos de la naturaleza*, Editorial Universidad Externado de Colombia, 2020.

el reconocimiento de la Pachamama como sujeto de derecho a nivel Constitucional en Ecuador¹¹³ y Bolivia.¹¹⁴ Sumado a reconocimientos jurisprudenciales en India y Colombia y a nivel legislativo en Nueva Zelanda. Se destaca en estos dos últimos casos, que declararon los ríos como sujetos de derechos, un intento por acomodar los diversos intereses legales y culturales en relación a estos cursos de agua, con el objeto de establecer formas colaborativas entre el Estado y las comunidades.¹¹⁵ Estas iniciativas dan cuenta de un alejamiento de la visión clásica que ve a la naturaleza al servicio del hombre, reconociéndole un valor en sí misma.

En segundo término, la Constitución Ambiental contempla la obligación de preservar la naturaleza, deber que recae en el Estado y que tiene que ser concretada a través de acciones de los tres poderes del Estado.¹¹⁶ De este deber constitucional surge, por ejemplo, el establecimiento de caudales ecológicos contemplados en el Código de Aguas (CA).

Finalmente, el tercer elemento contenido en la Constitución ambiental es la posibilidad que tiene el legislador de limitar otros derechos para proteger el medioambiente o asegurar su protección.¹¹⁷ En este sentido, es la misma Constitución la que reconoce o anticipa los posibles conflictos que pueden darse entre el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y otros derechos. En particular, se establece la posibilidad de limitar la propiedad en base a la función social de la misma, que incorpora la protección del patrimonio ambiental, y que se reconoce y consagra como la “función ambiental de la propiedad”.¹¹⁸

113 El Capítulo Séptimo reconoce los derechos de la naturaleza, especialmente, el artículo 71 que indica: “La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.

Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda.

El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema.”

114 Liliana Estupiñán Achury y otros, *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*, Bogotá, Ediciones Universidad Libre, 2019.

115 Elizabeth Macpherson y Felipe Clavijo, “The Pluralism of River Rights in Aotearoa New Zealand and Colombia”, *Journal of Water Law*, p. 283.

116 Jorge Bermúdez Soto, op.cit., p. 113.

117 Liliana Galdámez Zelada, op. cit., p. 122.

118 Rafael Valenzuela Fuenzalida, “El recurso constitucional de protección sobre materia ambiental en Chile”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, 1989.

Sin embargo, los derechos de carácter económico reconocidos por la Constitución –conocidos como el orden público económico–¹¹⁹ “ha(n) extendido sus dominios por sobre los deberes de protección de la naturaleza”.¹²⁰ Esto explica en parte que, a pesar de que la norma constitucional chilena contenga esta triple protección antes referida, en la práctica esta protección no se haya concretado, al ser una “cláusula dormida”.¹²¹ Lo mismo ocurre con el derecho humano al agua, el cual, a pesar de ser reconocido por la doctrina nacional como parte integrante de los derechos contemplados en la Constitución, se desvanece frente al agua reconocida como bien económico.¹²²

3.3 Reformas constitucionales

Existe una serie de proyectos de reforma constitucional para hacer frente a este problema, ya sea mediante el reconocimiento al derecho humano al agua o la eliminación de la garantía constitucional de la propiedad sobre los derechos de aprovechamiento de aguas.

Adicionalmente, existen proyectos de ley o leyes que persiguen modificar el CA, sin embargo, en reiteradas ocasiones la discusión suele centrarse en la constitucionalidad de las reformas, tanto para defender su validez como alegar su inconstitucionalidad.¹²³ Esto, porque una regulación que, prefiera el consumo humano en el uso de las aguas o releve el interés público en la materia, suele vincularse con la afectación de derechos adquiridos (19 N° 24 CPR), o la afectación del derecho en su esencia (art. 19 N° 26 CPR) que, en ambos casos, afectaría los derechos de aprovechamiento de agua. Así, los legisladores contrarios a estas reformas suelen realizar

119 Para José Luis Cea el orden público económico puede ser conceptualizado como el “conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía del país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución”, José Luis Cea, “Notas Sobre Orden Público Económico”, *Gaceta Jurídica* N°135, 1991, p. 19. Sobre más discusiones respecto al orden público económico, ver Arturo Fermandois, “El Orden Público Económico Bajo la Constitución de 1980”, *Revista Ius Publicum* N° 4 200, pp. 63-78.

120 Liliana Galdámez Zelada, op. cit., p. 88.

121 Pilar Moraga (ed.), “La protección del Medio Ambiente: reflexiones para una reforma constitucional”, Liliana Galdámez Zelada, “*Los deberes de la protección Estatal, cláusula presente (aunque dormida) en la Constitución de 1980: una fórmula constitucional frente al cambio climático*”, Editorial Jurídica de Chile, 2019.

122 Ezio Costa Cordella, op. cit. El autor cita a Ochoa y Tapia.

123 Historia de la Ley 21.064, senadora Isabel Allende, PS, Diario de sesiones del Senado, sesión 80, p. 20; senadora Adriana Muñoz, PPD, Diario de sesiones del Senado, sesión 39, pág. 33. El debate refleja un reconocimiento a la existencia de un límite constitucional en la regulación de la materia, que impide, por ejemplo, la preferencia para el consumo humano o la relevancia del interés público en la materia.

reservas de constitucionalidad para indicar que, aunque la materia sea aprobada en el Congreso, estará sujeta a la posterior revisión del Tribunal Constitucional.¹²⁴

Desde 2008 se contabilizan al menos nueve proyectos de reforma constitucional en la materia, que requieren de un quórum de las tres quintas partes para efectuar su modificación.¹²⁵ La mayoría de estos proyectos no ha superado el primer trámite constitucional.¹²⁶

El 2016 se presentó un proyecto de ley que consagra el derecho humano al agua y busca establecer como uso prioritario del agua su aprovechamiento y consumo humano, y que se fusionó con una serie de otros proyectos previamente presentados.¹²⁷ El texto aprobado por la Comisión Especial sobre Recursos Hídricos, Desertificación y Sequía, consagraba tres ideas principales.

La primera, es establecer las aguas como bien nacional de uso público y declarar de utilidad pública los derechos constituidos o reconocidos sobre las aguas. Además, se establece un sistema concesional que será regulado por ley, y que explicita que las concesiones serán temporales, sujetas a fines específicos y podrán estar condicionadas al pago de patentes o tasas. La segunda idea, es la priorización del uso de las aguas, entre las que se encuentran “el consumo humano, el doméstico y el saneamiento, resguardando los usos comunitarios ancestrales y la mantención de un caudal ecológico”. A su vez, se contempla el manejo sustentable, integrado y participativo en el uso de las cuencas. El tercer elemento, es agregar la protección de este derecho a través de la acción de protección.

124 Ver, por ejemplo, la presentación del senador Francisco Chahuán en la discusión en de la Sesión en Sala N°54, del 9 octubre de 2019, p. 92.

125 Constitución Política de la República, artículo 127.

126 El primero de ellos busca fortalecer la función social del agua mediante su consagración constitucional como bien nacional de uso público, manteniendo la propiedad sobre los derechos de aprovechamiento de aguas. Un segundo proyecto presentado en 2009 busca establecer el aprovechamiento y consumo humano, como usos de carácter prioritario. Un tercer proyecto, del 2012, establece las aguas como bien nacional de uso público y señala que será la ley la que defina la forma en que se regularán los derechos de los particulares sobre las aguas, considerando la diversidad geográfica y climática del país, la disponibilidad efectiva de los recursos hídricos y, especialmente, la situación de las cuencas hidrográficas. También reconoce el derecho humano al agua, en su sentido de consumo personal doméstico. Finalmente, un cuarto proyecto, presentado en 2013, se fundamenta en qué el uso del agua ha derivado en actividades de carácter privado y que no prioriza al agua como un bien nacional de uso público. En particular busca garantizar el acceso al agua por parte del Estado, pudiendo este limitar el agua utilizada para otras actividades económicas y favorecer el consumo humano. A su vez se elimina la protección constitucional sobre los derechos de aprovechamiento de aguas. Ninguno de estos proyectos fue discutido en sala.

127 Boletín N°10.497-07 (Refundido con: 6254-09 / 6141-09 / 6697-07 / 7108-07 / 8355-07 / 9321-12 / 10496-07 / 6124-09), 6 de enero de 2016. Daniela Rivera y Alejandro Vergara señalan que el principal objeto de este proyecto es reconocer, expresamente, el carácter de bien nacional de uso público de las aguas, a pesar de su reconocimiento implícito en los artículos 19 N° 23 y 24 de la Constitución Política.

Para Daniela Rivera y Alejandro Vergara la regulación de estos derechos concesionales sería contraria a los DAA, cuya tutela el proyecto fusionado no eliminó y, por lo tanto, según el texto vigente de la Constitución, los derechos sobre el uso de las aguas “gozan de intangibilidad y protección constitucional”.¹²⁸ En un sentido similar, Riquelme señala que la gran barrera para conseguir la protección del recurso hídrico y garantizar el bien común, está dada por los artículos 19 N° 23 y 24, y no por la falta de consagración expresa del agua como bien nacional de uso público.¹²⁹ Como ha sido señalado por una serie de autores, estos artículos garantizarían una determinada ideología de libre mercado, que impediría una regulación exhaustiva de las aguas, ya que toda regulación constituirá una afectación a la propiedad de estos derechos.¹³⁰

El proyecto fusionado fue discutido en sala del Senado el 9 de octubre de 2019, es decir, antes del *estallido social*. En la discusión se pueden distinguir dos posiciones principales.¹³¹ Si bien ambas comparten la priorización del agua para consumo humano, la primera reconoce en las modificaciones legales una afectación a los derechos de propiedad adquiridos, por lo que, alegan la inconstitucionalidad de ciertas normas.¹³² La segunda, identifica el derecho de propiedad sobre los DAA, como el principal impedimento para que el agua efectivamente constituya un bien nacional de uso público y se pueda priorizar el consumo humano.

Una segunda sesión se desarrolló luego del 18 de octubre y las posiciones se polarizaron aún más. El Senador Francisco Chahuán señaló que no se pueden modificar aquellos derechos que se encuentran constituidos, por ejemplo, limitando su temporalidad o circunscribiéndolos a fines específicos, ya que se estaría regulando retroactivamente.¹³³ El Senador José Durana agregó que la reforma vulnera el derecho de propiedad al ser expropiatoria y genera incerteza jurídica.¹³⁴ Por su parte, las senadoras Isabel Allende y Adriana Muñoz, y el senador Alfonso de Urresti, fueron enfáticos en señalar que la actual Constitución y el derecho de propiedad sobre los DAA, impiden al Estado tutelar el agua en situaciones de escasez hídrica y realizar cambios sustantivos al CA.¹³⁵

Una tercera sesión se realizó en enero de 2020, en la cual el senador Iván Moreira, partícipe de la primera postura, señaló que no tenía sentido discutir este proyecto de reforma constitucional, el que

128 Daniela Rivera y Alejandro Vergara, op. cit.

129 Ezio Costa Cordella, op. cit. El autor cita a Riquelme, p. 303.

130 *Ibid.*

131 Senado, sesión en sala N°54, 9 octubre de 2019.

132 *Ibid.*

133 Senador Francisco Chahuán, RN, Diario de sesiones del Senado, sesión N° 65, p. 27.

134 Senador José Durana, UDI, Diario de sesiones del Senado, sesión N° 65, pp. 68-69.

135 Senadora Isabel Allende, PS, Diario de sesiones del Senado, sesión N° 65, pp. 36-37, senadora Adriana Muñoz, PPD, Diario de sesiones del Senado, sesión N° 65, p. 47, senador Alfonso De Urresti, PS, Diario de sesiones del Senado, sesión N° 65, p. 51.

se resolvería en el marco del debate de una nueva Constitución.¹³⁶ Finalmente, se rechazó el proyecto de reforma constitucional, por no haber alcanzado el quorum constitucional requerido (24 votos a favor y 12 votos en contra), señalándose que quedará como tarea para la Asamblea Constituyente.¹³⁷ De acuerdo con lo anterior, no se espera que otros proyectos que buscan realizar una reforma constitucional en este sentido, sean discutidos en el Congreso.¹³⁸ Por lo tanto, la discusión de esta materia queda supeditada a la discusión de una nueva Constitución.

4. REGULACIÓN DE LAS AGUAS EN EL CÓDIGO DE AGUAS

Como ya indicamos anteriormente, el agua es un bien nacional de uso público y su uso y goce se regula a través de los DAA conforme lo establece el CA, derechos que a su vez poseen una especial protección constitucional en el artículo 19 N° 24 de la CPR. Aunque la naturaleza jurídica del agua como bien nacional de uso público debería ser determinante en su regulación y propiciar el reconocimiento de su polifuncionalidad,¹³⁹ esto no se encuentra plasmado en el CA.

Alejándose de la noción de bien nacional de uso público, el CA se centró en regular los mecanismos en virtud de los cuales se administra y distribuye el agua, principalmente para fines productivos, en particular el uso agrícola,¹⁴⁰ asegurando fuertemente la propiedad sobre los DAA, y garantizando la disponibilidad de esta para el desarrollo de las distintas actividades o proyectos.¹⁴¹ Indicativo del fomento del uso de las aguas por parte del sector productivo, es el hecho de que la DGA se encuentra radicada en el Ministerio de Obras Públicas, un órgano destinado principalmente a la provisión y gestión de servicios de infraestructura. En este sentido, como regla general, mientras las aguas estén disponibles y no se afecten derechos de terceros, la autori-

136 Senador Iván Moreira, UDI, Diario de sesiones del Senado, sesión N° 91, pp. 90-92.

137 Diario de sesiones del Senado, sesión N° 91, p. 135.

138 Ejemplos de ellos son el Boletín 11699-07/ 19 de abril de 2018, Boletín 12920-07/ 03 de septiembre de 2019, Boletín 12970-07/08 de octubre de 2019, Boletín 12961-07/ 02 de octubre de 2019.

139 Para mayores detalles sobre la publicación del recurso y la regulación de los derechos de aprovechamiento, ver Tatiana Celume, op. cit., p. 105.

140 Carl Bauer, op. cit., pp. 100-105.

141 Refiriéndose a la discusión sobre la referencia constitucional a los derechos de los particulares sobre las aguas en el artículo 19 N° 24, Tatiana Celume revisa los antecedentes de la Constitución de 1980, indicando que "(...) el hilo conductor de toda la discusión se redujo a la necesidad de fortalecer, por medio de la propiedad, la titularidad que la ley otorgara a los particulares para utilizar las aguas." Tatiana Celume, op. cit., p. 105. Asimismo, Tatiana Celume revisa las sesiones de la Comisión Ortúzar y la discusión en relación con la necesidad de afianzar el régimen constitucional de la propiedad, pp. 108 y ss.

dad tendrá la obligación de otorgar estos derechos a quien los solicite.

En relación con las facultades en materia de manejo y administración de recursos hídricos en Chile, según algunos autores se podría efectuar una distinción entre las diferentes funciones que son asignadas a la DGA y a la organización de Usuarios (OUS),¹⁴² especialmente las Juntas de Vigilancia.¹⁴³ Por un lado, las funciones de asignación, autorización e información relativas a las aguas, a cargo de la DGA; y por el otro, funciones de administración o gestión privada de los recursos hídricos, “las que se encuentran descentralizadas a nivel de cuencas y que recaerían en las juntas de vigilancia”.¹⁴⁴ En este sentido, el rol de la DGA es bastante limitado.¹⁴⁵

Refiriéndose al escenario actual, el director de la DGA indica que el CA no se hace cargo, realmente, de una situación de sequía estructural como la que estamos viviendo ahora. Entre las herramientas que existen hoy en el CA, destaca el concepto alcúota, el rol de las juntas de vigilancia y, en casos extremos, el decreto de escasez. Finalmente, indica que en la reforma al CA se está discutiendo incorporar algunas herramientas para hacer frente a este nuevo escenario, relevando la importancia de los planes de gestión estratégicos de cuencas.¹⁴⁶

En el *Informe 2013*, respecto de las facultades de la autoridad, se identificaron, por un lado, la inexistencia de instrumentos para establecer la priorización de usos y la gestión integrada de cuencas, y por otro, la falta o deficiente implementación de las herramientas ya existentes (declaraciones de escasez, áreas de restricción y áreas de prohibición),

142 Las organizaciones de usuarios se regulan en el Título III del Código de Aguas. Se estima que en Chile hay 48 juntas de vigilancia, 208 asociaciones de canalistas, 3.260 comunidades de aguas y solo 15 comunidades de aguas subterráneas (Oficio N° 369-366, que formula indicación sustitutiva al proyecto de ley que reforma el CA [Boletín 7.543-12], del 10 de enero de 2019, p. 18).

143 Conforme lo señala Cristián Rojas“(...) una vez que los derechos de aprovechamiento han sido asignados, son los particulares quienes adquieren un rol fundamental en la gestión del recurso, destacándose la tarea que realizan las Juntas de vigilancia, encargadas por ley de la administración y distribución de las aguas que escurren por los cauces naturales. Junto con ellas, pero en un nivel diferente, cabe sumar a las Asociaciones de Canalistas y Comunidades de Agua -aunque deberían llamarse comunidades de canales-, que desarrollan sus tareas en un ámbito y respecto de un bien completamente distinto al de las juntas de vigilancia, sobre lo que se hablará más adelante.” Cristián Rojas Calderón, “Autogestión y Auto regulación regulada de las aguas. OUA y juntas de vigilancia de ríos”, *Revista Ius et Praxis*, Año 20, N 1, 2014, p. 127.

144 Cristián Rojas Calderón, op. cit., p. 128.

145 Alejandro Vergara señala que la DGA“(...) no puede introducirse en la distribución de las aguas (que se realiza autónoma y descentralizadamente por las organizaciones de usuarios), ni puede resolver los conflictos de agua (que se solucionan, antes que nada por las propias organizaciones de usuarios, o por los tribunales de justicia), ni puede introducirse este organismo público en las transacciones de derechos de aguas, que se llevan adelante libremente entre los usuarios”. Alejandro Vergara Blanco, *Crisis Institucional del Agua, Descripción del modelo jurídico, crítica a la burocracia y necesidad de tribunales especiales*, Santiago, Ediciones UC, 2015, p. 68.

146 Entrevista a Oscar Cristi, director de la DGA, 11 de septiembre de 2020.

esto sumado a la incapacidad técnica y humana para fiscalizar.¹⁴⁷

En este capítulo destacamos las declaraciones de agotamiento,¹⁴⁸ que son una manifestación de la crítica situación que se vive en algunas regiones del país y la facultad de denegación parcial de derechos de aprovechamiento de aguas en función de una reserva de caudal, como una potestad relevante de la autoridad. Esta última constituye una facultad del Presidente de la República,¹⁴⁹ el que puede denegar parcialmente las solicitudes de DAA en base a dos situaciones. Primero, puede reservar el recurso para el abastecimiento de la población por no existir otros medios para obtener agua. Segundo, puede denegar parcialmente solicitudes de derechos no consuntivos por circunstancias excepcionales y de interés nacional.¹⁵⁰ La primera situación descrita ha sido de restringida aplicación y con falta de planificación, ya que, conforme lo establece la ley, se utiliza en un contexto de otorgamiento de derechos y la DGA solo puede denegar derechos solicitados, pero no puede de forma preventiva o independiente a una solicitud, reservar cierto caudal para garantizar el consumo humano del agua.¹⁵¹ Esto ha significado en la práctica que, en aquellas zonas más críticas, con sus caudales ya otorgados, la DGA no pueda intervenir. En cuanto a la segunda situación descrita, esta herramienta ha sido útil para la protección de los ecosistemas cuando se logran alinear con los objetivos de desarrollo regional en el caso de los derechos no consuntivos.¹⁵² Sin embargo, tampoco permite de forma independiente a la DGA reservar caudales en aquellos ríos que posean un valor específico.

A su vez, si bien la DGA puede reducir temporalmente la extracción de aguas subterráneas, a prorrata de ellos, cuando la explotación de las aguas subterráneas afectare la sustentabilidad del acuífero u ocasionare perjuicios a los otros titulares de derechos,¹⁵³ esta atribución ha tenido

147 Se reconoce en el *Informe 2013* que el diagnóstico que se hizo en esa oportunidad en relación a Petorca, no necesariamente se aplica a todas las cuencas.

148 Art. 282 del Código de Aguas. En la página web de la DGA se informan 15 declaraciones de agotamiento, la última el 12 de abril de 2017, y que incluyen cuencas de la región de Antofagasta, Atacama, Coquimbo, Metropolitana, Valparaíso, Libertador Bernardo O'Higgins, Ñuble, y Biobío, lo que demuestra la extensión del problema.

149 En virtud del decreto N°87, del 23 de agosto de 2005, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, se delegó la facultad contenida en el artículo 147 bis inciso tercero del Código de Agua en el Ministro de Obras Públicas.

150 *Atlas del Agua: Chile 2016*, Dirección General de Aguas, p. 92.

151 Esto es sin perjuicio de las solicitudes ficticias que se puedan generar para activar esta facultad.

152 Por ejemplo, en 2015, la DGA denegó los derechos de aprovechamiento no consuntivos, solicitados para el megaproyecto HidroAysén en los ríos Pascua y Baker, teniendo presente las circunstancias excepcionales y de interés nacional que se presentan en la zona y la vocación productiva y de desarrollo que se ha dado la propia región. El director de la DGA, de ese entonces, destacó que esta vocación se recoge en los instrumentos de planificación territorial en los cuales el desarrollo productivo aparece vinculado al turismo de intereses especiales, al cuidado de ciertos paisajes y del recurso hídrico. La Corte de Apelaciones ratificó la decisión del MOP.

153 Artículo 62 CA.

nula aplicación práctica. Eso se debe a que, hasta 2018, solo podía ser aplicada a petición de parte,¹⁵⁴ y desde la reforma no ha sido utilizada de oficio. El director de la DGA indica que se está evaluando cómo podría aplicarse dicha herramienta y la justificación técnica necesaria para evitar la judicialización de la aplicación de dicha medida.¹⁵⁵ El respaldo técnico suficiente apuntaría a demostrar que el acuífero está sobreexplotado, probando que si se establece una rebaja proporcional se espera la recuperación en un cierto periodo de tiempo y que es una medida temporal. Asimismo, destaca que es fundamental mejorar la fiscalización, ya que si se rebaja a los titulares de los DAA y se mantienen las extracciones ilegales ciertamente la situación no mejorará.¹⁵⁶

Finalmente, el CA establece la facultad expropiatoria¹⁵⁷ cuando sea necesario para satisfacer menesteres domésticos de la población por no existir otros medios para obtener el agua. Con la limitación de dejar agua al expropiado para los mismos fines.¹⁵⁸

En julio de 2019, el subsecretario de Obras Públicas confirmó la primera compra de derechos de aprovechamiento de aguas en el marco del Plan de Aguas de Petorca, indicando que el objetivo es traspasar esos derechos a las APR.¹⁵⁹ El director de la DGA explica que la aplicación de la norma implicaba, primero, tomar la decisión de adquirir los derechos de aprovechamiento para satisfacer menesteres domésticos y, segundo, agotar cualquier otro medio posible para adquirirlo.¹⁶⁰ Para la autoridad, la interpretación de la norma implicó necesariamente agotar todos los medios disponibles, que en este caso incluyó el salir al mercado a comprar DAA.

Destaca el director que, en términos económicos, no existe ninguna diferencia entre salir a comprar por valor de mercado o pagar ese mismo monto por expropiación. Además, señala que existe una cuestión práctica que es relevante en el sentido de que si se quiere expropiar, por ejemplo, 10 litros por segundo, se podría alegar que se debe expropiar a cada titular hasta llegar al total de 10 litros por segundo lo que sería bastante complejo.

154 Posteriormente, se introdujeron modificaciones en materia de fiscalización y sanciones (Ley 21.064), y entre ellas se estableció que la DGA podría requerirla de oficio, pero aún no ha sido utilizada.

155 Entrevista a Oscar Cristi, director de la Dirección General de Aguas, 11 de septiembre de 2020.

156 Entrevista a Oscar Cristi, director de la Dirección General de Aguas, 11 de septiembre de 2020.

157 Las normas generales de la expropiación, reguladas en la CPR, indican que el expropiado tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, lo que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho (Artículo 19 N° 24 inciso 3 CPR).

158 Artículo 27 CA.

159 MOP.cl: "Ministerio de Obras Públicas compra los primeros Derechos de Aprovechamiento de Aguas para los sistemas de APR de la Provincia de Petorca", 10 de julio de 2019.

160 Entrevista a Oscar Cristi, director de la Dirección General de Aguas, 11 de septiembre de 2020.

En cambio, al comprar se puede adquirir a un solo titular el total que se necesite. Finalmente, indica que sin este artículo el Estado difícilmente podría haber salido a comprar DAA al mercado para poder satisfacer el consumo humano de la población. Indica que de esta manera se aplicó el artículo, pero no terminó en una expropiación propiamente tal.¹⁶¹

En contraposición, Rodrigo Mundaca critica la adquisición de agua por parte del Estado mediante compraventa, teniendo que pagar a aquellos que poseen el agua y que la recibieron de forma gratuita y a perpetuidad. Señala que el Estado teniendo facultades expropiatorias para priorizar el consumo humano, no las ejerce, prefiriendo nuevamente fomentar el negocio del agua.¹⁶²

La aplicación de esta norma es un tema políticamente complejo. Bauer destaca lo presente que estuvieron, durante el debate de la dictación del CA, los fantasmas de la reforma agraria.¹⁶³ Si bien dicha reforma es, hoy en día, un conflicto históricamente lejano, las discusiones sobre la propiedad y el rol que esta cumple siguen teniendo un carácter bastante ideologizado, lo que hace difícil la aplicación de una norma de este tipo.¹⁶⁴ En este sentido, pareciera ser que la compra de derechos de agua sería una salida frente a la dificultad de expropiar, ya que se negocia el precio y el Estado cumple con la función de proveer agua en casos de necesidad.¹⁶⁵

En materia de protección ambiental, el caudal ecológico ha sido una de las grandes discusiones en las reformas al CA. El debate se centra en definir a quiénes se les aplica esta obligación: si es a todos los titulares de los DAA o solo a aquellos que obtengan dichos derechos después de la reforma. En la historia de la reforma del CA del 2005, se pueden observar los principales argumentos en torno a la discusión de si se aplica el caudal ecológico a todos los derechos de aguas o únicamente a los nuevos que se constituyan.¹⁶⁶ Entre los fundamentos de quienes estiman que la norma no podría aplicarse a los derechos de aguas otorgados previos a la reforma, está la protección constitucional que garantiza que “los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”, por lo que cualquier restricción a sus derechos implicaría una vulneración a la Constitución o derivaría en la obligación de expropiar e indemnizar a los titulares de los derechos de aprovechamiento. Por otro lado, se

161 Ibid.

162 Entrevista a Rodrigo Mundaca, secretario del Movimiento por la defensa del agua, protección de la tierra y respeto al medio ambiente, MODATIMA, 29 de julio de 2020.

163 Carl Bauer, op. cit., p. 99.

164 Entrevista a Tatiana Celume, investigadora de la Facultad de Derecho y Gobierno, Universidad San Sebastián, 31 de julio de 2020.

165 Ibid.

166 Historia de la Ley 20.017.

encuentran quienes argumentan que esta constituye una de las limitaciones a la propiedad fundada es su función social.

En relación con las patentes por no uso,¹⁶⁷ estas generaron diferentes efectos en la práctica, que incluyen la renuncia de derechos de aprovechamiento; la alta morosidad en el pago por no uso de derechos;¹⁶⁸ evitar la inscripción en el Conservador de Bienes Raíces,¹⁶⁹ y el encarecimiento de tener derechos de aguas para fines de conservación. Para efectos ambientales, al no estar considerada como una de las excepciones de pago, ha significado que quien desee “utilizar” el agua para fines de conservación debe también pagar una patente por no uso. Asimismo, las comunidades indígenas no se encuentran dentro de las excepciones legales, lo cual dificulta el acceso al agua para sus usos ancestrales. La disputa por ampliar el contenido de estas excepciones ha sido llevada ante los Tribunales de Justicia en más de una oportunidad.¹⁷⁰ La Corte Suprema ha reconocido la ampliación de las excepciones legales bajo ciertas circunstancias, lo que ha permitido que las comunidades indígenas puedan adquirir derechos de aguas y retenerlos en cauce sin la necesidad de usarlos, y no pagar patentes por no uso. Sin embargo, es una situación que deberá ser determinada caso a caso y no se encuentra contemplada expresamente.

En este sentido, es evidente que existen pocas herramientas en el CA para garantizar la protección de los ecosistemas, lo que a su vez deriva en una menor protección para la población y su posibilidad de acceder a agua para consumo humano o fines recreacionales o culturales. En este sentido, Bauer señala que “estructuralmente el modelo chileno no es capaz de hacer más de aquello que fue su objetivo inicial el cual fue fortalecer los derechos privados y prometer un mercado, pero adaptarse a la resolución de conflictos, la gestión integrada de cuencas, y ese tipo de temas, creo que es estructuralmente imposible en este modelo”.¹⁷¹

Finalmente, es necesario destacar que, en la consulta digital llevada a cabo por la Mesa Nacional del Agua, ante la pregunta ¿cuáles considera usted que deben ser los usos prioritarios del agua?, un 98,9% de los encuestados indicó consumo humano (primer lugar), y un 76,4%

167 Esta es la obligación que surge para el titular de pagar un determinado monto, cuando no se estén utilizando los derechos de aprovechamientos que han sido solicitados. En el caso de los derechos de aprovechamiento consuntivos de ejercicio permanente esto queda determinado por la no construcción de las obras señaladas en el artículo 129 bis 9.

168 La Tercera: “Morosidad de patentes por no uso de derechos de agua escala al 66% en 2018”, 25 de marzo de 2019.

169 Para evitar así el pago de patentes por no uso, debilitando aún más el sistema registral de derechos de aprovechamiento.

170 Daniela Rivera y Alejandro Vergara, *Comentario de la jurisprudencia de la Corte Suprema 2011-2014. Patente por no uso de aguas. Aplicación práctica y conflictos interpretativos*.

171 Entrevista a Carl Bauer, doctor y profesor de la Escuela de Geografía y Desarrollo de la Universidad de Arizona, 8 de agosto de 2020.

indicó medio ambiente (tercer lugar).¹⁷² Asimismo, se destacó como el principal desafío relacionado con el agua la conservación de las fuentes naturales.¹⁷³ Finalmente, frente a la pregunta ¿cuáles considera que son los principales desafíos que debe asumir el Estado para avanzar en temas relacionados con el agua?, en primer lugar, con un 75,2%, se estableció asegurar el acceso para el consumo de agua potable y en un segundo lugar, con un 54,5%, proteger el medio ambiente.¹⁷⁴

Los temas revisados previamente en esta sección son algunos de los que busca reformar el proyecto de ley que está en tramitación en el Congreso, con el fin de avanzar hacia una mejor protección de la población, garantizando el derecho humano al agua y la protección de los ecosistemas. A continuación, una breve referencia al estado de dichas reformas.

5. REFORMAS LEGALES

A la fecha, existe un gran número de proyectos de ley que buscan reformar el CA, muchos de los cuales no han superado el primer trámite Constitucional.¹⁷⁵ En esta revisión nos enfocaremos en el proyecto de ley Boletín N° 7.543-12, en segundo trámite constitucional en el Senado, ya que es la reforma al CA que se encuentra más avanzada en su tramitación. En particular, mencionaremos algunas normas que han generado debate por su supuesta inconstitucionalidad, es decir, aquellas que no podrían ser aprobadas por el Congreso al estar reñidas con el contenido de la actual Constitución. Estas normas en

172 Se permitió marcar 3 alternativas a cada encuestado; los porcentajes fueron los siguientes: consumo humano 98,9%, agricultura y ganadería 82,1%, medio ambiente 76,1%, generación eléctrica 17,1%, turismo 10,3%; pesca y acuicultura 7,2%, industria 5,5%, y minería 2,5%.

173 Con la opción de marcar 3 alternativas a la pregunta se respondió: conservación de fuentes naturales de agua 75,4%, mejorar las leyes relacionadas con el agua 58,3%, propiedad de las aguas 46%, entregar soluciones a la falta de agua 35,7%, eficiencia hídrica y educación sobre el uso correcto de las aguas 35,2%, asegurar la calidad de las aguas 27,2%, modernizar las instituciones relacionadas con el agua 8,8%, resguardar el precio del agua 7,5%, y otro 5,8%.

174 *Participación Ciudadana Primer Informe Consulta Digital*, disponible en: https://www.mop.cl/Documents/Resultados_Consulta_Digital_Mesa_del_Agua.pdf

175 Boletín 6387-09, que modifica el Código de Aguas para la protección de aguas y ecosistemas en áreas protegidas; Boletín 6763-01, que reforma el Código de Aguas, el Código de Minería y otros cuerpos legales, con el objeto de garantizar la conservación del medio ambiente y los recursos naturales; Boletín 11910-33, que modifica el Código de Aguas en materia de singularización de los derechos de aprovechamiento en los actos o contratos, y del traslado de su ejercicio; Boletín 1332-33, que modifica el Código de Aguas para ampliar el plazo de vigencia y posibilitar la prórroga de los decretos que declaren zonas de escasez hídrica; Boletín 12512-11, que promueve el acceso al agua potable; Boletín 11597-12, que busca impedir la constitución de derechos de aprovechamientos de aguas sobre glaciares; Boletín 9393-09, que busca resguardar el agua para el consumo humano; Boletín 10854-33, que modifica las exigencias para las obras de aprovechamiento de aguas subterráneas y el monto de las multas aplicables; Boletín 9538, para regulación la concesión temporal de derechos de aprovechamiento de aguas.

discusión se vinculan, directa o indirectamente, con la realización del derecho humano al agua y la protección de los ecosistemas.

El proyecto de ley original, ingresado en 2011, reconocía una serie de funciones de las aguas, entre las que se encuentran las de carácter ambiental, de subsistencia, étnicas, productivas, escénicas, paisajísticas, sociales y de ordenamiento territorial, estableciendo que es deber del Estado garantizar a todos los habitantes el acceso a esas funciones, posibilitando a la DGA establecer reservas sobre las fuentes naturales.

Hasta la fecha, el proyecto ha sido conocido por las Comisiones de Recursos Naturales, Bienes Nacionales y Medio Ambiente; la Comisión de Recurso Hídrico, Desertificación y Sequía; la Comisión de Agricultura, Silvicultura y Desarrollo Rural; la Comisión de Hacienda y la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento.¹⁷⁶ Asimismo, ha sido objeto de una serie de indicaciones, entre las que destacan las realizadas por la presidenta Michelle Bachelet en 2014, y por el presidente Sebastián Piñera en 2019.

Actualmente, el proyecto se encuentra siendo discutido en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, la cual se ha enfocado en la revisión de varios artículos,¹⁷⁷ producto de los reparos de la constitucionalidad alzados por el gobierno, y los que fueron sistematizados a petición del secretario de la Comisión, por los senadores Andrés Allamand y Víctor Pérez.¹⁷⁸ Entre las materias a discutir destaca la naturaleza jurídica de los derechos de aprovechamiento de aguas, el establecimiento de limitaciones a los DAA, la extensión del caudal ecológico a todos los derechos, incluyendo los nuevos y los ya constituidos, y el establecer formas de extinción de los DAA.

Todas aquellas son reformas que, directa o indirectamente, buscan fortalecer las herramientas para garantizar el derecho humano al agua y avanzar hacia una mejor protección de los ecosistemas. Al igual que en las reformas constitucionales, si bien hay un mayoritario consenso en la necesidad de establecer el consumo humano al agua como prioritario y la necesidad de proteger el componente agua, las diferencias se producen en cómo se logrará avanzar hacia esos objetivos y qué significarán para los actuales titulares de los DAA las posibles modificaciones que se adopten en esa línea. En ese sentido, como se puede observar en la discusión, para algunos parlamentarios estas reformas serían inconsistentes con la protección constitucional otorgada a los derechos de aprovechamiento, contenida en el artículo 19 N° 24.

176 Boletín 7543-12, Reforma el Código de Aguas.

177 Los artículos que serán revisado por la Comisión son el 6, 17, 20, 129, 134, 147, 314, y 1 y 2 transitorios.

178 Opinión constitucional de los senadores Andrés Allamand y Víctor Pérez sobre modificación Código de Aguas, Boletín 7543-12, del 13 de julio de 2020, disponible en: <https://senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?>

Hasta la fecha de redacción de este capítulo, la discusión de constitucionalidad solo se extendió a la revisión de los artículos 6° y 20, que regulan y definen los DAA y su forma de adquisición. Al respecto, se argumentó que la reforma “propone un nuevo régimen para los DAA que reemplaza el dominio pleno sobre el derecho real de aprovechamiento de aguas (de uso indefinido, no sujeto a plazo ni condición, transferible y transmisible, y no afecto a un fin específico), por un derecho temporal que nace de una concesión, en la cual su titular ya no tiene todos los atributos propios del dominio.”¹⁷⁹ Sobre este punto, se presentaron ante la comisión varias personas de la academia, con diferentes posturas respecto a la constitucionalidad de las normas. Mientras Enrique Navarro y Arturo Fermandois concuerdan en que la norma sería contraria al artículo 19 N° 24 al sustituir el régimen de propiedad por uno concesional, José Antonio Ramírez, Tatiana Celume y Emilio Pfeffer argumentan que las modificaciones son constitucionales debido al interés público comprometido, ya que los DAA se ejercen sobre bienes nacionales de uso público ante los cuales el legislador tiene mayor discreción regulatoria.

Sin querer entrar en una revisión detallada de cada una de estas reformas, esta sección pretende ilustrar que parte importante de las modificaciones que se buscan efectuar al CA tienen como obstáculo, real o aparente, la Constitución de 1980.

6. EL DERECHO HUMANO AL AGUA EN LA PRÁCTICA

En esta sección se revisarán tres casos o situaciones que se vinculan a los aspectos esenciales del derecho humano al agua, que dicen relación con su disponibilidad, calidad y accesibilidad. Si bien no es posible vincularlos específicamente con las causas más manifiestas del *estallido social*, pueden ser asociados a conflictos puntuales vinculados al agua, que sí estuvieron presentes en las demandas de las manifestaciones. Primero, se revisará la situación de la actualización del caso de Petorca que ya fue revisado en el *Informe 2013*; luego el caso de contaminación del agua potable por petróleo en Osorno en julio de 2019 y, finalmente, la accesibilidad al agua especialmente vinculada a los precios, con una breve referencia a lo que se ha experimentado en Chile producto del Covid-19 y el acceso al agua en este contexto.

6.1 Sequía y ausencia de servicios sanitarios: la crisis de Petorca

Tanto Tatiana Celume como Pamela Poo destacan que existe una gran diferencia a nivel urbano y rural respecto del cumplimiento al derecho

179 *Ibid.*

humano al agua.¹⁸⁰ Conforme al Censo 2017, 383.204 viviendas en Chile carecen de acceso a agua potable. En el mundo rural, el 47,2% de la población se abastece de pozos, ríos, vertientes, esteros o camiones aljibes,¹⁸¹ y un 85% del abastecimiento informal depende de pozos o ríos que se ven directamente afectados por la sequía.¹⁸²

Por su parte, aquellas viviendas que no cuentan con abastecimiento de red de agua potable y tampoco con aguas superficiales o subterráneas, dependen para su consumo del traslado a través de camiones aljibes. En comunas como Caldera y Tierra Amarilla, ubicadas en la región de Atacama; y, en Andacollo, de la región de Coquimbo, el abastecimiento por camiones aljibes representa más de la mitad del abastecimiento informal.¹⁸³ Por su parte, Petorca ha sido una de las comunas emblemáticas para visualizar el conflicto del agua potable rural y la distribución por medio de camiones aljibes, producto del inadecuado manejo y administración del agua y los impactos del cambio climático en la zona.

El informe desarrollado por el INDH denominado “Actualización Informe Misión de Observación Provincia de Petorca”, de diciembre de 2018, confirma que perduran las situaciones informadas en nuestro *Informe 2013*. Así, el texto del INDH pone en evidencia la sobreexplotación de las cuencas y la usurpación de aguas –la que es descrita por una serie de actores, entre los que se encuentran autoridades municipales, dirigentes de los comités de agua potable rural y representantes de MODATIMA– que afecta el consumo humano y las posibilidades de riego de pequeños agricultores de las cuencas de los ríos La Ligua y Petorca.¹⁸⁴ A su vez, se mantiene el abastecimiento de agua a la población a través de camiones aljibes y se cuestiona tanto la cantidad de agua proporcionada como la calidad de esta, lo que afectaría la salud, la economía de pequeños agricultores y el acceso a alimentos adecuados.¹⁸⁵

Si bien el gobierno provincial de Petorca ha desarrollado acciones para poner fin a la distribución de agua mediante camiones aljibes,¹⁸⁶ aún hay personas y familias, especialmente de la población rural, que deben abastecerse a través de este sistema, como se indica en los Planes de Desarrollo

180 Entrevista a Pamela Poo, encargada de políticas y regulación en Chile Sustentable, 31 de julio de 2020. Entrevista a Tatiana Celume, investigadora de la Facultad de Derecho y Gobierno, Universidad San Sebastián, 31 de julio de 2020.

181 Fundación Amulén, *Pobres de Agua: Radiografía del agua rural en Chile: Visualización de un Problema Oculto*, Centro UC Cambio Global, 2020, p. 12.

182 Fundación Amulén, *Sequía: La Brecha más Profunda*, 2019, p. 6.

183 *Ibíd.*, p. 38.

184 INDH, *Actualización informe misión de observación provincia de Petorca*, 2018.

185 *Ibíd.*

186 Cuenta Pública Participativa Petorca, 2018, disponible en: <http://www.gobernacionpetorca.gov.cl/media/2019/05/G.-PETORCA.pdf>

Comunal de Petorca¹⁸⁷ y La Ligua.¹⁸⁸ Para tener presente, en las comunas de Petorca, La Ligua y Cabildo, los municipios usualmente reparten un promedio de 50 litros por persona a los comités de APR a través de camiones aljibes,¹⁸⁹ lo que corresponde a un acceso intermedio, conforme a los criterios de la ONU. Esto, en contraste con los 140 litros diarios que aproximadamente necesita un palto.¹⁹⁰

El 8 de abril de 2020, en el contexto de la crisis sanitaria mundial, el Servicio Regional Ministerial (SEREMI) de Salud de la región de Valparaíso dictó la Resolución N° 1456, donde se establecía que la entrega para consumo humano, a través de camiones aljibes, no podría ser inferior a 100 litros por persona diarios. Sin embargo, 8 días después se dictó una nueva resolución que dejó sin efecto el aumento de litros,¹⁹¹ debido a que según los estándares de la OMS la cantidad de litros que se entregan actualmente (50 litros) aseguraría el consumo humano, personal y de alimentos.

Esto generó una gran molestia en la población, desarrollándose una serie de acciones políticas y legales para revertir la medida.¹⁹² El 29 de abril de 2020, la Defensoría de la Niñez interpuso un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso por la medida. El recurso señaló que:

“hace más de 1 año que se les raciona el agua, reduciéndose la posibilidad de consumo a cierta cantidad de horas, no más de tres durante el día, tiempo en que ésta ni siquiera cuenta con suficiente presión, lo que impide el adecuado funcionamiento de las redes domiciliarias y, por lo tanto, les impide el efectivo acceso al recurso hídrico (...) además de las afectaciones evidentes que les provoca, les genera continuas infecciones urinarias y estomacales y que, muchas veces, por este problema de abastecimiento deben alejarse de sus familias y salir de sus localidades a fin de poder tener acceso a adecuados servicios de higiene y alimentación, porque al carecer del acceso a agua en sus comunidades no tienen condiciones que les permitan desarrollar actividades propias de su desarrollo vital. Indican que sus familias no pueden cocinar adecuadamente para alimentarles, (...) además refieren que no pueden desarrollar sus actividades de aseo con normalidad”.¹⁹³

187 Ilustre Municipalidad de Petorca, “Plan de desarrollo comunal (PLADECO) comuna de Petorca”, diciembre 2018, pp. 61, 71, 264.

188 Ilustre Municipalidad de La Ligua, “Actualización Plan de Desarrollo Comunal La Ligua 2019-2022”, pp. 44, 45, 137, 150.

189 Subsecretaría del Interior, Oficio Ordinario N°18.087, del 18 de agosto de 2016.

190 Pilar Gil, Gabriel Sellés, Raúl Ferreyra, *Manual de riego para paltos y cítricos*, INIA, Centro Regional de Investigación La Cruz, 2009, p. 8.

191 Resolución N°458, 16 de abril de 2020, de la SEREMI de Salud de la Región de Valparaíso, que deja sin efecto la Resolución N° 456.

192 MODATIMA.cl: Declaración pública: “Hasta cuándo se juega con la vida de las personas”, 21 de abril de 2020.

193 Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso, Recurso de Protección, Causa Rol N°13983 – 2020.

La acción de protección fue acogida por la Corte de Apelaciones, la que dejó que sin efecto la resolución que reducía nuevamente la cuota a 50 litros por persona, sin embargo, no se ordenó la entrega de 100 litros por persona diariamente.¹⁹⁴ La sentencia no fue apelada por el Ministerio de Salud.¹⁹⁵

En un conflicto similar el INDH presentó un recurso de protección en contra de la Municipalidad de La Serena y el SEREMI de Salud, por excluir de la distribución del agua a los habitantes del Campamento La Varilla 4 que estarían en tomas ilegales y no implementar medidas para prevenir el Covid-19 en esa comunidad¹⁹⁶ Esta acción de protección provocó que el municipio tomara medidas sanitarias e incluyera a estas familias en el abastecimiento de agua, lo que provocó el rechazo de la acción de protección por la Corte de Apelaciones.¹⁹⁷

Rodrigo Mundaca refiriéndose al conflicto, indica que “evidentemente el camión aljibe significa en la práctica profundizar el conflicto estructural porque es un negocio, es un negocio tremendo, pero dada la magnitud de la pandemia y la necesidad de tener mayor volumen de agua objetivamente reivindicábamos la necesidad de pasar de 50 a 100 litros”.¹⁹⁸

Por otro lado, respecto de la utilización por parte de la Administración de los instrumentos legales contemplados en el CA, se han mantenido los conflictos respecto a la declaración de zonas de escasez, de áreas de restricción y de los derechos provisionales. Desde 2013 a la fecha, se han dictado diversos decretos de escasez, de forma ininterrumpida. El último –al cierre de la elaboración de este capítulo– fue dictado el 5 de agosto de 2020 con vigencia hasta el 5 de febrero de 2021.¹⁹⁹

En relación con los conflictos en torno a los derechos provisionales, el 13 de junio de 2014 a través de la Resolución DGA (Exenta) N°1703, se dejaron sin efecto los DAA provisionales en los acuíferos río La Ligua

194 *Ibid.*

195 *Ibid.*

196 INDH.cl: “INDH presenta recurso de protección para garantizar medidas sanitarias y acceso a agua potable para familias del Campamento de Las Compañías en La Serena”, 25 de mayo de 2020.

197 Diario El Día: “Conflicto legal por falta de agua en campamento de Las Compañías llega a su fin”, 4 de septiembre de 2020.

198 Entrevista a Rodrigo Mundaca, secretario del Movimiento por la defensa del agua, protección de la tierra y respeto al medio ambiente, MODATIMA, 29 de julio de 2020.

199 DS N°11 del 04 de febrero de 2020. Específicamente, desde 2018 en adelante, se han dictado los siguientes decretos de escasez: N° 4 del 5 de enero de 2018, con fecha de caducidad 5 de julio de 2018 (Provincias de Quillota, Marga-Marga y Petorca y las comunas de Llay Llay, Concón, San Antonio); N° 114 del 6 de julio de 2018, con fecha de caducidad 6 de enero de 2019 (comunas de Petorca, Cabildo, La Ligua, Zapallar y Papudo, Provincia de Petorca); N° 8 del 30 de enero de 2019, con fecha de caducidad 30 de julio de 2019 (Provincia de Petorca, región de Valparaíso); N° 81 de 31 de julio de 2019, con fecha de caducidad 31 de enero de 2020 (Provincia de Petorca); y el N° 11 de 4 de febrero de 2020, con fecha de caducidad 4 de agosto de 2020 (Provincia de Petorca); y N° 81, de 5 de agosto de 2020, con fecha de caducidad 5 de febrero 2021.

y río Petorca,²⁰⁰ provincia de Petorca, región de Valparaíso, frente a lo cual dos empresas presentaron recursos ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso,²⁰¹ los que fueron acogidos. Sin embargo, en 2017, la Corte Suprema²⁰² falló a favor de la DGA, ratificando la decisión del servicio de derogar derechos provisionales de aguas subterráneas a la Sociedad Agrícola Los Graneros Ltda.,²⁰³ revocando así el fallo de la Corte de Apelaciones.²⁰⁴

El 15 de septiembre de 2018, por medio de la Resolución N° 19, el MOP a través de la DGA decretó zona de prohibición para nuevas explotaciones de aguas subterráneas en los sectores hidrogeológicos de aprovechamiento común de las cuencas de los ríos La Ligua y Petorca. Esto, debido a que, luego de diversos análisis e informes técnicos, la DGA concluyó que, en definitiva, la demanda comprometida supera la disponibilidad determinada para la constitución de derechos de aprovechamiento, tanto definitivos como provisionales. Sin embargo, si bien desde la reforma del año 2018,²⁰⁵ la autoridad podría de oficio establecer la reducción temporal del ejercicio de los DAA si la explotación de las aguas subterráneas afectare la sustentabilidad

200 Resolución N° 1703 Exenta, deja sin efecto derechos de aprovechamiento provisionales de aguas subterráneas que indica en los acuíferos río La Ligua y río Petorca, provincia de Petorca, región de Valparaíso, 15 de julio de 2014.

201 Empresa Agrícola La Loica Ltda. con derechos por un caudal de 104 litros por segundo y Sociedad Agrícola Los Graneros Ltda. con derechos por un caudal de 142 litros por segundo,

202 Excelentísima Corte Suprema, Causa Rol N° 5594-2016, 3 de mayo de 2017 y sentencia de reemplazo de 13 de junio de 2014.

203 Derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas, de carácter consuntivo, por un total de 118,2 litros por segundo, otorgados por Resoluciones DGA (Exentas) V Región N° 103, del 04 de abril de 2006, N° 57 del 29 de enero de 2007 y N° 1194 del 08 de julio de 2008, todos ubicados en la comuna de Cabildo, de la provincia de Petorca, que mediante la Resolución DGA N° 1.703 (Exenta) dejó definitivamente sin efecto una serie de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas provisionales.

204 Excelentísima Corte Suprema, Causa Rol N° 5594-2016, sentencia de fecha 3 de mayo de 2017, considerando N° 10. La Sociedad Agrícola alegó que tenía derechos de propiedad sobre los derechos provisionales, y que, en consecuencia, estos se encontraban protegidos por la CPR, ya que esta no distingue entre el carácter de los DAA, los que pueden ser dejados sin efecto solo de la forma prevista en el CA. La DGA por su parte, alegó que se dejaron sin efecto los derechos porque causaban perjuicio a los derechos permanentes constituidos con anterioridad. Asimismo, destacó que un derecho provisional para transformarse en permanente debe necesariamente someterse al procedimiento de constitución de DAA, teniendo hasta ese momento una mera expectativa. La Corte por su parte, confirmó la precariedad de este derecho y su susceptibilidad de ser revocado sin exigir que el ejercicio de dicha atribución quede sujeto a la previa tramitación de un procedimiento administrativo preestablecido y claramente definido (como lo sería el regulado en el artículo 130 y ss. del CA), teniendo el deber de comunicar al administrado la existencia de las actuaciones que está llevando a cabo, y en su caso las motivaciones en cuya virtud las inició y las eventuales determinaciones que podría adoptar al respecto, lo que ocurrió en el caso en comento.

205 Ley 21.064, Introduce modificaciones al marco normativo que rige las aguas en materia de fiscalización y sanciones, 27 de enero de 2018.

del acuífero u ocasione perjuicio, esta facultad no ha sido utilizada por ese organismo.

Finalmente, es importante destacar que la situación de Petorca ha sido relevada a nivel internacional por dos motivos. Primero, en 2018, una serie de medios de prensa extranjeros difundieron información sobre la situación de Petorca y el negocio de las paltas, criticando las herramientas, a veces indicadas como ilegales, para desarrollar el negocio a costa del medio ambiente y de la calidad de vida de las personas que habitan en la zona.²⁰⁶ Esto, a su vez, generó una reacción por parte de ciertas compañías y supermercados en Europa que dejaron de comprar los productos de Chile, lo que consecuentemente motivó a que productores y exportadores de paltas, incluidos el presidente de las Asociación de Exportadores de Fruta (ASOEX) y el presidente del Comité Palta Hass, iniciaran una serie de reuniones en Europa para aclarar las alegaciones.²⁰⁷

El segundo hecho internacional destacable es que, en 2019, el dirigente chileno Rodrigo Mundaca, de MODATIMA, recibió el Premio Internacional de Derechos Humanos de Nuremberg.²⁰⁸ El premio, además de galardonar los logros de quienes lo reciben, busca contribuir a la protección de los defensores de los derechos humanos en peligro.²⁰⁹ El jurado destacó que la lucha por el agua en Chile ha sido criminalizada, describiendo la persecución a la que ha sido sometido el dirigente, destacando su lucha por el derecho humano al agua.²¹⁰

6.2 Contaminación del agua y ausencia de servicios sanitarios: la crisis de Osorno

En julio de 2019, la ciudad de Osorno, en la región de Los Lagos, sufrió un corte generalizado del suministro de agua potable, que afectó a 120.000 personas, que equivalen a un 90% de los hogares de la ciudad de Osorno.²¹¹ La Empresa de Servicios Sanitarios (ESSAL) de los Lagos, –en ese entonces y hasta septiembre de 2020, filial de la empresa

206 Danwatch: "Avocados and stolen water", 19 de marzo de 2017.; Deutsche Welle: documental "El aguacate: el lado oscuro del superalimento" 4 de mayo de 2018. The Guardian.com: "Chilean villagers claim British appetite for avocados is draining region dry", 17 de mayo de 2018.; Thomson Reuters Foundation "is our love for avocados fuelling Chile's drought", 3 de junio de 2019.

207 ASOEX: "Productores y exportadores de paltas chilenas instan a las autoridades a abordar el tema con acuciosidad", 3 de julio de 2019.

208 Nuremberg, Prizewinner of the 2019 Nuremberg International Human Rights Award, 2019.

209 *Ibid.*

210 *Ibid.*

211 Decreto 28 del Ministerio de Salud, de fecha 17 de julio de 2019.

Aguas Andina²¹² y parte del Grupo Suez-,²¹³ identificó como causa una falla en los sistemas productivos de la planta de agua potable Caipulli²¹⁴ y señaló que la reposición tardaría 24 horas.²¹⁵ Sin embargo, el corte de agua potable se mantuvo por 11 días y la causa fue la filtración de 2.000 litros de petróleo en el proceso de captación de las aguas provenientes del río Rahue,²¹⁶ contaminación que afectó seriamente la posibilidad de acceder al agua para actividad de consumo e higiene personal. A su vez, este derrame de petróleo habría también afectado al río Rahue, cuestión que –de acuerdo con las declaraciones efectuadas por el intendente de la Región–, no fue debidamente informada por ESSAL, lo que provocó que la autoridad llamara a la ciudadanía a no consumir agua del río, lo cual fue posteriormente reiterado por la empresa.²¹⁷

El prolongado corte de agua, y la insuficiencia de estanques y de camiones aljibe para proveer a la población de agua potable, provocó que el Ministerio de Salud decretara alerta sanitaria, con el propósito de dotar a la autoridad de facultades extraordinarias para enfrentar la situación,²¹⁸ señalando que:

“la falta de agua potable por el tiempo que se estima que el suministro estará interrumpido en la comuna de Osorno constituye un riesgo inminente para la salud de las personas. Esto, porque la falta de dicho recurso impide garantizar el saneamiento básico, el aseo e higiene personal de la población, la manipulación adecuada de los alimentos, la evacuación de aguas servidas y su eventual colapso, generando el riesgo del contacto de la población con aquéllas y, asimismo, permite la reproducción de vectores de interés sanitario.”

Por su parte, el alcalde de Osorno calificó de insuficiente el abastecimiento de agua potable proporcionado por ESSAL, y solicitó a las autoridades de gobierno que decretaran estado de catástrofe en Osorno, medida que les permitiría auxiliar de mejor forma a las personas afectadas, ya que el municipio podría invertir más dinero en la compra

212 Diario Financiero: “Aguas Andinas logra vender su participación en Essal y gigante canadiense entrará al negocio sanitario en Chile”, 11 de septiembre de 2020.

213 Cristián Flores Fernández, “Servicios sanitarios urbanos en Chile: Revisión crítica de su gestión privatizada a partir de la crisis sanitaria de Osorno”, Fundación Henrich Böll, mayo de 2020.

214 T13.cl: “Essal suspende servicio de agua potable en Osorno por posible fuga de hidrocarburo”, 11 de julio de 2019.

215 Decreto 28 del Ministerio de Salud, de fecha 17 de julio de 2019.

216 SEC.cl: “SEC Los Lagos investiga fuga de combustible que provocó suspensión del suministro de agua en Osorno”, 11 de julio de 2019; Decreto 28 del Ministerio de Salud, de fecha 17 de julio de 2019.

217 La Tercera: “Intendente de Los Lagos afirma que Essal ‘no informó oportunamente’ que derrame de petróleo alcanzó aguas del río Rahue”, 11 de julio de 2019.

218 Decreto 28 del Ministerio de Salud de fecha 17 de julio de 2019.

de agua.²¹⁹ En este sentido, una declaración de estado de excepción constitucional de catástrofe permite a la autoridad establecer la distribución o utilización gratuita u onerosa de bienes necesarios para el mantenimiento y subsistencia de la población de la zona afectada.²²⁰

En agosto, luego de concluida la investigación especial por el derrame de hidrocarburos,²²¹ la Superintendencia de Servicios Sanitarios (SISS) determinó iniciar un proceso sancionatorio y otro para determinar la posible caducidad de la concesión.²²² En el primero de los procesos,²²³ entre los incumplimientos que la SISS concluyó que se habrían producido a la normativa sanitaria se incluye (i) la obligación de calidad de servicio; (ii) la obligación de continuidad del servicio de agua; (iii) afectación de los usuarios; (iv) poner en peligro la salud de la población y hacer entrega de información manifiestamente errónea tanto a la autoridad como a la población; (v) no cumplir con los procedimientos e instrucciones de la SISS para procedimientos de emergencia; (vi) la obligación de abastecimiento alternativo; y (vii) proporcionar información manifiestamente errónea sobre las causas del problema, tiempo, reposición y abastecimiento alternativo. Este proceso llegó a su término en agosto de 2020, con una multa de 2.720 UTA.²²⁴ Al respecto, la SISS declaró que se ha “aplicado el máximo que permite la ley según el tipo de infracción en seis de los nueve cargos formulados a la empresa”.²²⁵ Esta multa es especialmente alta si se considera que, de acuerdo a lo denunciado en el *Informe 2017*, las multas aplicadas nunca han llegado al máximo que autoriza la ley. Sin embargo, también destaca que un sistema que multa menos que la ganancia o ahorro en inversiones obtenido mediante la conducta infractora, no es eficaz a menos que tenga una sanción creíble, no pecuniaria y adicional a la disposición como, por ejemplo, la posibilidad real de caducar la concesión.

En el segundo proceso se abrió un expediente especial, con el objeto de determinar si por la naturaleza de los incumplimientos hay fundamento para emitir el informe de caducidad de las concesiones de ESSAL, que prevé el artículo 26 de la ley de servicios sanitarios.²²⁶ La

219 CNN.cl: “Alcalde de Osorno pide decretar zona de catástrofe y dice que no se ha hecho ‘porque estamos a mil kilómetros de la capital’”, 18 de julio de 2018.

220 Ley N°18.415, Ley Orgánica Constitucional de los Estados de Excepción, artículo 5° N°3.

221 SISS, Resolución N° 2552, del 12 de julio de 2019.

222 SISS, Resolución Exenta N° 2850, del 1 de agosto de 2019.

223 SISS, Resolución Exenta N° 2865, del 2 de agosto de 2019.

Se formularon cargos contra la empresa cuyas posibles multas, según señaló el superintendente de Servicios Sanitarios, podrían ser de hasta 2.500 millones de pesos, equivalentes a aproximadamente 4.500 UTA.

224 Punto de Prensa SIIS, Osorno, 12 de agosto 2020. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=Fem-fx0Wjfq&ab_channel=SuperintendenciadeServiciosSanitariosSISS

225 La Segunda.cl: “Ente regulador aplica multa récord a Essal por corte de agua en Osorno”, 13 de agosto 2020.

226 Resolución N° 2864, del 2 de agosto de 2019, de la SISS.

empresa fue representada por Juan Ignacio Piña, quien fue presidente del Consejo de Defensa del Estado durante el primer gobierno de Sebastián Piñera.²²⁷ En junio de 2020, el Grupo Suez solicitó la nulidad administrativa y la suspensión del expediente de caducidad, debido a que se habrían infringido los principios del proceso administrativo y por poner en duda la seguridad jurídica de inversiones extranjeras.²²⁸ El proceso aún no ha concluido a la fecha de elaboración de este capítulo.

Si bien las autoridades de gobierno criticaron fuertemente a la compañía y describieron su actuar como riesgoso,²²⁹ señalaron que la posibilidad de revocar la concesión de ESSAL era altamente compleja, ya que “significa que la SISS tiene que pasar a tener una función para la cual no está preparada, que es administrar una empresa” de esas características.²³⁰ Sin embargo, sobre la materia, la Ley General de Servicios Sanitarios contempla el nombramiento de un administrador provisional, que será seleccionado de entre las personas que se encuentren inscritas en un registro público, y que estará encargado de la administración de la empresa hasta que vuelva a licitarse la concesión.²³¹ A su vez, desde 2014, la SISS ha iniciado 85 procesos sancionatorios contra ESSAL.²³²

Como se denunciaba en el *Informe 2017*, pareciera que la imposibilidad del Estado de forzar a las empresas sanitarias a que presten servicios adecuados que garanticen el derecho humano al agua, se debe a que el Estado ha limitado su capacidad de exigir estas condiciones –por ejemplo, de caducar las concesiones– al someterse a contratos mediante los cuales estas facultades son prácticamente imposibles de ejecutar.

La Cámara de Diputados, por su parte, formó una Comisión Especial Investigadora en relación con el accionar de los órganos públicos ante la emergencia. El informe de la Comisión, del 29 de enero de 2020, fue aprobado por 7 votos contra 4, y se realizaron 7 propuestas a corto plazo. Entre ellas, se incluyó solicitar al Presidente de la República caducar la concesión; y dos medidas a largo plazo, que incluyen, en el marco del derecho humano al agua, considerar las bases para un nuevo modelo de administración del agua potable y desarrollar una

227 CNN.cl: “Crisis en Osorno: Ex subsecretario de Justicia de Piñera l asumió la defensa de Essal”, 19 de julio de 2019.

228 Radio JGM.cl: “Chao Essal: a un año de la crisis sanitaria en Osorno”, 21 de julio de 2020.

229 CNN.cl: “Ministro Moreno afirmó que planta de Essal está ‘muy lejos de un estándar de nivel mundial’”, 18 de julio de 2019.

230 Emol: “Ministro de Economía advierte que pérdida de concesión de Essal ‘es una opción compleja’”, 19 de julio de 2019.

231 Ley General de Servicios Sanitarios, artículo 27.

232 Según consta en el sitio web de la SISS, desde 2014 a 2018 (último informe de sanciones publicado), ESSAL ha sido objeto de 34 procesos sancionatorios, por lo que se desconoce el origen de los 51 procesos sancionatorios restantes, a los que el mismo Superintendente (S) hace referencia. Ver tabla anexo 1.

política pública efectiva para los casos de emergencia derivados de la interrupción prolongada del servicio.²³³

Por su parte, el Servicio Nacional del Consumidor inició un procedimiento voluntario colectivo con ESSAL, con el fin de proteger los intereses colectivos o difusos de los consumidores y de obtener una solución expedita.²³⁴ En este sentido, la Ley de Protección al Consumidor señala que, en caso de suspensión injustificada de servicios básicos, el proveedor deberá indemnizar de manera directa y automática al consumidor afectado.²³⁵ Al respecto, se acordó abonar el monto de \$63.250 a los estados de cuentas mensuales de cada uno de los 47.519 consumidores residenciales beneficiados por este acuerdo y que se pagará el monto de 0,15 UTM (\$7.384 aproximadamente)²³⁶ a los 1.070 consumidores que manifestaron su queja ante el Servicio Nacional del Consumidor.²³⁷

La Municipalidad de Osorno desarrolló una consulta ciudadana sobre una posible nueva Constitución, y preguntó a las personas si estaban de acuerdo con poner fin a la concesión actual de ESSAL en la ciudad.²³⁸ La opción SÍ obtuvo un 90% de los votos contra solo un 6,7% que votó por la opción NO.²³⁹ Sin perjuicio de que los datos no son vinculantes, los resultados son un buen indicio del malestar de la población en relación a esa emergencia sanitaria.

Finalmente, la Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH), el Observatorio Ciudadano, la Corporación de Promoción y Defensa de los Derechos del Pueblo (CODEPU) y la Ligue des Droits de l'Homme (LDH) presentaron una denuncia al Grupo Suez ante los tribunales civiles franceses, en base a *Loi de Vigilance* de 2017,²⁴⁰ que obliga a las grandes empresas francesas a adoptar procesos de debida diligencia en derechos humanos en toda su cadena de suministro. Sin embargo, la venta de ESSAL por parte de Suez deja en incertidumbre la continuidad de la denuncia.²⁴¹

233 Cámara de Diputados (2020). Informe de la Comisión Especial Investigadora del accionar de los órganos públicos para afrontar la emergencia producida por la contaminación de los sistemas de producción y provisión de agua potable de la comuna de Osorno.

234 Resolución Exenta N° 0476 que dispone el inicio de un procedimiento voluntario colectivo entre ESSAL S.A. y el SERNAC, disponible en: https://www.sernac.cl/portal/609/articulos-56323_archivo_01.pdf

235 Ley de Protección al Consumidor, artículo 25 A.

236 Valor UTM a la fecha de la Resolución N°01063 que pone término al Procedimiento Voluntario Colectivo: \$49.229.

237 Resolución de término del Procedimiento Voluntario Colectivo N°0106.

238 Cristián Flores Fernández, op. cit. p. 9.

239 Resultados consulta ciudadana Osorno, 13 de enero de 2020, disponible en: <https://www.municipalidadadosorno.cl/slide.php?id=540>

240 Observatorio Ciudadano.cl: "Tras la crisis sanitaria en Osorno (Chile), Suez recibe un requerimiento para modificar su plan de vigilancia", 9 de julio de 2020.

241 El Mercurio.cl: "Aguas Andinas acuerda vender 53,51% de Essal a canadiense Algonquin Power en US\$ 92,3 millones", 11 de septiembre de 2020.

6.3 El precio del agua y la crisis sanitaria

La determinación del precio de las aguas funciona en base a bandas tarifarias acordadas previamente entre el regulador y la concesionaria.²⁴² Históricamente, el valor de las tarifas ha sido mayor en la zona norte y disminuye hacia el sur, lo que reflejaría los valores de escasez del recurso.²⁴³

En un estudio de Fundación AQUAE, de septiembre de 2018, se analizaron las tarifas en 236 ciudades de 56 países²⁴⁴ del mundo, en donde La Serena aparece como la ciudad de América Latina²⁴⁵ con el precio más caro del agua –US\$341 por un consumo de 100 m³ al año–. A continuación se encuentra Copiapó con US\$315²⁴⁶ y Antofagasta con US\$261.²⁴⁷, que se ubica después de la ciudad de La Paz, en Bolivia.

Si bien el Estado proporciona subsidios a familias de menores ingresos,²⁴⁸ en el contexto actual de crisis sanitaria y económica debido al Covid-19, los problemas de accesibilidad al agua se han acrecentado y dejado en mayor evidencia la precariedad en la que se encuentran algunos sectores de la población.

El 5 de agosto de 2020, a raíz de la pandemia por Covid-19, se aprobó por el Congreso la Ley 21.249 que dispone, de manera excepcional, medidas que benefician a los usuarios finales de servicio sanitarios, electricidad y gas de red;²⁴⁹ norma que fue enviada al Ejecutivo, con fecha 11 de junio, para su promulgación. La regulación prohíbe la suspensión del corte de servicio por mora en el pago de sus boletas para determinados clientes.²⁵⁰ A su vez, establece que los saldos impagos que se originen durante la vigencia de este estado de excepción constitucional de catástrofe serán prorrateados en hasta 12 cuotas mensuales, a partir de su fin, sin intereses.²⁵¹

El 9 de julio de 2020, en virtud de la atribución establecida en el artículo 32 N°1 de la CPR, el Ejecutivo rechazó parcialmente el proyecto recibido, incorporando observaciones –lo que es denominado

242 Decreto con Fuerza de Ley N° 70, del 30 de marzo de 1988, del Ministerio de Obras Públicas, que regula el establecimiento de tarifas y el reglamento de la ley de tarifas, Decreto Supremo N° 453, del 12 de diciembre de 1989, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción.

243 Guillermo Donoso y María Molinos, *Sistema tarifario de agua potable en Chile: una propuesta para mejorar su sostenibilidad*, Centro UC Derecho y Gestión de Aguas, 2015, pp. 157-182.

244 El análisis se realizó en 2015, y la publicación es de 2018.

245 Ranking 60 del estudio.

246 Ranking 80 del estudio.

247 Ranking 90 del estudio.

248 Ley 18.778, del 17 de enero 1989, que establece subsidio al pago de consumo de agua potable y servicio de alcantarillado y aguas servidas, y el decreto N° 195, del 19 de febrero de 1998, que aprueba el reglamento de la ley 18.778.

249 Boletín 13438-03, refundido con los Boletines 13417-03 y 13315-08.

250 Ley 21.249, artículo 1.

251 *Ibid.*, artículo 2.

“veto presidencial parcial”-,²⁵² fundado en que durante la tramitación se habrían realizado diversas reservas de constitucionalidad debido a que se “incorporaron normas que afectan, principalmente, al derecho a la igual repartición de las cargas públicas y al derecho de propiedad”.²⁵³ Esto debido a que se impondría por ley una carga pública sin compensación a quienes prestan servicios públicos, de forma que se afectaría la Constitución.

Continúa argumentando el Ejecutivo que cuando esta carga es desigual y desproporcionada, y su contenido es de carácter patrimonial “se produce también una afectación al derecho de propiedad en su esencia, pues se afectan los atributos o facultades esenciales del dominio (...)” lo que devendría en vicios de inconstitucionalidad que deben ser enmendados acorde con el oficio. En lo que respecta a los servicios sanitarios, propone suprimir la prohibición que impide a las empresas recuperar los costos que irroga para ellas la implementación de la ley.²⁵⁴ El Ejecutivo, además, señala que el proyecto no considera la sequía y el cambio climático, lo que se manifiesta en el hecho de que no se estableció un límite de consumo de agua, por lo que propone incorporar un límite a la postergación del pago de consumos de hasta 15 metros cúbicos, con ciertas excepciones, tal como se habría discutido durante la tramitación del proyecto de ley observado.²⁵⁵

Si el Senado y la Cámara de Diputados aprueban las observaciones, el proyecto adquiere fuerza de ley y es remitido nuevamente al Presidente de la República para su promulgación.²⁵⁶ En caso de rechazo, podrían votar la insistencia del proyecto aprobado por el Congreso con un quorum de 2/3 de los miembros en ejercicio de cada una de las Cámaras.²⁵⁷

En el caso en análisis, el veto presidencial fue rechazado por ambas Cámaras, pero a diferencia de la Cámara de Diputados, en el Senado no se alcanzó el quorum necesario para insistir en el proyecto presentado originalmente por el Congreso. En virtud de ello, la ley fue publicada de igual forma, pero dejando fuera las temáticas sobre las

252 Alan Bronfman, Eduardo Cordero y Eduardo Aldunate, *Derecho parlamentario chileno: Funciones y atribuciones del Congreso Nacional*, Legal Publishing, 2013, pp. 261.

253 Oficio de S.E el Presidente de la República N° 110-368, por el cual formula observaciones al proyecto, 9 de julio de 2020.

254 Artículo 8.- Si los beneficiarios de esta ley hubiesen sido objeto de cortes o suspensiones de suministro o servicio, por mora en el pago de cualquiera de los servicios señalados en el artículo 1, la respectiva empresa proveedora o cooperativa deberá proceder a la reposición inmediata del servicio, sin costo alguno para el usuario, una vez publicada la presente ley.”

255 Oficio de S.E el Presidente de la República N° 110-368, por el cual formula observaciones al proyecto, 9 de julio de 2020.

256 Ley 18.918, artículo 34.

257 *Ibíd.*, artículo 33.

cuales no hubo acuerdo con el Ejecutivo.²⁵⁸ De esta forma, la actual y ya publicada Ley 21.249 no establece un límite en el consumo de agua potable para postergar los pagos por dichos servicios y tampoco asegura que los costos que irrogue la implementación de la ley no serán cobrados a los clientes finales del servicio.

CONCLUSIONES

1. Una serie de elementos permite concluir que dentro de los motivos que explican las manifestaciones sociales, ocurridas en octubre de 2019, se encuentra la relación entre el medioambiente y el ser humano. La exacerbada explotación de los recursos naturales, la contaminación, la inequidad en la distribución de las cargas ambientales y la falta de acceso al uso y disfrute de bienes como el agua, serían algunos de los elementos identificados.
2. El cambio climático, la sequía y la escasez han modificado el escenario actual de disponibilidad del agua en Chile. A su vez las prioridades de la sociedad han cambiado y garantizar el consumo humano de agua y la protección del medio ambiente se relevan como esenciales para el presente y el futuro. En este contexto, el Covid-19 ha puesto en evidencia lo fundamental que es garantizar un debido acceso al agua para el consumo humano y doméstico.
3. El derecho humano al agua no solo implica garantizar el acceso al agua potable y saneamiento, sino que, progresivamente, requiere la integración de otros elementos que permitan satisfacer y reconocer los usos de agua a los pueblos indígenas y la protección de los ecosistemas.
4. Como uno de los obstáculos para garantizar el derecho humano al agua y la protección de los ecosistemas, se identifica la actual Constitución, específicamente por la forma en que esta ha sido interpretada, y sobre la cual recaen una serie de discusiones tanto políticas como doctrinarias fuertemente ideologizadas. En este sentido, no existe acuerdo respecto de las implicancias que el marco constitucional tiene en relación al marco legal de las aguas, sin embargo, en la práctica, la protección constitucional establecida en el artículo 19 N° 24 ha impedido un avance legislativo para garantizar el derecho humano al agua, priorizando, de esa manera, el consumo humano por sobre otros usos, y la protección de los ecosistemas.

258 *Ibid.*, artículo 36.

RECOMENDACIONES

1. En un escenario de cambio climático, sequía, escasez hídrica y pandemia, es necesario que la Constitución contenga dentro de su listado de garantías y derechos constitucionales, el derecho humano al agua y al saneamiento, el que debe incorporar la priorización del uso del agua para consumo humano y la protección de las fuentes. Este último deberá vincularse con la protección del medio ambiente que se defina a nivel constitucional.
2. Cualquier modelo de administración de las aguas o régimen jurídico que se adopte respecto de estas, debe reconocer las limitaciones a la propiedad que deriven de su función social y ambiental, y permitir que las autoridades, tanto legislativas como administrativas, tengan robustas atribuciones que les permitan garantizar el derecho humano al agua y la protección de los ecosistemas, en este nuevo contexto climático.
3. Debe progresivamente avanzarse hacia la protección de las fuentes que proveen de agua, tanto superficiales como subterráneas, incluidos las reservas de agua dulce más importantes constituidas por los glaciares, permitiendo la restauración de estas y evitando su sobreexplotación. Con un marco constitucional apropiado, la regulación legislativa debe ir alineada con dichos derechos constitucionales, garantizando el agua no solo para las generaciones presentes, sino que también futuras.