

**EL DERECHO
AL AGUA COMO UN
DERECHO HUMANO:
EL CASO DE LA
PROVINCIA DE
PETORCA***

* Capítulo elaborado por Matías Guilloff, con la colaboración de los ayudantes Ignacia Mewes y Rodrigo Rivera, junto con la alumna ayudante Javiera Edwards.

SÍNTESIS

El presente capítulo sujeta al escrutinio de los estándares internacionales de derechos humanos cómo el Estado Chileno se hace cargo de los problemas de sequía. Para ello analiza uno de los varios casos de sequía que actualmente afectan al país: el de la provincia de Petorca. El estudio de esa situación da cuenta de cómo la inexistencia de una serie de instrumentos, así como la falta de implementación de los existentes, ha llevado a que los habitantes de la zona deban satisfacer sus necesidades de consumo personal y doméstico de manera esporádica, a través de camiones aljibe. Como se explicará, esta situación vulnera varios de los estándares internacionales en materia del derecho humano al agua. Al final se incluyen recomendaciones para cumplir con esos estándares y evitar que situaciones como las que están viviendo los habitantes de Petorca se repitan en el futuro.

PALABRAS CLAVE: Sequía-Código De Aguas-Derecho Humano Al Agua-Disponibilidad Del Recurso Hídrico

INTRODUCCIÓN

Esta no es la primera vez que el capítulo de medio ambiente del *Informe Anual de Derechos Humanos* se refiere al derecho humano al agua. Ya en el *Informe 2007*¹ se abordó esta problemática a propósito del acaparamiento excesivo de agua y eventuales riesgos de contaminación del proyecto minero Pascua Lama y la construcción del tranque de relaves El Mauro. En esa ocasión, tomando en consideración el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y la Observación General 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC),² se analizó el contenido mínimo del derecho humano al agua. Luego de ello, teniendo en consideración aspectos como la disponibilidad, calidad y accesibilidad del recurso hídrico, se llamó la atención sobre la falta de conformidad de la regulación sobre el uso y aprovechamiento del agua en Chile con los estándares internacionales en materia de derechos humanos.

En el actual contexto, en que existe una situación de sequía en varias cuencas, se hace necesario volver sobre esos estándares. De un tiempo a esta parte, la Dirección General de Aguas (en adelante, DGA), organismo dependiente del Ministerio de Obras Públicas, ha utilizado diversos instrumentos regulatorios para lidiar con la falta de disponibilidad del recurso hídrico.³ Si bien es cierto que el déficit de precipitaciones ha llevado a que las napas subterráneas y embalses estén cercanos al umbral de agotamiento,⁴ existen también una serie de factores estructurales en el marco regulatorio del uso y aprovechamiento de las

1 Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales, *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2007, Hechos de 2006*, capítulo de medioambiente, p. 179 y ss.

2 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 15, E/C.12/2002/11, El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2002).

3 Véanse, por ejemplo, las resoluciones que declaran áreas de restricción de aguas subterráneas en: Dirección General de Aguas, Áreas de restricción de aguas subterráneas.

4 Al mes de abril de este año, el volumen disponible en embalses representaba un 25,4% de la capacidad total de almacenamiento. Véase Dirección General de Aguas, 10 de abril de 2013, "Embalses reducen sus reservas 15,7% durante marzo".

aguas que contribuyen a la generación de esta situación.

Por esta razón, se volverá a sujetar a escrutinio nuestra regulación destinada a asegurar la disponibilidad del recurso hídrico. El parámetro que se utilizará para estos efectos es el derecho internacional de los derechos humanos y sus estándares. Desde esta perspectiva, se estudiará cómo los Estados deben garantizar y otorgar prioridad a la existencia de agua potable para uso personal y doméstico, sin perjuicio de la necesidad de abastecer otros usos. Para contextualizar el problema, analizaremos las deficiencias contenidas en el Código de Aguas que han afectado de manera reiterada a los habitantes de la provincia de Petorca, ubicada en la Región de Valparaíso. Se argumentará que la carencia o insuficiencia de herramientas en el diseño institucional y la falta de utilización de las existentes, sumadas a la incapacidad técnica y humana para fiscalizar, además de la ausencia de sanciones que generen disuasión, han derivado en la falta de disponibilidad del recurso hídrico para los habitantes de esa zona, con la consecuente infracción de las obligaciones internacionales del Estado Chileno para con sus habitantes. Obviamente, es necesario considerar que la realidad de cada cuenca es diversa y presenta distintos componentes geográficos y climáticos, por lo que no se pretende afirmar que el diagnóstico que se realiza sobre Petorca resulta necesariamente aplicable para todas las áreas afectadas por problemas de sequía. Sin perjuicio de esto, sí es posible aseverar que los factores institucionales y regulatorios que contribuyen a la sequía en esa zona inciden en mayor o menor medida sobre las otras cuencas del país que están presentando este problema.

1. EL CASO DE LA PROVINCIA DE PETORCA

La provincia de Petorca tiene una superficie de 4.589 kilómetros cuadrados, se ubica en el extremo noreste de la Región de Valparaíso y su población es de 70.610 habitantes. La principal actividad económica es la agricultura, la que se desarrolla en torno a los valles de los ríos de Petorca y La Ligua, produciendo esencialmente paltos y limones. El área ha llegado a convertirse en la zona de mayor exportación en este tipo de productos, lo que acapara más del 23% de la fuerza laboral.⁵ De acuerdo a los antecedentes del Instituto Nacional de Estadísticas, a nivel regional, la provincia de Petorca posee el 41,4% del total de la superficie plantada con limoneros y el 37,9% de la superficie total plantada con paltos.⁶

En este contexto, considerando la sequía que afecta a la zona en la actualidad, parece relevante preguntarse si acaso se han otorgado más derechos de aprovechamiento de los que efectivamente permiten los acuíferos en el valle de Petorca. Al respecto, es posible señalar que ya en agosto de 1996, un estudio técnico efectuado por la DGA⁷ sostuvo que la recarga total de los acuíferos provenientes del aludido valle era de 570 litros por segundo (l/s) aproximadamente, mientras que el consumo efectivo de los derechos de aprovechamiento otorgados era de 648 l/s. De esta forma, se obtenía un balance negativo de 78 l/s sin siquiera considerar la totalidad de derechos de aprovechamiento de aguas otorgados. Poco tiempo después, la Resolución 216, de fecha 15 de abril de 1997, pronunciada por la DGA, demostró que el acuífero del valle de Petorca se encontraba en una “condición de leve sobreexplotación al explotarse efectivamente todos los derechos comprometidos”.⁸ La misma acreditaba la existencia a esa fecha del “riesgo de un descenso generalizado de los niveles estáticos en el largo plazo, que afecte la capacidad productiva del acuífero, debido a una insuficiente recarga en relación a la explotación existente”,⁹ lo que determinó que el mencionado acuífero fuera declarado como área de restricción.¹⁰ En adición a lo anterior, una declaración similar se emitió respecto del acuífero La Ligua, a través de la Resolución 204 de fecha 14 de mayo de 2004,

5 Gobernación de Petorca, Información geográfica. www.gobernacionpetorca.gov.cl

6 Instituto Nacional de Estadísticas, Boletín Estadístico Provincial, Región de Valparaíso, 1, 2011, p. 15.

7 Dirección General de Aguas, Departamento de Administración de Recursos Hídricos, Minuta técnica 13 sobre determinación de la disponibilidad de recursos hídricos para constituir nuevos derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas en el sector del acuífero del valle de Petorca, provincia de Petorca, comuna de Petorca, Región de Valparaíso, octubre de 1996, p. 3.

8 Dirección General de Aguas de Valparaíso, Resolución 216, de fecha 15 de abril de 2004. Esto ya se alertaba a partir de la Minuta técnica 13, donde se sostuvo que “el acuífero de Petorca se encuentra en una condición que no posibilita la constitución de nuevos derechos de aprovechamiento de agua subterránea, por sobre el último expediente constituido”, op. cit., p. 4

9 Dirección General de Aguas de Valparaíso, Resolución 216, op. cit.

10 Ver una definición de área de restricción en nota 55.

pronunciada por la misma entidad, señalando que existían a esa fecha graves riesgos de disminución de su caudal. Las declaraciones de esta naturaleza, así como las de zona de escasez,¹¹ se hicieron recurrentes, a un punto tal que el Proyecto de Acuerdo 318, de fecha 20 de abril de 2011, suscrito por un grupo de diputados,¹² dio cuenta de la dictación de once Decretos Supremos que efectuaron la última declaración. A mayor abundamiento y en el mismo sentido, desde 2012 la provincia se encuentra declarada zona de escasez,¹³ con el fin de abastecerla de agua.¹⁴ Por todo esto, es posible concluir que el otorgamiento de derechos de aguas en la provincia de Petorca, ha sido excesivo.

Ahora bien, en cuanto a las causas de la sequía que afecta a esta zona, sin perjuicio de la incidencia de factores climáticos, cabe atender a ciertos aspectos que han fomentado la generación de esta problemática. En particular: (1) la manera en que la DGA, utilizando los instrumentos que contempla el Código de Aguas, ha gestionado el recurso y (2) la fiscalización del propio organismo sobre la actuación de particulares que, sin ser titulares de derechos de aprovechamiento de aguas, extraen el recurso hídrico o, teniendo tales derechos, extraen más de lo autorizado.

1.1. Sobre el ejercicio de las facultades regulatorias y fiscalizadoras de la Dirección General de Aguas para velar por la disponibilidad de las aguas

Este es un factor que explica, en parte, los problemas de abastecimiento del agua en la provincia de Petorca. Al respecto, cabe señalar que existían informes técnicos que daban cuenta de la delicada situación de los acuíferos y hacían recomendable no constituir nuevos derechos de aprovechamiento de aguas, que la DGA desatendió, otorgando nuevos derechos provisionales.¹⁵ En efecto, un informe técnico elaborado el año 2004 por dicha autoridad sostuvo que “la DGA en el uso de sus facultades ha determinado que es factible otorgar en carácter provisio-

11 Sobre zonas de escasez, ver nota 62.

12 Diputados Molina, Hasbún, Melero, Sandoval, Morales, Barros, Kast, Monckeberg, Pérez y Teillier, Proyecto de Acuerdo 318, presentado en Sesión 18ª del 20 de abril de 2011, materia “Solicita oficiar al Ministerio de Obras Públicas para que disponga de recursos destinados a la investigación por uso ilegal de aguas y se remitan los antecedentes a tribunales”.

13 Ministerio de Obras Públicas: Decreto 362, “Declara zona de escasez a la provincia de Petorca, Región de Valparaíso”, 10 de enero de 2013; Decreto 225, “Declara zona de escasez a las comunas de La Ligua, Petorca y Cabildo, provincia de Petorca, Región de Valparaíso”, 9 de agosto de 2012; Decreto 416, “Declara zona de escasez a las cuencas de los ríos Ligua y Petorca, a las cuencas costeras Quilimarí-Petorca y Ligua-Aconcagua, y a la comuna de Quilpué, Región de Valparaíso”, 30 de diciembre de 2011; Decreto 223, “Declara zona de escasez a la provincia de Petorca y la comuna de Quilpué, ubicadas en la Región de Valparaíso”, 29 de julio de 2011; y Decreto 403, “Declara zona de escasez a las cuencas de los ríos Petorca, Ligua y Aconcagua, ubicadas en la Región de Valparaíso”, 7 de enero de 2011

14 Ministerio de Obras Públicas, Decreto 362, op. cit.

15 Ver más detalles acerca del otorgamiento de derechos provisionales y sus consecuencias en nota 50.

nal un 25% del caudal otorgado como derechos de aprovechamientos definitivos, el cual asciende a 2352 litros por segundo (...) en consecuencia el caudal provisional susceptible de otorgar es de 588 litros por segundo”.¹⁶ En otras palabras, se aumentó en un 25% el caudal susceptible a utilizar a partir de 2004 para fines comerciales o de riego, a pesar del crítico nivel de disponibilidad del recurso en la cuenca. Como lo acredita DGA a raíz de una solicitud de acceso a información pública, los aludidos derechos se han mantenido provisionales o han devenido en definitivos a la fecha, pese a las críticas condiciones de sequía de la provincia.¹⁷

Sucede algo similar con la utilización de otro instrumento establecido por el Código de Aguas para velar por la disponibilidad del recurso en situaciones de sequía: las declaraciones de zona de escasez. Como se verá en detalle al analizar el marco normativo, la utilización de este instrumento no dota a la autoridad de las atribuciones y potestades que necesita para lidiar adecuadamente con la sequía. No lo hace, en primer lugar, por su limitada duración: la declaración tiene una extensión máxima de seis meses, no renovables.¹⁸ En segundo lugar, este instrumento no es idóneo para el fin propuesto por cuanto la medida más adecuada para lidiar con la sequía de manera efectiva –la redistribución proporcional de los derechos de aprovechamiento de agua– resulta demasiado costosa, por cuanto, como se explicará más adelante, puede implicar para el Estado la obligación de indemnizar a los titulares de derechos de agua que no reciban lo que les corresponda en esa redistribución.

Otro factor a considerar al analizar este problema es el relativo a la fiscalización. Al respecto, cabe señalar que la utilización privativa de un bien nacional de uso público como el agua requiere la autorización de un organismo público competente, en este caso la DGA. En abierta contradicción con esta exigencia, luego de las respectivas fiscalizaciones por parte de este organismo en la provincia de Pectorca, se ha constatado la construcción de drenes ilegales sobre los cauces,¹⁹ pozos que no cuentan con derechos de aprovechamiento de aguas constituidos por autoridad competente,²⁰ faenas sobre el

16 Ministerio de Obras Públicas, Informe Técnico 208, 7 de julio de 2004, p. 1.

17 Director General, Dirección General de Aguas, Respuesta a la solicitud de acceso a la información 33839, 1 de abril de 2013.

18 Ver Código de Aguas, art. 314.

19 Dirección General de Aguas Región de Valparaíso, Resolución 1470, 10 de mayo de 2011, que demuestra irregularidades y ordena sanción administrativa en contra de Agrícola El Roble Ltda. [“conforme se describe en el Informe Técnico de Fiscalización Preliminar 49 del 2011, a partir de la cual inició una investigación, que en lo principal y referido a la Agrícola El Roble Ltda., pudo recabar la siguiente información: a) la existencia de vestigios de un posible dren constituido sobre el cauce del Río Ligua en coordenadas UTM (m) Norte: 6.411.129 y Este: 312.660”]

20 Dirección General de Aguas de Valparaíso, Resolución 1472, 10 de mayo de 2011, que ordena sanción administrativa en contra de Agrícola El Tránsito y remisión de antecedentes al Ministerio Público por presunto delito de usurpación de aguas [“Agrícola El Tránsito Ltda., realiza la

cauce de esteros²¹ y extracción de agua por sobre los derechos de aprovechamiento legalmente constituidos,²² entre otras prácticas no autorizadas. Existen irregularidades en la extracción de aguas, ya sea porque hay un titular que extrae más allá de los derechos de aprovechamiento concedidos o, en su defecto, porque simplemente no tiene titularidad para extraer tales recursos. Es bastante probable que estas irregularidades continúen proliferando, si se considera que las sanciones a imponer por la DGA no pueden exceder de una multa de 20 Unidades Tributarias Mensuales.²³

Los aludidos incumplimientos han existido aun cuando el uso de los recursos hídricos en la zona de Petorca ha sido materia de diversas denuncias y acciones de fiscalización en los últimos años. De acuerdo a la información otorgada por el Seremi del Ministerio de Obras Públicas, durante 2011 se abrieron 129 expedientes de fiscalización, previa presentación de 137 denuncias efectuadas por particulares y un total de 85 inspecciones.²⁴ Durante 2012, las denuncias presentadas en la provincia de Petorca equivalieron a un 21% del total de la Región de Valparaíso, en tanto que las inspecciones correspondieron al 87% de las realizadas en la misma Región.²⁵ Conforme a la información entregada por la DGA, previa presentación de una solicitud de acceso

extracción de aguas subterráneas desde tres puntos distintos a los autorizados, es decir, desde pozos que no registran derechos de aprovechamiento de aguas asociados a ellos”]; Dirección General de Aguas de Valparaíso, Resolución 1473, 10 de mayo de 2011, que ordena sanción administrativa en contra de Agrícola San Juan [“Que, se comprobó que los pozos de propiedad de Agrícola San Juan Ltda., no cuentan con derechos de aprovechamiento de aguas constituidos por autoridad competente (artículo 20, inciso 1º del Código de Aguas)”].

21 Dirección General de Aguas de Valparaíso, Resolución 1481, 10 de mayo de 2011, que ordena sanción administrativa en contra de Agrícola Liguana [“Las faenas ejecutadas sobre el cauce del estero Alicahue, no cuentan con la autorización de la autoridad competente, lo que constituye una infracción al artículo 32 del Código de Aguas”]. Dirección General de Aguas de Valparaíso, Resolución 1529, 16 de mayo de 2011, que ordena sanción administrativa en contra de Agrícola El Cóndor [“se constató la existencia de una tubería que conduce aguas desde la captación del Sr. Cesar Olgúin, hasta el pozo 3 antes indicado, tubería ubicada en coordenadas UTM (m) Norte: 6.407.727 y Este: 312.696, enterrada en el cauce del estero Los Ángeles, faena que fue ejecutada sobre el álveo sin autorización, lo que significa infracción al artículo 32 del Código de Aguas”].

22 Dirección General de Aguas Valparaíso, Resolución 1997, 14 de julio de 2011, que ordena sanción administrativa en contra de Agrícola Pilién y envía antecedentes al Ministerio Público para investigar presunto delito de usurpación de aguas [“Se puede concluir que existe extracción de caudales de aguas subterráneas más allá de lo autorizado, tanto desde el año 2007 en adelante como después del mes de febrero del año 2011, por parte de la Agrícola Pilién Ltda., lo que constituye una infracción a los artículos 5º, 6º, 7º, 20, 22, 23, 57, 59, 60, 140 y 149 del Código de Aguas, ya que los requerimientos hídricos de la superficie real regada no se condicionan con los derechos de aprovechamiento de que es dueña la Agrícola antes mencionada”]; Dirección General de Aguas Región Valparaíso, Resolución 1767, 11 de septiembre de 2012, ordena sanción administrativa en contra de Agrícola Los Molinos [“cabe señalar que, entre el pozo profundo constatado en terreno y el derecho constituido a nombre del Señor César Olgúin, existe una diferencia de 58 metros”].

23 Ver Código de Aguas, art. 173.

24 Gobierno Regional Región de Valparaíso, Consejo Regional, Comisión de Medio Ambiente, Acta Sesión Comisión de Medio Ambiente a presentar en Sesión Pleno 5 de abril de 2012, op. cit., p. 3.

25 *Ibid.*

a información pública, durante 2011 se decretaron sanciones para 19 casos por estimarlos constitutivos de infracción al Código de Aguas.²⁶ En tanto, por idénticas razones, se dictaron 58 sanciones administrativas en 2012.²⁷ La respuesta a la aludida solicitud señala que solo 39 expedientes de fiscalización fueron remitidos al Ministerio Público para que investigara sobre la comisión del delito de usurpación de aguas, sin perjuicio que en la totalidad de los casos antes anunciados se comprobó que existía extracción ilegal del recurso hídrico.²⁸ Por último, conocida la delicada situación del recurso en la zona y la existencia de estas reiteradas infracciones, la DGA determinó como principal y única medida de fiscalización la realización de un plan de teledetección. Esta medida demostró no ser la más efectiva, pues arrojó como resultados la identificación de pozos en toda la zona de monitoreo, respecto de los cuales el consultor que realizó la teledetección no tenía la información de si eran legales o no.²⁹

1.2. Calidad del agua potable y perjuicios sufridos por la comunidad

La grave sequía y la deficiente administración del recurso hídrico han afectado directamente las condiciones de vida de los habitantes de la zona, especialmente en los sectores rurales. De acuerdo al informe anual de la Superintendencia de Servicios Sanitarios, en el sector de La Ligua:

el descenso en el nivel de la napa subterránea disminuyó considerablemente la capacidad de producción de las fuentes de agua potable, a tal punto de no permitir satisfacer la demanda de la población, por lo que en esta localidad la empresa ESVAL debió reforzar la producción mediante camiones aljibes, situación que comenzó en febrero del 2011 y se mantuvo durante todo el año.³⁰

Esta situación se mantiene en la actualidad, como confirma el mismo Gobernador de la Provincia, al señalar que “nosotros como gobernación vamos a seguir entregando agua a través de camiones aljibe”.³¹

26 Director General, Dirección General de Aguas, Respuesta a la solicitud de acceso a la información 33839, op. cit.

27 *Ibíd.*

28 *Ibíd.*

29 Ministerio de Obras Públicas, Dirección General de Aguas, Identificación de aguas subterráneas y estructuras de derivación de aguas en la zona La Ligua-Petorca, mediante técnicas de teledetección aeroespacial, informe final, realizado por Geosensing Ltda., S.I.T. 242, mayo de 2011. pp. 36-37.

30 Superintendencia de Servicios Sanitarios Informe de Gestión del Sector Sanitario 2011, p. 163.

31 Gobernación Provincia de Petorca, Reportaje “Gobernador visitó obras hídricas en Bartolillo y Paihuén para conocer avances”, 27 de febrero de 2013.

Similar información proporcionó la Municipalidad de Petorca, que en su sitio web informó que el agua es entregada en camiones aljibes y almacenada en estanques proporcionados por ONEMI, para todo tipo de uso doméstico.³² Esto ha implicado que más de tres mil personas están viviendo con mil o quinientos litros de agua cada dos o tres días.³³ Pero eso no es todo. Como sostiene un locatario del sector El Bronce, “se junta lama o suciedad en el fondo, la misma agua que entregan no viene siempre limpia, lo que es complicado especialmente por las enfermedades”.³⁴ De esta forma, además de tener que enfrentar severas medidas de restricción, las personas que viven en la provincia reciben agua que no se encuentra en las mejores condiciones.

Diversas fuentes demuestran que los perjuicios que están sufriendo los habitantes de la zona son serios. Al respecto, Rodrigo Mundaca, dirigente social, señala que los perjuicios que se han sufrido en la provincia de Petorca son graves, consistiendo en la “pérdida de más de 4.000 hectáreas de cultivo en manos de pequeños agricultores, vastos sectores rurales privados de agua de bebida y para servicios higiénicos”.³⁵ En relación a la proliferación de enfermedades asociadas a la calidad de agua que hoy suministran los camiones aljibes, Mundaca señala que existen estudios que reflejan que, solo en la comuna de Cabildo, el cuadro de diarreas infantiles ha crecido en un 100% debido a la calidad de agua de bebida que se le suministra a los niños.³⁶ En igual sentido, asevera que:

recientemente se ha denunciado que en la localidad de Cabildo el agua de bebida que se está suministrando a la población se encuentra contaminada con residuos de petróleo, pues los pozos de abastecimiento de agua de bebida se encuentran inutilizables debido a la alta presencia de nitritos en el agua, ante lo cual la empresa proveedora de agua de bebida, ESVAL, no se hace responsable, ya que, en voz de su gerente, el agua se la compran a los camiones aljibes.³⁷

La información relativa al cuadro de enfermedades sufridas en la zona se encuentra respaldada, además, en lo sostenido por la Gobernación de Petorca respecto a que el agua potable distribuida “afectaría a lactantes y niños menores de un año, pudiendo desarrollar meta-hemoglobinemia, la cual es causada por la presencia de nitratos en él

32 I. Municipalidad de Petorca: “Vecinos de Petorca: ‘La sequía que nos afecta es como un terremoto, pero que destruye día a día’”.

33 *Ibíd.*

34 *Ibíd.*

35 Entrevista a Rodrigo Mundaca, dirigente social del Movimiento de Defensa por el acceso al Agua, la Tierra y la protección del Medio Ambiente, 5 de mayo de 2013.

36 *Ibíd.*

37 *Ibíd.*

(sic) y que genera la disminución de la capacidad de transporte de la hemoglobina en los niños con resultados fatales”.³⁸ A mayor abundamiento, los establecimientos educacionales que reciben a más de 750 estudiantes de La Ligua, no tienen acceso a agua potable, para el consumo, por cuanto reciben menos de cuatro mil litros de agua cada dos días para su funcionamiento.³⁹

A pesar de todos estos antecedentes, las medidas acordadas para abastecer de agua potable a la población por la empresa ESVAL—responsable de abastecer de agua potable a los habitantes de la provincia— y la Superintendencia de Servicios Sanitarios —el órgano estatal encargado de garantizar el buen funcionamiento del servicio— son totalmente inconsistentes con la realidad que se está viviendo. En efecto, en el Plan de Desarrollo 2010 realizado por ESVAL y visado por la Superintendencia, se estimó necesaria la construcción y habilitación de un nuevo sondaje en la localidad para la producción de agua potable, con un caudal esperado de solo 4,7 litros por segundo. En conformidad a este Plan, se estimó para 2016 el inicio de operación de este sondaje, el cual tuvo que ser rectificado al poco tiempo, programándolo para el periodo 2014 y 2015. Por otro lado, el Plan de Desarrollo elaborado para la comuna de Cabildo desestimó de plano el sondaje y la construcción de nuevas fuentes de abastecimiento, pese a las graves restricciones de agua potable. Los problemas de suministro existen y son serios; si no lo fueran, no se habría adelantado la entrada en operación del sondaje en Petorca. Pero, como lo demuestra la decisión adoptada respecto a la construcción de un nuevo sondaje en Cabildo, estos problemas no se abordan de manera consistente; tanto así que en lo que se refiere al abastecimiento de agua potable en una misma cuenca —aquella en que se encuentran Petorca y Cabildo— se utilizan estándares diversos.

En suma, las declaraciones de áreas de restricción y aquellas de zona de escasez dan cuenta de los serios problemas de sequía que existen en la provincia de Petorca. A ello se agrega la extracción ilegal de aguas, demostrada por las reiteradas denuncias y sanciones determinadas por la autoridad al respecto. Estos problemas de sequía han redundado en la imposibilidad de abastecer adecuadamente a los habitantes de la zona de agua potable. En varias ocasiones estos han debido recibir el recurso a través de camiones aljibes, lo cual ha imposibilitado garantizar aspectos básicos de higiene, uso doméstico y consumo. Como se argumentará más adelante, esta situación incumple con los estándares internacionales existentes en la materia y genera la consiguiente res-

38 Gobernación de Petorca, “Gobernador llama a la calma por índices de sales de agua en Bartolillo”, 25 de abril de 2013.

39 *La Tercera*, “Petorca: vacunarán a niños contra hepatitis y evalúan reducir clases”, 1 de marzo de 2013.

ponsabilidad internacional del Estado de Chile. Antes de ello, para una mejor comprensión de las deficiencias regulatorias que generan estos hechos, es necesario hacer una somera revisión de las disposiciones legales relevantes en esta materia.

2. EL MARCO REGULATORIO DOMÉSTICO

Una adecuada comprensión del marco legal de las aguas en Chile requiere tener en cuenta que se trata de un sistema donde la asignación y el uso del recurso son determinados, por regla general, por el mercado.⁴⁰ En efecto, de la interpretación armónica de los artículos 22 y 140 del Código de Aguas fluye que la autoridad –en este caso, la DGA– deberá constituir el derecho de aprovechamiento de aguas siempre que exista disponibilidad del recurso y que no se afecten los derechos de terceros, indiferentemente del tipo de uso que se le pretenda dar al recurso.⁴¹ Ahora bien, estos derechos podrán ser consuntivos o no consuntivos. Mientras los primeros facultan a su titular para consumir totalmente las aguas en cualquier actividad, los segundos le permiten emplear el agua sin consumirla y lo obligan a restituirla en la forma que determine el acto de constitución o de adquisición de su derecho.⁴² Estos derechos de aprovechamiento pueden ser sobre aguas superficiales o subterráneas, distinción que es relevante para efectos de las instituciones que protegen en uno y otro caso la disponibilidad del recurso.

Antes de adentrarse en esas instituciones, es necesario abordar las implicancias del modelo de mercado que establece el Código de Aguas. En tanto modelo de esta naturaleza, su objetivo es que el recurso gravite a su uso más valioso. Esa meta lleva a que para nuestra legislación de aguas sea indiferente el uso que pretenda dársele al recurso, lo que se torna especialmente problemático en situaciones de escasez que no llegan aún al punto de constituir una sequía extraordinaria. En estas situaciones, aun cuando exista la necesidad de garantizar la cantidad de agua necesaria para el consumo humano, la autoridad no cuenta con atribuciones ni potestades para preferir este uso por sobre otros; de haber peticiones concurrentes sobre el recurso, estas las resuelve el mercado, a través de un remate que debe llevar a cabo la DGA.⁴³

40 Existe, con todo, una hipótesis en la que el Código exige dotar de mayor fundamentación a una solicitud de derechos de aguas, a través de una memoria explicativa. Esta exigencia se gatilla cuando el volumen de agua solicitado supera un umbral que el propio Código de Aguas determina. Ver Código de Aguas, art. 140 N° 6.

41 Aquí también existe una excepción de muy limitada aplicación consagrada en el art. 147 bis inciso 2 del Código de Aguas que permite al Director de la DGA limitar el caudal de una solicitud de derechos de aguas.

42 Ver Código de Aguas, arts. 12, 13 y 14.

43 La única salida que el Código de Aguas da a este problema es que el presidente de la República, por circunstancias excepcionales y de interés general, constituya directamente el

En otras palabras, no hay en el Código de Aguas norma alguna que determine una prelación entre los diversos usos que se le pueden dar al recurso hídrico.

Además del problema anterior, no existe institución alguna que permita coordinar los múltiples usos que pueden darle al agua los usuarios de una cuenca. En otras palabras, una vez que los derechos de aprovechamiento han sido constituidos, no hay una instancia, a nivel de cuencas, que coordine los diversos usos que se efectúan del recurso. Esto es así porque, por regla general, la DGA carece de atribuciones para administrar de manera adecuada el recurso.⁴⁴ Es cierto que, desde el tiempo de la colonia, existen organizaciones de usuarios que gestionan y distribuyen el recurso, pero esas organizaciones, en la práctica, aun cuando nada en el Código lo impide, no administran conjuntamente las aguas superficiales y las subterráneas.⁴⁵ Adicionalmente, la coordinación de los múltiples usos del agua en una cuenca se dificulta en la medida que el Código autoriza la existencia de organizaciones de usuarios, específicamente juntas de vigilancia, que administren el recurso para dos escalas geográficas: la cuenca en su totalidad o solo una sección precisa de esta.⁴⁶ Esta última hipótesis presenta los mayores obstáculos para la coordinación de los usos múltiples del agua.

De esta forma, existen una serie de carencias institucionales en el Código de Aguas que inciden sobre los problemas de sequía y falta de abastecimiento de agua para consumo humano que se viven en la comuna de Petorca. En primer término, respecto a la asignación de los derechos de aprovechamiento, la disponibilidad de agua para consumo humano no tiene prioridad alguna frente a otros potenciales usos. Si bien hay una salida –que el presidente de la República directamente constituya el derecho–, ella es estructuralmente improbable en la medida que se trata de una potestad discrecional que solo se ejercerá en caso que el presidente lo estime necesario. Además, una vez que se han otorgado los derechos, tampoco existe un organismo con competencias sobre la totalidad de la cuenca, que resuelva los problemas que pueden suscitarse por los usos múltiples del recurso. En términos prácticos, tal como sucede en Petorca, no hay un foro institucional en que se determine cómo puede convivir un uso particularmente intensivo del recurso –la producción de paltas– con los demás que existen

derecho. Ver *ibíd.*, art. 148.

44 El art. 299 letra d del Código de Aguas configura una leve excepción: en aquellos cauces naturales donde no existan juntas de vigilancia constituidas –las organizaciones de usuarios que el Código establece para la distribución del recurso en cauces naturales– la Dirección General de Aguas puede intervenir para prohibir la extracción de aguas sin título o en cantidades mayores de las que corresponda.

45 La posibilidad de establecer juntas de vigilancia que administren conjuntamente las aguas superficiales y subterráneas de una cuenca surge de la interpretación conjunta y sistemática de los arts. 3, 22 y 263 del Código de Aguas.

46 Ver *ibíd.*, art. 264.

en la cuenca: consumo humano y pequeña agricultura, entre otros.

Más allá de estas carencias institucionales, existen una serie de mecanismos en el Código de Aguas para garantizar la disponibilidad del recurso. Así, tratándose de aguas subterráneas, el Código faculta a la DGA para hacer dos declaraciones que tienen por objeto velar por la finalidad antes señalada: la de área de restricción y aquella de zona de prohibición. La primera procede cuando en un sector hidrogeológico de aprovechamiento común existe riesgo de una grave disminución de un determinado acuífero, con el consiguiente perjuicio de derechos de terceros ya establecidos en él.⁴⁷ Esta declaración es realizada por la DGA de oficio o a petición de un usuario, siempre y cuando los antecedentes sobre la explotación del acuífero demuestren la conveniencia de efectuarla.⁴⁸ Una vez que se decreta, se origina una comunidad de aguas entre todos los usuarios del acuífero, siendo la consecuencia más relevante que, a partir de esa declaración, la DGA solo puede otorgar derechos de agua provisionales sobre el acuífero.⁴⁹ Sin embargo, por regla general, esos derechos provisionales devienen en definitivos al cabo de cinco años, a menos que la DGA –tras su otorgamiento y antes del cumplimiento de ese plazo– acredite perjuicios a terceros o bien que un tercero, por sí mismo, acredite daño.⁵⁰ La segunda, se realiza a través de declaración fundada y para la protección del acuífero; su efecto, como lo indica su nombre, es prohibir futuras explotaciones en el acuífero.⁵¹ Al igual que en el caso anterior, esta declaración da origen a una comunidad de aguas entre todos los usuarios del acuífero.⁵² Esta declaración mantiene su vigencia hasta que la DGA, a través de una nueva resolución y en tanto lo aconsejen nuevas investigaciones respecto a las características del acuífero o de su recarga artificial, se pronuncie sobre su mantención o alzamiento.⁵³

Otro instrumento del Código de Aguas para velar por la disponibilidad del recurso hídrico es la declaración de zona de escasez. Esta debe ser efectuada por el presidente de la República a petición o con informe de la DGA, en periodos extraordinarios de sequía y por un lapso máximo de seis meses, no prorrogables.⁵⁴ La calificación relativa a si es o no extraordinaria una determinada sequía no es discrecional: la DGA, a través de una resolución previa a la respectiva declaración, establece las épocas de sequía que revisten el carácter de extraordinarias. Una vez efectuada esta declaración y en el caso en que no exista

47 *Ibid.*, art. 65.

48 *Ibid.*

49 *Ibid.*, arts. 65 y 66.

50 *Ibid.*, arts. 66 y 67.

51 *Ibid.*, art. 63.

52 *Ibid.*

53 *Ibid.*, art. 64.

54 *Ibid.*, art. 314.

acuerdo entre los usuarios para distribuir las aguas, la DGA puede hacerlo respecto de las aguas existentes en fuentes naturales, con el objeto de reducir al mínimo los daños generados por la sequía. Persiguiendo el mismo propósito, la DGA puede suspender las atribuciones de las juntas de vigilancia, como asimismo los seccionamientos de las corrientes naturales –aquellas secciones específicas de las corrientes cuya administración queda a cargo de otra junta de vigilancia– que estén comprendidos dentro de la zona de escasez.

Ahora bien, en la práctica, son muy pocas las veces en que declarada la zona de escasez, la DGA procede a redistribuir las aguas para minimizar los daños de la sequía. La explicación se encuentra en el Código de Aguas: de hacerlo, en el evento que un titular de derechos de aprovechamiento de agua reciba menos de lo que le correspondería de conformidad a las disponibilidades existentes, este tiene derecho a ser indemnizado por el Fisco. Así, esta disposición hace muy costoso cualquier error en que incurra la DGA al intervenir la cuenca y redistribuir derechos de aprovechamiento de agua; tan costoso que la DGA opta en definitiva por no hacerlo.

Por último, existe una potestad básica de cuyo adecuado ejercicio depende en buena medida la disponibilidad del recurso: la de fiscalizar que las aguas asignadas se utilicen en los términos, tipos y alcances autorizados. El nivel de cumplimiento del marco legal aplicable depende de dos factores: (1) el mayor o menor efecto disuasivo que genere la sanción contemplada para una determinada conducta irregular y (2) que la autoridad cuente con los medios que le permitan fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones legales pertinentes. Para ambos aspectos las respuestas institucionales no son las adecuadas. En efecto, tratándose de la fiscalización, la unidad de Fiscalización y Medio Ambiente de la Oficina de la DGA en la Región de Valparaíso tan solo cuenta con un jefe de fiscalización, cuatro fiscalizadores y un técnico-administrativo.⁵⁵ Respecto a las multas, como ya se señaló, por expresa disposición del artículo 173 del Código de Aguas, estas no pueden exceder de 20 Unidades Tributarias mensuales.⁵⁶

3. ESTÁNDARES INTERNACIONALES EN MATERIA DEL DERECHO HUMANO AL AGUA

El derecho al agua ha sido reconocido en diversos tratados y declaraciones internacionales.⁵⁷ Durante la última década, el desarrollo de

55 Director General, Dirección General de Aguas, Respuesta a la solicitud de acceso a la información 35660, 1 de abril de 2013.

56 Ver Código de Aguas, art. 173.

57 Por ejemplo, en el párrafo 2 del art. 14 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer se dispone que los Estados Partes asegurarán a las

legislación internacional en torno a este derecho se ha incrementado con el objeto de extender su protección y delimitar su contenido. Así, en 2002 el Comité DESC aprobó su Observación General 15⁵⁸⁻⁵⁹, la cual interpreta el PIDESC⁶⁰ reconociendo que el derecho al agua es un componente implícito, pero esencial, del derecho a disfrutar de un nivel de vida adecuado y del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, consagrados en los artículos 11 párrafo 1 y 12 del mencionado Pacto.⁶¹ En dicha observación, el Comité DESC realiza un análisis detallado del derecho al agua, consagrándolo como un derecho humano y sosteniendo que “el agua es un recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud. El derecho al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos”. Asimismo, insta a los Estados Partes a adoptar medidas eficaces para hacer efectivo el derecho al agua sin discriminación alguna.⁶² El Comité define el derecho humano al agua como:

el derecho de todas las personas a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico. Un abastecimiento adecuado de agua salubre es necesario para evitar la muerte por deshidratación, para reducir el riesgo de las enfermedades relacionadas con el agua y para satisfacer las ne-

mujeres el derecho a "gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de (...) el abastecimiento de agua". Por su parte, en el párrafo 2 del art. 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, se exige a los Estados Partes que luchen contra las enfermedades y la malnutrición mediante "el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre".

58 Dicho Comité ya había reconocido anteriormente que el agua es un derecho humano amparado por el párrafo 1 del art. 11 del Pacto. Sin embargo, no había profundizado en el contenido e implicancias de dicho derecho (véase la Observación General 6 de 1995).

59 Las Observaciones Generales son interpretaciones oficiales de un derecho específico enumerado en un instrumento internacional y son elaboradas por comités de supervisión de las Naciones Unidas, compuestos por expertos independientes que tienen por finalidad supervisar la puesta en práctica de dichos instrumentos.

60 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.

61 El art. 11, párrafo 1 del Pacto señala que “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento”. Por su parte, el art. 12 señala que “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”.

62 ONU, Comité DESC, Observación General 15, E/C.12/2002/11, El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2002, párr. 1.

cesidades de consumo y cocina y las necesidades de higiene personal y doméstica. [...] el derecho al agua se encuadra claramente en la categoría de las garantías indispensables para asegurar un nivel de vida adecuado, en particular porque es una de las condiciones fundamentales para la supervivencia”.⁶³

En la misma línea, expresa que dicho derecho debe considerarse conjuntamente con otros, como el derecho a la vida y a la dignidad humana.⁶⁴

El aludido organismo hace hincapié en que en la asignación del agua debe concederse prioridad al derecho de utilizarla para fines de consumo personal y doméstico. Asimismo, debe darse prioridad a los recursos hídricos necesarios para evitar el hambre y las enfermedades, así como para cumplir las obligaciones fundamentales que entraña cada uno de los derechos del Pacto, y garantizar un acceso sostenible a los recursos hídricos con fines agrícolas para el ejercicio del derecho a una alimentación adecuada.⁶⁵ En la misma línea, y utilizando como base la obligación establecida en el párrafo 2 del artículo 1 del Pacto, que dispone que no podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia, el Comité sostiene que los Estados Partes deberían garantizar un acceso suficiente al agua para la agricultura de subsistencia y para asegurar la de los pueblos indígenas.⁶⁶⁻⁶⁷

En cuanto a su contenido normativo, se establece que “el derecho al agua entraña tanto libertades como derechos. Las libertades son el derecho a mantener el acceso a un suministro de agua necesario para ejercer el derecho al agua y el derecho a no ser objeto de injerencias, como por ejemplo, a no sufrir cortes arbitrarios del suministro o a la no contaminación de los recursos hídricos. En cambio, los derechos comprenden el derecho a un sistema de abastecimiento y gestión del agua que ofrezca a la población iguales oportunidades de disfrutar del derecho al agua”.⁶⁸ Agrega que “los elementos del derecho al agua deben ser adecuados a la dignidad, la vida y la salud humanas, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 11 y el artículo 12. Lo adecuado

63 *Ibíd.*, párrs. 2 y 3.

64 *Ibíd.*, párr. 3.

65 *Ibíd.*, párrs. 6 y 7.

66 *Ibíd.*, párr.7.

67 Agrega que la higiene ambiental, al ser un “aspecto del derecho a la salud amparado por el apartado b) del párrafo 2 del artículo 12 del Pacto, entraña la adopción de medidas no discriminatorias para evitar los riesgos para la salud que representa el agua insalubre y contaminada por sustancias tóxicas”.*Ibíd.*, párr. 8.

68 *Ibíd.*, párr. 10.

del agua, señala la aludida Observación General, no debe interpretarse de forma restrictiva, simplemente en relación con cantidades volumétricas y tecnologías. Más que esto, el agua debe tratarse como un bien social y cultural, y no fundamentalmente como un bien económico. El modo en que se ejerza el derecho al agua también debe ser sostenible, de manera que este derecho pueda ser ejercido por las generaciones actuales y futuras.⁶⁹

Respecto al contenido mínimo o esencial del derecho, la Observación dispone que los factores que se deben aplicar en toda circunstancia para un adecuado ejercicio del derecho al agua son:

- a) Disponibilidad: el abastecimiento de agua de cada persona debe ser continuo⁷⁰ y suficiente para los usos personales y domésticos, los que comprenderán normalmente el consumo, el saneamiento, el lavado de vestimentas, la preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica.⁷¹ Agrega que la cantidad de agua disponible para cada persona deberá corresponder a las directrices de la Organización Mundial de la Salud (OMS).⁷²
- b) Calidad: sostiene que el agua necesaria para cada uso personal o doméstico debe ser salubre y, por lo tanto, no ha de contener microorganismos o sustancias químicas o radioactivas que puedan constituir una amenaza para la salud de las personas. Para ello, el Comité recomienda a los Estados seguir las “Guías para la calidad del agua potable” elaboradas por la OMS.⁷³ La Observación agrega que el agua deberá tener un color, un olor y un sabor acepta-

69 *Ibíd.*, párr. 11.

70 El Comité precisa el concepto de *continuidad* señalando que este apunta a que la periodicidad del suministro de agua sea suficiente para los usos personales y domésticos.

71 Con el objeto de precisar aun más el significado de estos usos, el Comité dispuso que “el *consumo* se refiere al agua destinada a bebidas y alimentos; el *saneamiento* se refiere a la evacuación de las excretas humanas. El agua es necesaria para el saneamiento dondequiera que se adopten medios de adecuación por el agua; la *preparación de alimentos* incluye la higiene alimentaria y la preparación de comestibles, ya sea que el agua se incorpore a los alimentos o entre en contacto con estos; la *higiene personal y doméstica* se refiere al aseo personal y a la higiene del hogar”.

72 En términos prácticos, y desde el punto de vista de los volúmenes diarios de agua que se requieren por persona, esto se traducirá en que *no habrá acceso* cuando se esté por debajo de los 5 litros diarios per cápita. El *acceso será básico* cuando el promedio diario no sobrepase los 20 litros por persona. Se tendrá un *acceso intermedio* cuando el promedio diario aproximado sea de 50 litros per cápita. Finalmente, existirá un *acceso óptimo* cuando el promedio sea de 100 a 200 litros per cápita diarios. Guy Howard y Jamie Bartram, *Domestic Water Quantity, Service Level and Health*, Ginebra, OMS, 2003. Gráfico contenido en OMS, *The Right to Water*, 2003, p. 13. (Citado por Raimundo Pérez Larrain, *El caso Pascua Lama: Los Huascoatinos y el derecho humano al agua*, Clínica de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, 2008).

73 Cuyo objetivo es “servir de base para la elaboración de normas nacionales que, debidamente aplicadas, aseguren la inocuidad del agua mediante la eliminación o la reducción a una concentración mínima de los componentes peligrosos para la salud”. Cita de pie de página en ONU, Comité DESC, Observación General 15, p. 133.

bles para cada uso personal o doméstico. Esto último se relaciona con el concepto de *aceptabilidad*, el cual establece que aun en los casos en que el agua sea adecuada para el consumo humano y la higiene personal, puede suceder que las personas no quieran o sean reacias a utilizarla, porque no les parece aceptable el olor, el sabor o la apariencia del agua o de la fuente.⁷⁴

- c) Accesibilidad: establece que el agua y las instalaciones y servicios de agua deben ser accesibles para todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. Este factor, a su vez, presenta cuatro dimensiones:
1. Accesibilidad física: implica que el agua y las instalaciones y servicios de agua deben estar al alcance físico de todos los sectores de la población. Se debe poder acceder a un suministro de agua suficiente, salubre y aceptable en cada hogar, institución educativa o lugar de trabajo o en sus cercanías inmediatas.⁷⁵ Agrega que todos los servicios e instalaciones de agua deben ser de calidad suficiente y culturalmente adecuados, y deben tener en cuenta las necesidades relativas al género, el ciclo vital y la intimidad.⁷⁶
 2. Accesibilidad económica: apunta a que 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.⁷⁷
 3. No discriminación: el agua y los servicios e instalaciones de agua deben ser accesibles a todos de hecho y de derecho, incluso a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna.⁷⁸
 4. Acceso a la información: la accesibilidad comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información sobre las cuestiones

74 Maike Gorsboth, *¿Cómo identificar y tratar las violaciones del derecho humano al agua?*, FIAN, 2005, p. 7. (Citado por Pérez Larraín, op. cit.)

75 En relación a esto la OMS ha determinado que *no hay acceso físico al agua, en lo que se refiere al factor tiempo/distancia, cuando se deba recorrer una distancia superior a 1 km. para conseguir agua o cuando el trayecto para la consecución de la misma tome más de 30 minutos ida y vuelta. A su vez, el acceso será básico cuando la distancia a recorrer sea inferior a 1 km. o cuando tome menos de 30 minutos ida y vuelta el obtener el recurso hídrico. El acceso será intermedio cuando el agua sea proveída por al menos una llave. Finalmente, el acceso será óptimo cuando el suministro de agua sea múltiple y dentro de la casa.* Fuente: Howard y Bartram, op. cit., p. 13.

76 ONU, Comité DESC, Observación General 15, op. cit., párr. 12.

77 Ibid.

78 Ibid.

del agua.⁷⁹ Este aspecto tiene relación directa con la noción de participación, puesto que los ciudadanos “tienen que poder opinar cuando se tomen decisiones que atañan a su acceso al agua. (...)”⁸⁰.

La interpretación dada por el Comité DESC acerca del contenido y alcances del derecho humano al agua ha desempeñado una función relevante para la evolución posterior de dicho derecho. Así, en marzo de 2008, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas creó el cargo de Experto Independiente, por un periodo de tres años, sobre la cuestión de las obligaciones relativas al acceso al agua y al saneamiento,⁸¹ cuyo mandato, entre otras cosas, consistía en aclarar aun más la naturaleza y el contenido de esas obligaciones.⁸² En julio de 2010, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó una Resolución⁸³ en que reconoce que el agua potable y el saneamiento es un derecho humano *esencial* para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos e impulsa a los Estados y organizaciones internacionales a que proporcionen recursos financieros y favorezcan el aumento de la capacidad y la transferencia de tecnología, con el objeto de intensificar los esfuerzos por proporcionar a toda la población un acceso económico al agua potable y el saneamiento.

Por su parte, el Consejo de Derechos Humanos ratificó este derecho en septiembre del mismo año, aclarando sus fundamentos y su condición jurídicamente vinculante.⁸⁴ En noviembre de 2010, el Comité DESC publicó una declaración en la que hizo hincapié en el saneamiento como componente indispensable del derecho a un nivel de vida adecuado, pero que también está íntegramente relacionado con los derechos a la salud y la vivienda, “contribuyendo así a un mayor reconocimiento del saneamiento como un derecho diferenciado”.⁸⁵ En marzo de 2011, el aludido Consejo modificó la denominación del Ex-

79 *Ibíd.*

80 Gorsboth, *op. cit.*, p. 8.

81 ONU, Consejo de DD.HH., Resolución 7/22, Los derechos humanos y el acceso al agua potable y el saneamiento, 41ª sesión, 28 de marzo de 2008.

82 En específico, se le encomienda: a) Entablar un diálogo con los gobiernos (...) y autoridades pertinentes, para identificar, promover y comentar las prácticas idóneas relacionadas con el acceso al agua potable y el saneamiento y, a ese respecto, preparar un compendio de las mejores prácticas; b) Impulsar la labor realizando un estudio, en cooperación con los gobiernos (...) y autoridades pertinentes y competentes, reflejando su opinión para establecer con más precisión el contenido de las obligaciones de derechos humanos, incluidas las obligaciones de no discriminación, en relación con el acceso al agua potable y el saneamiento.

83 Asamblea General de la ONU, Resolución 64/292, El derecho humano al agua y el saneamiento, 108ª sesión plenaria, 28 de julio de 2010.

84 ONU, Consejo de DD.HH., Resolución 15/9, *Los derechos humanos y el acceso al agua potable y el saneamiento*, 30 de septiembre de 2010.

85 Catarina de Albuquerque, Relatora Especial de Naciones Unidas para el derecho humano al agua potable y al saneamiento, con Virginia Roaf, *Derechos hacia el final: Buenas prácticas en la realización de los derechos al agua y al saneamiento*, 2012, p. 53

perto Independiente sobre la cuestión de las obligaciones relativas al acceso al agua y al saneamiento, pasando a llamarse en adelante Relator Especial sobre el derecho humano al agua potable y al saneamiento, introduciendo así el reconocimiento del derecho en el nombre del cargo, además de ampliar a tres años más su mandato.

En abril de 2012, Naciones Unidas publicó un documento⁸⁶ que contiene una recopilación de buenas prácticas en materia del derecho humano al agua y al saneamiento, elaborado por la Relatora Especial de Naciones Unidas para este tema, donde se establecen, entre otras cosas, algunos criterios para la identificación de buenas prácticas relacionadas con los derechos al agua y al saneamiento.⁸⁷ El citado documento concluye afirmando que los avances en el reconocimiento y delimitación del derecho humano al agua y al saneamiento “han reforzado la realización de los derechos al agua y al saneamiento como obligaciones jurídicamente vinculantes para todos los Estados partes en el PIDESC y en otros tratados de derechos humanos, fomentando la profundización y el enriquecimiento de las normas internacionales”.⁸⁸

4. RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO

Como se desarrollará a continuación, los hechos descritos en la primera sección de este capítulo incumplen los estándares y generan, en consecuencia, la responsabilidad internacional del Estado de Chile por vulnerar sus obligaciones en materia del derecho humano al agua.

Aunque el PIDESC prevé la aplicación progresiva de los derechos, también impone a los Estados Partes diversas obligaciones de aplicación inmediata. El Comité DESC sostiene que esas obligaciones inmediatas consisten en que este debe ser ejercido sin discriminación

86 *Ibíd.*

87 Estos criterios son: a) a *no discriminación* en la prestación de servicios de agua y saneamiento; b) *Participación* de los interesados; c) *Rendición de cuentas*: implica que los Estados tienen la obligación de respetar, proteger y cumplir los derechos al agua y al saneamiento; d) Una buena práctica debe tener *efectos demostrables* que potencien la realización progresiva de los derechos al agua y al saneamiento, protegiendo a aquellos que carecen de acceso al agua y al saneamiento y dando respuesta a sus necesidades, garantizando además que esas personas sigan disfrutando de un acceso adecuado a esos servicios en el futuro; e) Las buenas prácticas deben ser *sostenibles* desde el punto de vista económico, medioambiental y social, de manera que las generaciones futuras puedan disfrutar de los derechos al agua y al saneamiento; f) Los Estados deben asegurar la *disponibilidad* de los servicios de agua y saneamiento en todas las esferas de la vida, inclusive en el trabajo, en cantidad suficientes; g) *Calidad/seguridad* de los retretes y el agua; h) Los servicios de agua y saneamiento deben ser *aceptables* para cualquier persona desde el punto de vista cultural; i) Los servicios de agua y saneamiento deben ser fácilmente *accesibles* para cualquier persona y deben encontrarse en el interior del hogar o cerca de este, del lugar de trabajo y de todas las demás esferas de la vida; y j) deben ser *asequibles* para todas las personas, y en ningún caso el pago de los mismos debe limitarles poder disfrutar de otros derechos humanos. La Relatora Especial agrega que una *buen práctica* es aquella que cumple todos los criterios anteriormente expuestos o una gran mayoría de los mismos, sin menoscabo de ninguno de ellos. *Ibíd.*, pp. 38-42.

88 *Ibíd.*, p. 53.

alguna, lo que impone la obligación de adoptar medidas en aras de su plena realización. Agrega que dichas medidas deberán ser deliberadas y concretas e ir dirigidas a la plena realización del derecho al agua.⁸⁹ Asimismo, sostiene que “los Estados Partes tienen el deber constante y continuo en virtud del Pacto de avanzar con la mayor rapidez y efectividad posibles hacia la plena realización del derecho al agua”. De esta forma, la realización de este derecho debe ser viable y practicable.⁹⁰ El artículo 26 de la Convención Americana, por su parte, establece que los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, para lograr en forma progresiva la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Según el PIDESC, al igual que en el caso del resto de los derechos humanos, el derecho al agua impone tres obligaciones a los Estados Partes: respetar, proteger y cumplir con dicho derecho.⁹¹ Sobre este punto, el Comité DESC señala que la obligación de *respetar* exige que los Estados Partes se abstengan de injerir directa o indirectamente en el ejercicio del derecho al agua. Así, “comprende, entre otras cosas, 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, por ejemplo, con desechos procedentes de instalaciones pertenecientes al Estado o mediante el empleo y los ensayos de armas, y de limitar el acceso a los servicios e infraestructuras de suministro de agua o destruirlos como medida punitiva (...)”.⁹²

Por su parte, la obligación de *proteger* exige –a juicio del Comité DESC– “que los Estados Partes impidan a terceros que menoscaben en modo alguno el disfrute del derecho al agua. Por terceros se entiende particulares, grupos, empresas y otras entidades, así como quienes obren en su nombre. La obligación comprende, entre otras cosas, la adopción de las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias y efectivas para impedir, por ejemplo, que terceros denieguen el acceso al agua potable en condiciones de igualdad y contaminen o exploten en forma no equitativa los recursos de agua, con inclusión de las fuentes naturales, los pozos y otros sistemas de

89 ONU, Comité DESC, Observación General 15, op. cit., párr.15.

90 *Ibid.*, párr.17.

91 La obligación tripartita del Estado en materia de derechos humanos tiene su primera referencia en el derecho específico a una alimentación adecuada, ver Comité DESC, Observación General 12 .

92 ONU, Comité DESC, Observación General 15, op. cit., párr. 21.

distribución de agua”⁹³⁻⁹⁴

En lo que respecta a la obligación de *cumplir*, el Comité señala que esta exige que los Estados Partes adopten las medidas necesarias para el pleno ejercicio del derecho al agua. “Esta obligación comprende, entre otras cosas, la necesidad de reconocer en grado suficiente este derecho en el ordenamiento político y jurídico nacional, de preferencia mediante la aplicación de las leyes; adoptar una estrategia y un plan de acción nacionales en materia de recursos hídricos para el ejercicio de este derecho; velar por que el agua sea asequible para todos; y facilitar un acceso mayor y sostenible al agua, en particular en las zonas rurales y las zonas urbanas desfavorecidas”⁹⁵⁻⁹⁶

En este caso en particular, a la luz de los hechos y de los lineamientos dados por el Comité DESC en lo que respecta a la obligación tripartita de los Estados aplicable al derecho humano al agua, es posible concluir que el Estado de Chile ha incurrido en responsabilidad internacional, puesto que no ha cumplido con los estándares mínimos detallados precedentemente.

En específico, el Estado ha incumplido con su obligación de *respetar*, puesto que, de acuerdo a lo expuesto en el acápite de los hechos, la autoridad administrativa competente ha llevado adelante la práctica de otorgar más derechos de aprovechamiento de aguas en la zona, que aquellos que efectivamente permite el acuífero de Petorca. En este

93 *Ibíd.*, párr.23.

94 El Comité agrega a continuación, en su párrafo 24, que “cuando los servicios de suministro de agua (como las redes de canalización, las cisternas y los accesos a ríos y pozos) sean explotados o estén controlados por terceros, los Estados Partes deben impedirles que menoscaben el acceso físico en condiciones de igualdad y a un costo razonable a recursos de agua suficientes, salubres y aceptables. Para impedir esos abusos debe establecerse un sistema regulador eficaz de conformidad con el Pacto y la presente Observación General, que prevea una supervisión independiente, una auténtica participación pública y la imposición de multas por incumplimiento”.

95 *Ibíd.*, párr. 26.

96 Agrega que dicha obligación a su vez se subdivide en la obligación de *facilitar*, promover y garantizar. La obligación de facilitar apunta a que los Estados adopten medidas positivas que permitan y ayuden a ejercer el derecho. Por su parte, la obligación de *promover* exige la adopción de medidas que tengan por objeto difundir información adecuada acerca del uso higiénico del agua y la protección de sus fuentes, entre otros. Por último, la obligación de *garantizar* impone la necesidad de hacer efectivo el derecho en los casos en que los particulares o los grupos no están en condiciones, por razones ajenas a su voluntad, de ejercer por sí mismos ese derecho con los medios a su disposición (Véase *ibíd.*, párr. 25). En esta línea, se dispone que para garantizar que el agua sea asequible, los Estados deben adoptar las medidas necesarias, como son utilizar tecnologías económicas y adoptar políticas adecuadas en materia de precios, entre otros. Los Estados deben además adoptar estrategias y programas amplios e integrados con el objeto de velar para que las generaciones presentes y futuras dispongan de agua suficiente y salubre. En lo que respecta al saneamiento, se debe garantizar que todos tengan acceso a servicios de saneamiento adecuados (Véase *ibíd.*, párr. 29). Finalmente, agrega que el garantizar que todos tengan acceso a servicios de saneamiento adecuados no solo reviste importancia fundamental para la dignidad humana y la vida privada, sino que constituye uno de los principales mecanismos para proteger la calidad de las reservas y recursos de agua potable. El derecho a la salud y el derecho a una vivienda adecuada (véanse las Observaciones Generales 4 (1991) y 14 (2000)) impone a los Estados Partes la obligación de ampliar progresivamente unos servicios de saneamiento salubres, en particular a las zonas rurales y las zonas urbanas desfavorecidas, teniendo en cuenta las necesidades de las mujeres y los niños.

sentido, es especialmente grave que la autoridad, pudiendo decretar zona de prohibición –conforme a la cual no es posible otorgar nuevos derechos–, tan solo declarase área de restricción, instrumento que sí la faculta para constituir nuevos derechos provisionales. Esta práctica sin duda ha vulnerado los derechos de los habitantes de la zona, al no considerar el contenido mínimo del derecho en cuanto a disponibilidad, calidad y accesibilidad; y al poner en riesgo la continuidad y suficiencia del recurso para los usos personales y domésticos de sus habitantes. Asimismo, siendo la principal actividad económica de la zona la agricultura, la que se encuentra gravemente amenazada por la crisis de sequía existente, se ha vulnerando además el artículo 1, párrafo 2 del Pacto, que señala que no podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia. Finalmente, creemos que en este caso se configura uno de los ejemplos de violación del Estado a la obligación de *respetar* el derecho al agua –dado por el Comité DESC–al haberse adoptado medidas –en este caso, seguir otorgando derechos de aprovechamiento a pesar de la crisis–que han provocado la disminución de los recursos de agua en detrimento de la salud del ser humano.⁹⁷

Estimamos que el Estado de Chile ha infringido su obligación de *proteger*, ya que no ha adoptado las medidas necesarias para proteger a los usuarios frente a las infracciones de terceros, por ejemplo, frente a los casos de extracción ilegal de aguas. A pesar de que la autoridad administrativa ha tomado medidas en orden a fiscalizar e investigar estos hechos, se ha comprobado que muy pocos casos han sido efectivamente sancionados, además de no existir la capacidad humana ni técnica que permita en la práctica fiscalizar todos los casos de extracción ilegal. Asimismo, no hay incentivos en nuestra legislación para cumplir con la normativa, puesto que, como se dijo anteriormente, las multas son de una cuantía muy escasa. Ello evidencia también la debilidad de la legislación existente en esta materia.⁹⁸

Igualmente, estimamos que el Estado infringe el deber de *cumplir*, ya que no ha adoptado las medidas necesarias para garantizar a los habitantes de Petorca el disfrute del derecho, como sería, por ejemplo, una prelación de usos del recurso hídrico que permita satisfacer sus necesidades básicas, como exigen los estándares en esta materia. La misma infracción se produce al no existir un mecanismo de gestión

97 ONU, Comité DESC, Observación General 15, op. cit., párr. 44.

98 El Comité DESC señala que “las violaciones de la obligación de proteger dimanar del hecho de que un Estado no adopta todas las medidas necesarias para proteger, dentro de su jurisdicción, a las personas contra las violaciones del derecho al agua por terceros. Estas violaciones incluyen, entre otras cosas: i) no promulgar o hacer cumplir leyes que tengan por objeto evitar la contaminación y la extracción no equitativa del agua; ii) no regular y controlar eficazmente los servicios de suministro de agua; iii) no proteger los sistemas de distribución de agua (por ejemplo, las redes de canalización y los pozos) de la injerencia indebida, el daño y la destrucción”. *Ibid.*

integrada de cuencas que permita una adecuada resolución de los conflictos que derivan de los múltiples usos del agua y la coordinación del uso conjunto de las aguas subterráneas y superficiales.⁹⁹

Finalmente, es posible apreciar que en este caso el Estado no ha cumplido con algunas de las obligaciones básicas que a juicio del Comité involucra el derecho al agua y que tienen efecto inmediato,¹⁰⁰ como, por ejemplo, garantizar el acceso a la cantidad esencial mínima de agua que sea suficiente y apta para el uso personal y doméstico, así como para prevenir enfermedades; velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones y servicios de agua disponibles; y adoptar y aplicar una estrategia y un plan de acción nacionales sobre el agua para toda la población; entre otros.

5. CONCLUSIONES

La manera en que los Estados traten el problema de la sequía impacta sobre derechos tan básicos como aquel a tener agua para consumo humano y usos domésticos. Como se ha señalado, nuestra regulación contenida en el Código de Aguas no satisface los estándares del derecho internacional de los derechos humanos. Este no determina la preferencia de los usos de consumo y domésticos frente a otros usos alternativos, ni tampoco establece mecanismos adecuados para lidiar con los conflictos que derivan de los múltiples usos del recurso hídrico una vez que estos se producen. Además, aun cuando contempla herramientas que podrían ser útiles para asegurar la disponibilidad del recurso, y de esta manera satisfacer los aludidos estándares, tales como las declaraciones de zona de escasez, estas presentan elementos en su diseño que hacen improbable que su aplicación pueda lidiar efectivamente con la sequía y las consecuencias que de ella derivan. Asimismo, aun cuando se contemplan instrumentos poderosos para hacerse cargo de los problemas de disponibilidad, como la declaración de zona de prohibición, se prefiere utilizar otros que posibilitan la constitución de nuevos derechos de aprovechamiento de agua, como la declaración

99 El Comité DESC señala que “Las violaciones de la obligación de cumplir se producen cuando los Estados Partes no adoptan todas las medidas necesarias para garantizar el disfrute del derecho al agua. Los siguientes son algunos ejemplos: i) no adoptar o ejecutar una política nacional sobre el agua encaminada a garantizar a todos el derecho al agua; ii) asignar fondos insuficientes o asignarlos en forma incorrecta, con el resultado de menoscabar el disfrute del derecho al agua por personas o grupos, especialmente los vulnerables o marginados; iii) no vigilar el grado de realización del derecho al agua a nivel nacional, por ejemplo estableciendo indicadores y niveles de referencia; iv) no adoptar medidas contra la distribución no equitativa de las instalaciones y los servicios de agua; v) no establecer mecanismos de socorro de emergencia; vi) no lograr que todos disfruten del derecho al agua en el nivel mínimo indispensable; vii) el hecho de que un Estado no tenga en cuenta sus obligaciones jurídicas internacionales con respecto al derecho al agua al concertar acuerdos con otros Estados o con organizaciones internacionales”.Ibid.

100 Ibid., párr. 37.

de área de restricción. Con el fin de apuntar a una utilización del recurso hídrico coherente con los estándares internacionales, se formulan las recomendaciones que siguen.

RECOMENDACIONES

1. Modificar el Código de Aguas incorporando una disposición que establezca un orden de prelación entre los diversos usos del agua, en caso que entren en conflicto.
2. Modificar el Código de Aguas introduciendo organismos que permitan una gestión integrada de cuencas –terminando con la existencia de aquellos que administran únicamente una sección de estas–, participativos y que incluyan el uso coordinado y conjunto de las aguas superficiales y subterráneas.
3. En acuíferos afectados por problemas de disponibilidad, optar por la declaración de zona de prohibición, en vez de la de área de restricción.
4. En caso de decretarse una zona de escasez, que la DGA proceda a redistribuir los derechos de agua, para asegurar la disponibilidad del recurso para fines domésticos y de saneamiento.
5. Mejorar la institucionalidad existente, creando un organismo específico o dotando de mayores atribuciones, capital humano y técnico a la DGA, de manera que pueda fiscalizar adecuadamente que el agua se utilice dentro de los márgenes autorizados por la ley.
6. En la misma línea que el punto anterior, y cualquiera que sea la opción institucional que se tome, aumentar el valor de las multas por extracción ilegal de aguas.