

Tomándole el pulso al texto constitucional:

“Situación constitucional de los recursos hídricos”

Minuta

Exponen: Verónica Delgado¹, Ulrike Broschek² y Gonzalo Delacamara³

Comenta: Guillermo Larraín⁴

Modera: Paula Ahumada⁵

05 de Abril, 2022 ⁶

1) Situación del Agua en Chile

● Privatización

Hay una creencia colectiva en Chile de que el agua sufrió un proceso de privatización, desde la Constitución de 1980 y el Código de Aguas de 1981, principalmente por los derechos de propiedad sobre esta que se entregaron de manera perpetua (derechos de aprovechamiento), sin limitaciones y con una especial protección al derecho de propiedad permitiendo que se transen libremente.

Si bien, la actual Constitución reconoce el derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación, no reconoce el derecho humano al agua y solo menciona este recurso a propósito del derecho de propiedad. Incluso cuando el agua es reconocida como un bien nacional de uso público, la protección a la propiedad es mayor, sustentando la idea de que el agua está privatizada.

● Modelo de Gestión y Normativa Actual

Chile es el único país de la OCDE que no tiene gestión integrada de cuencas, sino que existe un modelo de autogestión privada donde las decisiones las toman únicamente los dueños de los derechos de agua.

Hay pocas normas ambientales en el Código de Agua y una autoridad competente débil. Por otro lado, existe poca información y no hay claridad de la cantidad de agua disponible y los derechos que se han otorgado. En Chile, el 83% de las causas de los problemas de los territorios se debe a la mala gestión del agua, mala gobernanza, sobreexplotación, contaminación de las fuentes naturales y degradación sistemática de los ecosistemas hídricos.

● Reforma al Código de Aguas

En la última reforma al Código de Aguas, que se basó en la Ley Marco de Agua de la Unión Europea, se devolvió el uso prioritario que el Código de 1981 derogó. Además, el nuevo Código protege las fuentes de agua, habla de seguridad hídrica, de los planes estratégicos de recurso hídrico en cuenca y consagra el derecho humano al agua y al saneamiento. También permite al Estado reservar aguas para consumo humano y para la sostenibilidad de los

¹ Directora del programa Derecho, Ambiente y Cambio Climático, Universidad de Concepción.

² Subgerente de Sustentabilidad Fundación Chile y Directora EH 2030.

³ Investigador Instituto IMDEA Agua.

⁴ Académico y codirector LEXEN, Facultad de Economía y Negocios, Universidad de Chile, Chile.

⁵ Subdirectora Escuela de Pregrado Facultad de Derecho U. de Chile y Codirectora LEXEN.

⁶ El presente documento es una selección de las opiniones de los presentadores.

ecosistemas y se crean los usos no extractivos. Respecto a los derechos de agua, se podrá limitar su ejercicio, se establece que los derechos nuevos serán temporales y los derechos antiguos seguirán siendo perpetuos, pero siempre pudiendo caducar o extinguirse si no se cumplen los requisitos establecidos en el Código

Si bien es un avance, la reforma demoró mucho, hay una insuficiencia y tardanza jurídica en este texto que deja muchos temas fuera y no logra resolver todos los problemas. Se mantiene un mercado del agua casi sin control y no se consideró lo relacionado a las cuencas, por lo que actualmente se gestiona el agua por secciones o tramos de río.

2) El Agua en la Constitución

- **Pocos Avances en Materias de Agua**

Vemos una profunda ausencia e inacción del Estado en el tema del agua, por lo que ha costado mucho hacer reformas legales que permitan modificar la lógica imperante y de no protección al agua. Ante el vacío de autoridad y la falta de decisiones, la Convención ha tratado la materia en profundidad, avanzando en todos los ámbitos pendientes y acelerando las discusiones en torno al agua. Por ello, se están discutiendo temas que usualmente no están en las constituciones, por ejemplo, la Agencia del Agua. Frente a esta situación, se debe tener cuidado con la gestión de expectativas, las que pueden verse defraudadas si el desarrollo legal y regulatorio no se condice con ellas.

- **Temas de Discusión en la Convención**

Es necesario tratar constitucionalmente la consideración de dominio público de las aguas, la discusión sobre la autoridad nacional, si va a haber propiedad o no sobre los derechos de agua, sobre las aguas indígenas y sobre el saneamiento de aguas. Además, se debería dejar aprobado en la Constitución las priorizaciones de uso, dejando el resto de los temas para el desarrollo legal y regulatorio.

3) Consideraciones para un modelo del agua

- **Mirada Sistémica**

Uno de los problemas actuales de la institucionalidad es la falta de una mirada sistémica. Hay 56 órganos distintos con competencia en la materia de agua, pero no existe coordinación multisectorial que permita organizar los distintos intereses. Por tanto, es necesario un órgano autónomo que permita la coordinación supraministerial, multisectorial y sistémica que mire el todo con una perspectiva transversal y no solo por partes. Entonces, es necesario fortalecer la Dirección General de Aguas y elevarla al nivel de Agencia Nacional para poder avanzar.

- **Gestión, Gobernanza y Descentralización**

La base para revertir la situación es la definición de una buena gestión y gobernanza, que comienza con una gestión de cuencas y gobernanza desde los territorios. La descentralización es un ámbito básico que se debe considerar en la materia.

- **Sobre el Reconocimiento Constitucional de los Derechos de la Naturaleza**

Una constitución ecológica podría eventualmente revertir la degradación del ciclo del agua. La consagración de los derechos de la naturaleza permite la promoción de la reparación de las fuentes de los ecosistemas, que incluye al agua. Pero no basta con proclamar el reconocimiento de un derecho, sino que es necesario crear las condiciones para que se haga efectivo.

En el caso de Ecuador, el reconocimiento constitucional de los derechos de la naturaleza no ha impedido que los

ecosistemas acuáticos y terrestres se encuentren en riesgo.

- **Autonomía de los Reguladores**

En cuanto a la autonomía de los reguladores, la discusión internacional señala la importancia de la independencia funcional, orgánica y, especialmente, financiera. Los mejores reguladores a nivel internacional son independientes en estos 3 sentidos, pero están profundamente comprometidos con la política pública (“independientes pero no indiferentes”). Por lo mismo, una agencia autónoma y descentralizada que presente asistencia técnica y financiera a los organismos de cuencas es la mejor alternativa.

La autonomía también permite superar los ciclos políticos que vienen con los cambios presidenciales. En Chile se ha comenzado de nuevo cada 4 años, sin poder avanzar significativamente al ritmo que se necesita.

- **Desafío de Mediano y Largo Plazo**

Tradicionalmente, los modelos de gestión se orientan a reducir la incertidumbre, cuando en realidad ésta es más bien permanente. Existe una escasez estructural de agua y una falta de seguridad hídrica a largo plazo. El desafío no es sólo actual, debe mirarse al mediano y largo plazo.

- **Política no Reactiva**

En muchos países, la política de agua es reactiva, es decir, de remediación de impactos de manera ex post. No obstante, lo que se requiere no es la gestión de eventos críticos, sino la gestión de riesgos y la anticipación a lo que pueda pasar. Por ello, necesitamos que la política de agua tenga un rango superior y con coordinación de políticas sectoriales.

- **Enfocarse en el Real Propósito de la Gestión de Agua**

La experiencia internacional permite observar normas como la Directiva Marco de Agua de la Unión Europea, una de las mejores normas en la materia. Esta normativa pone en el centro de la discusión la conservación del buen estado ecológico de las masas de agua, no reduce la gestión hídrica a cuadrar la demanda y disponibilidad del agua. Así, realmente se gestionan las actividades que se realizan en los territorios que impactan los ecosistemas de agua, que es el real propósito de la gestión del agua. El desarrollo social tiene que estar en el centro de la gestión del agua.

- **Agencia Nacional del Agua**

El concepto de “Agencia de Aguas” proviene de un diagnóstico del Banco Mundial sobre la situación hídrica del país, entendiéndolo como un estándar que es superior por su autonomía. Se concibe como un órgano autónomo, supra ministerial y de gestión descentralizada.

La propuesta de Agencia considera un directorio rotatorio compuesto por 5 personas. Asimismo, tiene un Comité Nacional de Gestión de Recursos Hídricos para la deliberación y toma de decisiones sobre políticas y planes a nivel nacional, con composición representativa desde los territorios, así como una bajada hacia las cuencas donde existen dos órganos:

- i. Una autoridad de cuencas, que dota al organismo de cuenca de información, insumos y apoyo técnico.
- ii. Un comité de cuenca, que se compone de todos los distintos sectores, usuarios y comunidades de la cuenca, con o sin derechos de aprovechamiento de agua.

En definitiva, la entidad nacional facilita el trabajo y la gestión descentralizada de las intervenciones sobre los recursos hídricos, además de la participación territorial en la toma de decisiones.

4) Dicotomía entre Desarrollo Económico-Social y Cuidado del Medioambiente.

Es más propio hablar de sistemas socio ecológicos que de sistemas sociales, por un lado, y naturales o ecosistemas por otro. Ambos son sistemas complejos y adaptativos que están permanentemente interactuando. Para proteger una de las partes, no se puede dejar de pensar en la otra. Los países que más han avanzado en la materia son los que no disocian la protección medioambiental del desarrollo económico y social, sino que adoptan una visión articulada e integrada sobre ambas realidades, siendo ambas necesarias y complementarias. En efecto, la protección del medio es un imperativo para garantizar derechos sociales y, al mismo tiempo, la sostenibilidad de las actividades económicas.

La economía chilena nos muestra que el 83% del valor de las exportaciones proviene de productos que son intensivos en el uso de agua y que dependen del otorgamiento de derechos de uso y aprovechamiento, por lo que esta interacción es sumamente importante.