

La prioridad entre los usos del agua: resultados del debate de la Iniciativa Agua y Medioambiente a partir de las propuestas de modificación del Código de Aguas introducidas en septiembre del 2014

*Desarrollado por Sebastián Vicuña (Centro de Cambio Global UC)
Editado por la Secretaría Técnica en base al debate de los miembros de la Mesa¹*

El foco del análisis del presente documento es el esfuerzo por avanzar en profundizar más nuestras proposiciones relativas al tema de la “prioridad entre los usos del agua”. Sin embargo, también se aborda el tema de la “figura legal del sistema de aprovechamiento de agua” ya que cambios en este sentido afectan también la primera temática.

Consecuentemente, en el documento se presenta una breve descripción de la situación actual del Código de Aguas y de la propuesta de modificación introducida en septiembre del 2014 por el Ejecutivo.² Se considera también como antecedente, la visión de la Iniciativa Agua y Medioambiente respecto de dichas materias.

Finalmente, el texto resume los resultados del debate efectuado en el Consejo Consultivo de la Iniciativa con posterioridad a la presentación de la indicación sustitutiva ya aludida.

I. Antecedentes y nota metodológica

Durante el último trimestre del año 2014, el Consejo de la Iniciativa estimó necesario que con relación a las áreas temáticas que conforman nuestras propuestas, avanzar en profundizar los consensos y delimitar de mejor manera los disensos para ver ¿cuánto más podemos avanzar? y ¿cuánto más podemos contribuir a influenciar en los tomadores de decisiones? Por lo que se decidió partir con el tema de “las prioridades de uso”.

Para ese efecto, y liderados por Sebastián Vicuña, del Centro de Cambio Global de la PUC, se estableció un “itinerario de dos etapas”: La primera, a través de entrevistas semi-estructuradas con seis integrantes del Consejo Consultivo de la Iniciativa: Flavia Liberona de Fundación Terram, Carlos Urenda del Consejo Minero, René Muga de la Asociación de Empresas Generadoras Eléctricas, Guillermo Espinoza del Centro de Estudios para el Desarrollo, Carlos Araya de la

¹ Dejamos constancia del agradecimiento por su trabajo y dedicación a Sebastián Vicuña (Centro del Cambio Global UC) quien lideró este proceso. Con todo, la responsabilidad de la versión final y edición, así como de sus errores u omisiones, recae en los integrantes de la Secretaría Técnica.

² Indicación sustitutiva (459-362/ 8 septiembre 2014) a la Moción Parlamentaria que reforma el Código de Aguas (Boletín N° 7.543-12).

Comunidad de Aguas Subterráneas de Copiapó, y Guillermo Pickering de la Asociación Nacional de Empresas de Servicios Sanitarios³.

En una segunda etapa, se expusieron en una sesión especial de trabajo de todos los integrantes, los resultados de estas entrevistas en torno a tres puntos centrales, que también fueron la base de la exposición en la sesión de debate de la mesa ampliada:

- Respecto a la necesidad de que exista prioridad de uso para distintos usos
- Respecto a la etapa (relacionada con los instrumentos de asignación y uso de recursos) en que debe aplicarse la prioridad (en caso de que se crea necesario)
- Respecto a los elementos de diseño que deben ser considerado en el proceso de priorización (en caso nuevamente que esto fuese necesario)

Con el propósito de situar adecuadamente el contexto del “debate”, a continuación se presenta una breve descripción de la situación actual del Código de Aguas y de la propuesta de modificación introducida en septiembre del 2014 por el Ejecutivo, así como la visión de la Iniciativa Agua y Medioambiente respecto de dichas materias.⁴

Breve descripción de la situación actual (Código de Aguas de 1981 y reforma de 2005)

Figura legal del sistema de aprovechamiento de agua. En la actualidad el CA con sus modificaciones del 2005 (CA81-2005) considera un sistema de aprovechamiento en base a un derecho entregado a perpetuidad y de manera gratuita que se puede usar, gozar y disponer (esto último implica la posibilidad de transacción y separación de la tenencia de tierra) expresado en unidad de caudal, con algunas limitaciones en su ejercicio.

Priorización entre distintos usos del agua. En la actualidad el CA81-2005 no considera distinción entre tipo de usos salvo las siguientes circunstancias:

- *Caudal ecológico y caudal ambiental:* con el objetivo de proteger ecosistemas acuáticos y en el marco de la reforma del 2005 se exige la mantención de un caudal de agua (caudal ecológico) en el río que no puede ser asignado como derecho de aprovechamiento. Esto aplica solo a los derechos solicitados con posterioridad a la creación del reglamento que regula la interpretación del caudal ecológico. El derecho de agua asignado puede posteriormente ser limitado en su ejercicio en el marco de la evaluación del caudal ambiental que se realiza en el marco de los proyectos que ingresan al SEIA.
- *Limitación del ejercicio de derechos en sequías:* En situaciones de extrema sequía la DGA puede controlar una cuenca o sección de cuenca redistribuyendo las aguas y limitando el ejercicio de los derechos. Pese a que en el CA81 no se especifica el objetivo en el cual se puede incurrir en este acto, la práctica indica que en gran medida se realiza para

³ Pese a ciertas limitaciones, como la ausencia de representante del mundo agrícola de manera más directa (y no a través de organizaciones de usuarios), se considera el grupo de entrevistado como una muestra representativa de las realidades respecto al uso de agua en el país y, por cierto, de la multiplicidad de actores presentes en esta Iniciativa.

⁴ Por ejemplo en el “pronunciamiento” “**El Código de aguas: Propuestas de modificaciones con miras a la gestión integrada de los recursos hídricos**”, en “La premura de los desafíos actuales y las oportunidades para la sustentabilidad: Pronunciamientos 2013” , disponible en: <http://www.aguaymedioambiente.cl/images/pronunciamiento.pdf>; o en el texto del Seminario: “Crisis del agua: diagnóstico y propuestas a partir de los consensos de la Iniciativa Agua y Medio Ambiente”, (http://www.aguaymedioambiente.cl/images/Documentos/AGUA_Y_MEDIOAMBIENTE_2014_WEB.pdf)

salvaguardar el consumo humano (subsistencia). El CA81 obliga a una compensación en esta situación por los perjuicios ocasionados.

- *Limitación del ejercicio de derechos de aguas subterráneas.* En el caso de que un usuario de aguas subterráneas se sienta afectado por el ejercicio de otro usuario del mismo acuífero se puede exigir (mediante DGA) un prorrateo de derechos en el acuífero.
- *Reserva de caudales.* El Estado en virtud de las modificaciones del CA81-2005 puede reservar caudales de ríos aún no adjudicados en base a dos objetivos: consumo humano e interés nacional.

Principales cambios propuestos en la Indicación Sustitutiva (459-362/8 Sept 2014)

Figura legal del sistema de aprovechamiento de agua. Se propone que, a los nuevos derechos asignados, el sistema de derechos se convierta en uno de concesiones a un plazo máximo de 30 años (prorrogable) con cláusulas de caducidad en caso de no uso. Además, no se considera la figura de la disposición sobre estas concesiones. La concesión se expresa en l/s tomando en cuenta variaciones temporales.

Como se ha dicho, el cambio propuesto solo aplica a nuevos derechos asignados con posterioridad a la promulgación de las modificaciones propuestas. Tanto en el caso de las nuevas concesiones como a los antiguos derechos, se aplican mayores limitaciones en su ejercicio de lo que existía en el CA81-2005 tal como se presenta a continuación con más detalle.

Priorización entre distintos usos del agua. La modificación propuesta hace una distinción entre tres tipos de usos (subsistencia, ecosistémicos y productivo). Existen alusiones directas en términos de priorización del rol del agua para consumo humano (subsistencia) y en menor medida (no explícita en el texto) en su rol para sostener ecosistemas. No existen prioridades ni protecciones en el caso del uso del agua como factor productivo.

- *Caudal ecológico y caudal ambiental:* Esto sigue sin modificaciones relevantes.
- *Limitación del ejercicio de derechos en sequías.* Se mantiene esta potestad de intervención en cuencas haciéndose explícito el objetivo de protección del consumo humano y redimiéndose de la obligación a una compensación por perjuicios.
- *Limitación del ejercicio de derechos de aguas subterráneas.* En la modificación es la misma DGA la que puede exigir un prorrateo de derechos de aguas subterráneas si es que lo estima necesario en virtud de un notorio deterioro de un acuífero.
- *Reserva de caudales.* Se mantiene y fortalece esta figura.
- *Beneficios especiales para APR.* Se consideran una serie de beneficios especiales para la constitución de derechos/concesiones por parte de los Comités de APR.

Las propuestas de la Iniciativa Agua y Medioambiente

Figura legal del sistema de aprovechamiento de agua. No existen medidas que apunten a cambios en este sentido.

Priorización entre distintos usos del agua. Se ha propuesto que exista una priorización de usos, tanto para el consumo humano, como para la necesaria protección de los ecosistemas que asegure el uso futuro del agua, y que esta priorización ocurra cuidando que se establezcan resguardos suficientes que permitan generar señales claras acerca del nivel de escasez del recurso, y no conduzcan a usos ineficientes a partir de esas “protecciones”, que pueden dar origen a la apropiación de rentas de naturaleza económica en beneficio de alguno de los actores.

II. Debate y resultados

A continuación se presentan los resultados del debate generados, según la metodología de trabajo descrita anteriormente, en la sesión del 20 de noviembre de 2014, complementado con lo conversado el 1 y 16 de abril de 2015, respectivamente.

Respecto a la necesidad de que exista prioridad para distintos usos

En relación a la necesidad que se establezca prioridad de uso para el consumo humano y para los ecosistemas, tanto los entrevistados como los participantes de la Sesión ampliada, en línea con los planteamientos históricos de la “Mesa” concuerdan que es necesario.

En particular, en el debate del Consejo se recordó, como condición de principio, la necesidad de compatibilizar el marco institucional con el derecho humano al agua.⁵

En dicho contexto, sin embargo, surgen matices en algunos aspectos del contenido de la indicación del Ejecutivo, que se detallan a continuación.

Una primera precisión está referida a los niveles en los que se define la priorización, en particular en dos sentidos, de una parte, cuando se avanza **más allá de la subsistencia**, como es el caso de la **función ecosistémica** y en segundo lugar, en el contenido del **rol de subsistencia**.

En el primer aspecto, existen diferencias entre quienes estiman que la función ecosistémica debe ocupar también una primera prioridad, respondiendo a nuestra responsabilidad con las futuras generaciones; y otros, quienes sin perjuicio de su acuerdo en establecer la prioridad del consumo humano, en relación a la función ecosistémica, les preocupa que no esté bien definido su contenido, señalando, en algunos casos, no estar de acuerdo con que ésta se priorice sobre la función productiva.

⁵ La Iniciativa ha entendido que el reconocimiento del Derecho Humano al Agua impone la obligación al Estado de satisfacer las necesidades hídricas de las personas en cuanto a su suficiencia, seguridad, aceptabilidad, accesibilidad física, y asequibilidad. Desde ese punto de vista entonces, más que efectos desde la perspectiva de las normas, sus alcances dicen relación con las responsabilidades en la provisión del servicio, entre el Estado y los prestadores privados, cuando ellos existen, con los temas “distributivos” en el acceso al recurso entre distintos segmentos de la población, con la capacidad de la institucionalidad para velar por la calidad y oportunidad en la provisión de esos servicios, garantizando la no discriminación, el derecho a consulta ciudadana en la definición de estándares y niveles de servicio, todo ello en un marco de sustentabilidad. (Carta a la Comisión de Recursos Hídricos de la Cámara de Diputados, septiembre 2013)

En esta materia cabe preguntarse *¿cómo avanzar en una definición del contenido de lo que se entiende por prioridad ecosistémica, que permita reducir o acotar el disenso?, y la priorización, ¿debe considerarse para las situaciones de escasez, o también frente a los desafíos del cambio climático y de adaptabilidad?*

El sentido de la prioridad ecosistémica, ya que la de subsistencia no admite dudas al interior de esta Mesa, dice relación con permitir, que conforme a las características específicas de cada cuenca, exista espacio para la negociación y la articulación de intereses, cuyos límites estén dados, entre otras consideraciones, en garantizar la preservación y/o reproducción de los ecosistemas acuáticos.

En segundo lugar, respecto del **alcance y contenidos del “rol de subsistencia”**, también existen matices en el alcance de su definición, y mientras para algunos este concepto debe exclusivamente hacer referencia a temas de agua potable para consumo humano y sanidad, para otros también se pueden incorporar una dimensión asociada a temas de producción agrícola para subsistencia.

¿La función de “subsistencia”, exclusivamente hace referencia al consumo humano o incorpora producción agrícola para subsistencia?

La respuesta estima que la alternativa no es binaria, sino que es una armonización, siempre teniendo en consideración las características específicas de la cuenca. El punto así entonces es, *¿cómo establecer los criterios que se deben considerar en cada cuenca para establecer una función de subsistencia que incluya aquellos usos más allá del consumo de agua potable?.* Al interior de la mesa hay acuerdo que aquellos usos asociados a comunidades vulnerables/pobres, corresponden al concepto de subsistencia, entre las que se pueden señalar el uso para bebida animal, la producción agrícola de auto consumo, entre otras.

Si bien se plantea que podría establecerse un cierto “nivel” de consumo de agua asociado a este concepto de subsistencia, se recoge el principio de heterogeneidad propia de nuestro territorio que no permite definir un único valor de consumo de agua, sino más bien, vincular un consumo de agua aquellos usos que no pueden estar privados del acceso agua esta.

Una segunda área de precisiones se relaciona con aspectos institucionales de la indicación propuesta por el ejecutivo.

Así, y sin perjuicio de su acuerdo con la necesidad de priorizar el consumo humano, algunos participantes observaron la necesidad de considerar en la evaluación de las herramientas institucionales a utilizar, la ponderación de cuánto pueden contribuir a resolver los problemas identificados el uso de los instrumentos que se disponen en el actual marco institucional, para así concentrarse en perfeccionar solo aquellos que resultan ser insuficientes.

También en el ámbito institucional, mientras algunos participantes del debate interpretan que la indicación introducida por el ejecutivo significa afectar los derechos ya constituidos, particularmente la facultad de disposición, otros, opinan que el derecho de propiedad de los derechos de aprovechamiento de aguas ya constituidos se mantiene incólume, pero que puede haber efectos en el ejercicio del derecho.

Respecto a la etapa en que debe aplicarse la prioridad

Cabe hacer presente que en el debate en el Consejo Consultivo se relevó la importancia que, en el proceso de decisión y al momento de ponderar las circunstancias, se debe tener en cuenta las diferencias tanto climáticas como geográficas que existen a lo largo de todo el país, así como las características específicas y la “vocación” de cada cuenca. En este sentido también se consideró la necesidad de la existencia de organizaciones por cuencas.

En relación al cómo debe aplicarse esta priorización surgen varias opciones:

- i) en la reasignación de derechos existentes,
- ii) en la asignación de derechos nuevos,
- iii) en la limitación de derechos existentes de usos no priorizados en momentos de escasez (sequías) y
- iv) en la limitación del ejercicio producto de un prorrateo de derechos existentes.

Al respecto el debate abordó los siguientes aspectos.

- i) En la reasignación de los derechos existentes no existe acuerdo claro de cómo debería ser; las opiniones varían desde, “sería el ideal pero se ve poco práctico” en relación a que sea el Estado quien haga esta reasignación; a expresiones como “no, porque el Estado no ha demostrado ser un buen administrador”, pasando por la discusión respecto a la “necesidad de compensación” en el caso de reasignar el uso del agua afectando el ejercicio de la propiedad actual y “dificultad para generar la información necesaria”.

También se hizo presente en el debate que la priorización no solo afecta situaciones de escasez, también cabe considerarla frente a los desafíos del cambio climático y de adaptabilidad - que también han sido considerados por esta Mesa como una prioridad. Por ejemplo, a medida que los efectos del cambio climático se manifiesten con mayor extensión e intensidad para la producción de alimentos, se requerirá el uso del riego en áreas o zonas que hasta la fecha, por sus condiciones climáticas, no lo han requerido, con la consiguiente dificultad que no existen derechos consuntivos disponibles.

- ii) En la asignación de derechos nuevos, en general existe consenso asociado a la idea de “reserva”, aun así, persisten las dudas respecto a la manera en que se define la necesidad de la reserva y como esto puede afectar los incentivos de las empresas sanitarias por ejemplo de participar en el mercado de Derechos de Agua. O sea, el espíritu de la idea se valora, pero existen aprensiones acerca de su implementación, de tal forma que se garantice la no discrecionalidad.

En la asignación de derechos nuevos, en general existe consenso asociado a la idea de “reserva”, *¿en el entendido que la necesidad de la reserva se asocie a necesidades de consumo humano y subsistencia?*

La idea de **reserva** puede ser considerada tanto para el consumo humano, actividades productivas de subsistencia como también con el objetivo de preservación de ecosistemas. Sin embargo, y como se señaló anteriormente, la diversidad de nuestro territorio obliga a definir un potencial caudal de reserva teniendo en cuenta una planificación del territorio acorde a la “vocación de la cuenca”. En este sentido, el enfoque de reserva va más allá de

la mirada limitada al caudal ecológico sino más bien se comprende en un contexto de Gestión Integrada de Recursos Hídricos propio de cada cuenca.

Un aspecto no resuelto al respecto de caudales de reserva es si esta corresponde a una asignación de derechos para este fin o no, si solo corresponde al Estado definir un caudal de no uso.

- iii) En la **limitación** de derechos existentes de **usos no priorizados** en momentos de escasez (sequías) existe consenso, pero al igual que en el punto anterior, subsisten dudas tanto respecto a la manera en la que se gatilla la declaración de sequía, como respecto del mecanismo o procedimiento por el que se fijan los niveles frente a los cuales existe priorización. Es distinto una priorización de un uso a todo evento, a un nivel mínimo de uso que debe ser priorizado.

Además se cree que en el proceso de limitación del ejercicio de derechos puede reconocerse las distintas disposiciones a pagar por distintos niveles de restricción en la entrega de agua. De esta manera se puede generar una situación óptima desde una perspectiva económica.

- iv) En la **limitación del ejercicio** producto de un **prorratio** de derechos existente (ej. derechos de aguas subterráneas) existe consenso en que debe aplicarse. Se cree también que esto debe hacerse en conjunto con las Organizaciones de Usuarios de Aguas, por lo que se requiere que estas sean correctas contrapartes.

Existe consenso en la necesidad de la limitación del ejercicio producto de un prorratio de derechos existente (ej. derechos de aguas subterráneas) frente a situaciones de escasez, pero, emerge la interrogante: *¿es necesaria la existencia de mecanismos de compensación?*

Si se trata de **actividades productivas**, y por ende es resultado de una decisión de autoridad o un acuerdo de GIRH, **debe haber compensación**, mientras que si el prorratio tiene un objeto de garantizar el **consumo humano**, **no** debería considerarse una compensación. Respecto de este punto se señala que es fundamental que la ejecución de una decisión como esta deba cuidar una apropiada **señal de escasez** de manera que la priorización no motive un uso poco eficiente del agua o que esto genere beneficios económicos para un sector productivo del territorio intervenido.

En términos globales, el debate puntualizó que si bien todas pueden ser opciones válidas, no todas serán necesarias en toda cuenca, por lo que es necesario entender la escasez y las necesidades relativas de cada cuenca. Por último, y como ya se señaló anteriormente, existe una preocupación importante por la “administración” de la prioridad.

El debate del Consejo reiteró la necesidad de trabajar por medio de la colaboración y la coordinación entre los distintos usuarios (eléctrico, agrícola y sanitario), con el fin que no sea necesario limitar a otros usos innecesariamente. En esta dirección cobra relevancia un tema priorizado por esta Iniciativa que hace referencia al necesario desarrollo de las Organizaciones de Usuarios a nivel de cuenca.

Respecto a los elementos de diseño que deben ser considerados en el proceso de priorización

Dentro del tema de priorización de usos cabe la pregunta de si, ¿es necesario distinguir entre diferentes tipos de consumos de agua para la satisfacción de necesidades de consumo humano?, y si es lo mismo un APR o una concesión de agua potable bajo las modificaciones que actualmente se discuten. En este aspecto, el debate privilegió la visión que la priorización debiese ser una, *cuantificado a nivel de necesidad básica*, pero el rol del Estado para satisfacer esa prioridad puede ser distinto en función del tipo de proveedor (ej. rol social).

En el caso de los APR, se valoró la posibilidad de constituir derechos de aprovechamiento de aguas transitorios, permitiendo a las organizaciones que por carecer de derechos regularizados no han podido constituirse, puedan hacerlo.

Como último tema, referente al diseño al aplicar algún tipo de priorización, se cree necesario emplear algún tipo de resguardo que permita generar señales claras acerca del nivel de escasez del recurso, y que a su vez, no conduzcan a usos ineficientes. Entre los tipos de resguardo se señalan la fiscalización, incentivos, información (transparencia), eficiencia/ahorro y justificación. En este contexto se señala en la Mesa la necesidad de dar más eficiencia al uso del agua y que las medidas de resguardo se realicen en un marco participativo y coordinado.

En particular, en el caso del sector sanitario, también se señaló el rol de instrumentos como el plan de desarrollo en lo referido a las inversiones, o la empresa modelo, con relación a las tarifas. Sin perjuicio de lo anterior, se señala que al “gatillarse” la priorización ante situaciones de escasez, las empresas sanitarias deben concentrarse exclusivamente en la actividad “regulada” y, por ejemplo, estén imposibilitadas de vender agua cruda a terceros.

Junio de 2015
