

Informe Clínica DESC – Escuela de Derecho UDP

El proyecto minero Pascua Lama y sus implicancias sobre el derecho al agua

Índice

1.	Introducción y objetivos.....	1
2.	Antecedentes generales del caso.....	4
3.	Consagración internacional del derecho al agua.....	8
	3.1. El derecho al agua como derecho económico, social y cultural.....	10
	3.2. El derecho al agua en Chile.....	16
4.	La triple afectación de los recursos hídricos en el caso Pascua Lama.....	21
	4.1. Aguas superficiales y subterráneas.....	22
	4.2. Glaciares.....	29
	4.3. Hipótesis de responsabilidad estatal a la luz de la obligación tripartita.....	40
5.	Implicancias y efectos concretos de la contaminación de las aguas sobre las comunidades indígenas del valle.....	46
6.	Conclusiones.....	60
7.	Bibliografía y anexos.....	62

1. Introducción y objetivos

Cada vez existe mayor conciencia a nivel mundial de la importancia del agua en todas y cada una de las culturas humanas, llegando incluso a determinar que la vida diaria de éstas se desarrolla y se configura en torno al vital elemento. Sin el agua que nos rodea nuestra existencia sería inconcebible.

No obstante lo anterior, las sociedades modernas no siempre son concientes de la importancia del agua ni de lo que significa su escasez, ni menos de la adecuada implementación del derecho al agua recogido implícitamente en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966. Esto, en la práctica, se ha traducido en la

inexistencia o precariedad de las políticas efectivas de los Estados tendientes a resguardar y regular tan elemental recurso y en una errónea percepción de lo que este derecho significa y engloba.

Casos en los que se observan fenómenos como estos abundan en todo el mundo y, lo que es más preocupante, los efectos que traen aparejados con su implementación suelen ser devastadores. Precisamente aquello es lo que se espera del proyecto minero Pascua Lama, que pretende desarrollarse en el valle del Huasco y que, como toda actividad minera, tiene contemplado hacer uso de grandes cantidades de agua con el fin de llevar a cabo sus faenas extractivas. Esto a pesar de encontrarse en un valle semidesértico como el del Huasco, dónde los recursos hídricos son escasos.

La importante apropiación de los principales cursos de agua del valle por parte de la empresa minera, asociados a los impactos ya desatados y a los que en el futuro se puedan producir, como consecuencia de la casi inevitable contaminación que generan las actividades extractivas a esta escala, incidirán también en la vida y desarrollo de quienes habitan, ya desde tiempos remotos, el valle del Huasco.

Esta incidencia sobre los habitantes del valle no se trata sólo de una afectación abstracta que de manera indeterminada recaiga sobre ellos y sus modos de vida cotidianos. También importa una afectación concreta de derechos, entre los cuales se destaca el derecho humano al agua, que no es, para nada, un derecho que sea reconocido de manera genérica o indefinida, sino que, muy por el contrario, se lo vislumbra, en diversos instrumentos internacionales y en algunas constituciones, como un derecho autónomo y cabal.

Es por lo anterior que el objetivo general del presente informe busca introducirnos en el contenido normativo del derecho al agua. Para ello nos remitiremos al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a una serie de pactos internacionales y, muy especialmente, a lo que ha determinado la Observación General N° 15, emitida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales el año 2002. Todos, por lo demás, instrumentos de rango constitucional a partir de lo dispuesto en el artículo 5

inciso segundo de nuestra Constitución Política que le otorga jerarquía constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos.

A su turno, nuestro objetivo específico consistirá en demostrar cómo la Resolución de Calificación Ambiental (RCA) emitida por la COREMA de la III Región el 15 de febrero de 2006 –en la que se califica ambientalmente viable el proyecto minero Pascua Lama- vulnera, de manera concreta, el derecho humano al agua. Para ello nos apoyaremos, fundamentalmente, en el nutrido contenido normativo que posee este derecho y que destaca, de manera precisa, la referida Observación General N° 15. De dicha demostración emanará una consecuencia de gran importancia para este informe: la responsabilidad internacional del Estado de Chile. Esto porque la vulneración del derecho al agua implica la infracción del artículo 11 del PIDESC y del artículo 26 la Convención Americana sobre Derechos Humanos (relativo a la protección de los derechos económicos, sociales y culturales), ambos instrumentos ratificados por Chile y que se encuentran plenamente vigentes.

Para ello comenzaremos haciendo una exposición breve del caso que en ésta oportunidad nos convoca (sección N° 2), en donde se resaltarán los puntos referidos a su ubicación y a las características de su ejecución. Ya entrando derechamente en el análisis del derecho al agua como derecho económico, social y cultural (sección N° 3), se hará una completa y profunda descripción de éste basándonos en una serie de pactos internacionales y, principalmente, en el artículo 11 del PIDESC y en la mencionada Observación General N° 15, puesto que éstos instrumentos –en especial esta última- son los que de manera más íntegra han recogido el derecho al agua. En las páginas finales de este apartado nos referiremos a la deficitaria recepción que nuestro ordenamiento jurídico le da al derecho al agua.

En seguida, nos propondremos demostrar que a la luz de los antecedentes aportados durante toda la tramitación del proyecto es posible identificar violaciones patentes al derecho al agua en todas y cada una de sus dimensiones (sección N° 4). En efecto, tanto las aguas superficiales como las aguas subterráneas, así como también los glaciares próximos al proyecto, ya presentan determinados grados de afectación producidos por la contaminación de las aguas, la disminución de los caudales de los principales cursos hídricos del sector y las nocivas alteraciones sobre los sensibles

glaciares. A estos impactos ya producidos hay que agregar los impactos eventuales que un proyecto minero de tales características puede generar en el valle lo que deja en una situación de extrema vulnerabilidad a la frágil red hídrica que existe en el sector, todo lo cual sitúa al Estado de Chile en una hipótesis de responsabilidad internacional, a la luz de la obligación tripartita.

Finalmente, nos referiremos a otra de las devastadoras implicancias que conlleva la realización del proyecto y que dice relación con los efectos sobre los recursos naturales de las comunidades indígenas que habitan en el sector desde tiempos inmemoriales (sección N° 5). En este apartado final nos enfocaremos en la particular relación omnicompreensiva que existe entre éstas y los recursos naturales, dentro de los cuales se encuentra, por cierto, el agua, y de cómo esta relación fue recogida por la autoridad ambiental en su resolución final.

2. Antecedentes generales del caso

El recientemente aprobado proyecto Pascua Lama¹ se ubica en la Provincia del Huasco, III Región², en la cabecera de los ríos del Estrecho y el Toro, en la zona fronteriza con Argentina, a unos 150 kilómetros en línea recta al sureste de la ciudad de Vallenar. Se asienta, específicamente, al interior del territorio comunitario de la Estancia de los Huascoaltinos, en la Estancia Chañarillo o Chollay, adquirida por la empresa Nevada S.A. para el emplazamiento de este proyecto minero. En territorio argentino el proyecto se ubica a 300 kilómetros al noroeste de la ciudad de San Juan, en el Departamento de Iglesia, Provincia de San Juan. Las localidades más próximas, en territorio chileno, son Chollay -por el río del Tránsito- y El Corral por el río San Félix, ubicadas a 35 kms y 55 kms de distancia, respectivamente.

¹ Mediante Resolución Exenta N° 024 del 15 de febrero de 2006 la COREMA de la III Región calificó ambientalmente viable el proyecto “Modificaciones Proyecto Pascua Lama”, ingresado al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental el día 6 de diciembre de 2004.

² Según cifras del censo realizado en Chile el año 2002 la Región de Atacama, en una superficie de 75.176 Km², tiene una población de 254.336 habitantes. A su vez, una de las tres provincias que la componen, la Provincia del Huasco (la cual agrupa a las comunas de Vallenar, Huasco, Freirina y Alto del Carmen), tiene una población de 66.491 habitantes en una superficie de 18.199 Km². La comuna de Vallenar es la que concentra la mayor cantidad de habitantes (48.040) y la comuna de Alto del Carmen es la de menor concentración (4.840 habitantes). Finalmente, 53.664 habitantes de la provincia viven en zonas urbanas y 12.827 en zonas rurales.

De esta forma, el proyecto tiene un carácter binacional, al considerar obras y operaciones tanto en territorio chileno como argentino. El área de operaciones está establecida conforme a los Protocolos Adicionales 20 y 23 del 16° Acuerdo de Complementación Económica, elaborado entre Chile y Argentina dentro del marco del Tratado de Montevideo de 1980.

El proyecto es ejecutado por la Compañía Minera Nevada Ltda. (CMN), filial indirecta de Barrick Gold Corporation, cuya casa matriz se encuentra en la ciudad de Toronto, Canadá. Este considera la explotación de yacimientos de minerales de oro, plata y cobre, y su beneficio para producir metal doré (oro-plata).

Las reservas mineras a explotar ascienden a 328 millones de toneladas, conteniendo 17,4 millones de onzas de oro, 656 millones de onzas de plata, y 250.000 toneladas de cobre.³ La producción de oro se proyecta en un rango de 675.000 a 700.000 onzas/año, alcanzando hasta 775.000 onzas/año durante los primeros diez años. A su vez, la producción de plata se proyecta en un rango de 24 a 25 millones de onzas/año, alcanzando 30 millones de onzas/año durante los primeros diez años. Por último, la producción de cobre se proyecta en un promedio de 4.800 toneladas/año.⁴

En territorio chileno se desarrollará gran parte del rajo abierto y se construirá un botadero de estériles, un chancador primario, un complejo de mantención de equipos de mina y polvorín para el almacenamiento de explosivos. Estas obras se ubicarán en la cabecera del río del Estrecho, tributario del río Chollay, sobre los 4.400 metros sobre el nivel del mar. En territorio argentino se desarrollará una porción menor del rajo y se construirá un botadero de estériles, las instalaciones de la planta de procesos, un tranque de relaves, los campamentos de construcción (para 4.000 personas) y operación (para 1.000 personas), además de un aeródromo privado.⁵ El mineral será extraído de la mina a razón de 15 millones de toneladas por año y enviado a un chancador primario ubicado en territorio chileno, para reducir su tamaño. Luego será transportado por medio de una correa hasta las instalaciones del proceso que se ubicarán en territorio argentino, traspasando la frontera a través de un túnel de 2.7 kilómetros de longitud.

³ Las leyes de metal del plan minero son las siguientes: oro: 1,65 gramos/tonelada; plata: 62,1 gramos/tonelada; y cobre: 0,08%.

⁴ Ver Resolución Exenta N° 024 del 15 de febrero de 2006 la COREMA de la III Región, pp. 95 y 96.

⁵ Ver sitio www.olca.cl.

En la planta de procesos el mineral se someterá a operaciones de chancado secundario, molienda y lavado. El mineral denominado refractario será procesado mediante flotación convencional para obtener concentrados de cobre. El denominado no-refractario, así como los relaves de la flotación, serán procesados mediante lixiviación con cianuro de sodio, precipitación con zinc y refinación para obtener metal doré.⁶

El proyecto Pascua Lama fue sometido al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) establecido en la Ley 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente, en agosto del año 2000. Ese Estudio fue calificado de manera favorable mediante la Resolución Exenta N° 039 de la COREMA de la III Región, con fecha 25 de abril de 2001 y modificada por la Resolución Exenta N° 059 el 03 de julio de 2001.

Sin embargo, a contar del año 2001 la empresa ha continuado estudiando la geología y mineralización del área, identificando mayores reservas, lo que ha determinado un replanteamiento del plan minero. A raíz de ello, se han incorporado modificaciones al diseño del proyecto orientadas, básicamente, a la explotación de un nuevo yacimiento denominado Penélope, ubicado unos 2,5 km al sureste del yacimiento principal, en territorio argentino (con lo que se aumenta la superficie del rajo a 23 hectáreas); al aumento del ritmo de extracción de mineral de 37.000 toneladas por día a 48.800 toneladas por día; al aumento de la tasa de procesamiento a partir del cuarto año, de 33.000 toneladas por día a 44.000 toneladas por día; a la modificación del punto de captación de agua en el río del Estrecho; a la reubicación del sistema de drenaje del depósito de estériles; al establecimiento de un relleno sanitario en Chile para toda la vida útil del proyecto; y a la ampliación del campamento ubicado en Chile. Se mantiene sin modificación el caudal de captación de agua, el flujo vehicular desde Chile y la cantidad y calidad de drenaje a ser manejado y tratado.⁷

La inversión se estima entre 1.400 y 1.500 millones de dólares. El requerimiento total de mano de obra incluyendo ambos países alcanzará un máximo estimado de 6.000 personas en la etapa de construcción, y será de 1.660 personas en la etapa de operación.

⁶ Ibidem.

⁷ Ver extracto de la publicación en el Diario Oficial, del 17/12/04, que somete a evaluación el proyecto “Modificaciones Proyecto Pascua Lama”, disponible en el sitio web http://www.e-seia.cl/seia-web/ficha/fichaPrincipal.php?id_expediente=1048260.

El campamento en Chile tendrá capacidad para 750 personas en la etapa de construcción y 500 a 600 personas en la etapa de operación. No esta además agregar que otro de los motivos por los que no entró en operación el proyecto apunta al hecho de que la cotización del oro a nivel mundial en aquel período (año 2001) era muy baja y que sólo en los últimos años ha evidenciado constantes alzas.

Según el Estudio de Impacto Ambiental (EIA), las modificaciones del proyecto no implican cambios de consideración respecto de los impactos ambientales contemplados en el proyecto originalmente aprobado. Sin embargo, el estudio menciona medidas de mitigación relacionadas con el recurso hídrico, las que básicamente consisten en la reducción de la captación de agua fresca en el río del Estrecho de 42 a 31 litros por segundo durante el período de estiaje de un año muy seco para contribuir a mantener un caudal ecológico en el río del Estrecho, y operar las captaciones de agua de acuerdo a lo que establezcan los estatutos de la Junta de Vigilancia del Río Huasco y sus Afluentes, para no afectar a los demás usuarios.

Este conjunto de modificaciones que han surgido en el lado chileno, como resultado de la ampliación del plan minero, fueron sometidas a un nuevo Estudio de Impacto Ambiental, el 6 de diciembre de 2004, mediante la presentación –por parte de la Compañía minera Nevada Ltda.- del proyecto denominado “Modificaciones Proyecto Pascua Lama”, el que fue, como ya se advirtió, recientemente aprobado por la autoridad ambiental chilena a través de la Resolución de Calificación Ambiental (RCA), emitida por la COREMA de la III Región el 15 de febrero de 2006, validándose así, casi la totalidad de los planteamientos propuestos inicialmente por la compañía minera.⁸

⁸ En la actualidad se encuentran en tramitación un gran número de recursos ante distintas instancias, entre ellos se destaca un juicio pendiente del año 2001 en el juzgado de Vallenar por usurpación de tierras, a través del cual la Comunidad Agrícola de los Huascoaltinos solicita la nulidad de la compraventa en virtud de la cual la Compañía Minera Nevada Ltda. adquirió el dominio, argumentando que se trata de terrenos de derechos pro-indiviso que debieron haberse sometido al régimen legal establecido por el D.F.L. N° 5 para su enajenación, el cual exige la aprobación de la asamblea para la venta de derechos sobre el campo común. También se destaca una solicitud a la Dirección General de Aguas (DGA), el 23 de septiembre de 2005, presentada por la Clínica de Interés Público de la Universidad Diego Portales, en representación de la Comunidad Huascoaltina, mediante la cual se busca que la DGA de inicio a un procedimiento administrativo con el objeto de fiscalizar lo obrado por la Junta de Vigilancia, para así decretar la nulidad del Protocolo de Acuerdo celebrado entre ésta y la Compañía Minera Nevada Ltda., puesto que la empresa no se encuentra facultada para disponer de los derechos de propiedad de otros usuarios. Con fecha 13 de abril de 2006 el Director General de Aguas emitió el Oficio Ordinario N°327 por el cual responde la solicitud, indicando que no puede invalidar el Protocolo por tratarse de documento privado, suscrito entre particulares, y por lo tanto, no puede iniciar procedimiento administrativo con

Esta resolución generó gran expectación entre los grupos ambientalistas nacionales y la opinión pública en general ya que, luego de vigorosas, efectivas e inusuales movilizaciones ciudadanas que denunciaban la aberración ecológica que representaba trasladar los glaciares Toro I, Toro II y Esperanza se consiguió que un caso que habitualmente pasaba desapercibido ante los ojos de la ciudadanía adquiriera gran relevancia pública traspasándoles así una responsabilidad extra a las autoridades ambientales en el sentido de que su resolución quedaba sometida al escrutinio público. Sin embargo, en una determinación ambigua, la COREMA decide aprobar el proyecto siempre y cuando los glaciares no sean intervenidos, lo que constituye, desde nuestro punto de vista, una determinación poco afortunada por cuanto no resuelve el asunto que verdaderamente está tras este caso: la necesaria sujeción del progreso y el desarrollo a la idea o concepto de sustentabilidad.

3. Consagración internacional del derecho al agua

A nivel internacional existen importantes tratados que consagran el derecho al agua y que progresivamente han ido ampliando el espectro de protección de este derecho. Así, a partir de la década de 1970, en un primer intento de la comunidad internacional para determinar lo que es realmente este derecho, se estableció que “el agua es un recurso natural, y que por ello debe preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras mediante una cuidadosa planificación u ordenación”.⁹ También se aseguró que “este recurso, entre otros no renovables, debe emplearse de forma que se evite el peligro de su futuro agotamiento y se asegure que toda la humanidad comparte los beneficios de tal empleo”.¹⁰ Luego, se acordó que los pueblos tienen derecho al acceso al agua potable y se enfrentó el problema de la escasez y la ineficiente utilización del agua.¹¹

dicho objeto. Sin embargo, sostiene que el Protocolo debió aprobarse por la Asamblea General de la Junta de Vigilancia, cuestión que no se acredita ante la DGA.

⁹ Conferencia de las Naciones Unidas Sobre el Medio Humano, Estocolmo 1972, Principio N° 2.

¹⁰ Ibidem., Principio N° 5.

¹¹ Plan de Acción de Mar del Plata, a propósito de la Conferencia de las Naciones Unidas Sobre el Agua de 1977.

Así, sucesiva y gradualmente, se fueron acordando por la comunidad internacional una serie de documentos que dan cuenta del esfuerzo no sólo por dar una mayor protección, sino también por ampliar los elementos que conforman el derecho al agua. Entre estos documentos, es posible destacar la Declaración de Dublín que, entre otras cosas, destacó que el agua es esencial para la vida y por ello, la gestión eficaz de esta importa una relación entre el adecuado uso del suelo y del aprovechamiento de las aguas a lo largo de toda la cuenca hidrológica o acuífero; la Agenda 21 (creada a propósito de la Declaración de Río Sobre Desarrollo Sostenible y Medio Ambiente de 1992), que trata, principalmente, aspectos sociales y económicos, de conservación y gestión de los recursos para el desarrollo, entre otros aspectos; la Conferencia Mundial Sobre los Derechos Humanos, realizada en Viena el año 1993, en donde se estableció el derecho al agua como un derecho humano; los cuatro Foros Mundiales Sobre el Agua, en los que se trató el tema refiriéndose sólo a la calidad y cantidad del recurso; la Conferencia Internacional Sobre el Agua Dulce (Dublín/Bonn, 2001), en la que se acordó que la seguridad del abastecimiento de agua es un aspecto clave en la reducción de la pobreza; y la Cumbre Mundial Sobre Desarrollo Sostenible, realizada en Johannesburgo en 2002, en la que se acordó reducir a la mitad, antes del año 2015 el porcentaje de personas que no tiene acceso a servicios básicos de saneamiento, para lo cual se deben adoptar medidas como el integrar el saneamiento en las estrategias de ordenación de los recursos hídricos.

También cabe hacer mención a lo señalado por la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos en su artículo 26¹², en cuanto se trata de una norma vinculante para los Estados, que los compromete a adoptar las medidas necesarias, dentro de lo que sus respectivos recursos se lo permitan, para lograr una efectiva y progresiva protección de los derechos económicos, sociales y culturales contenidos en la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA). Esto, necesariamente implica que el Estado de Chile, como parte de dicha Organización se encuentra obligado

¹² Establece el artículo 26 de la Convención Americana o Pacto de San José de Costa Rica que “Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.” Dicho Pacto fue ratificado por el Estado de Chile el 14 de agosto de 1990.

a tomar las providencias antes mencionadas para no incurrir en responsabilidad internacional.

No está demás agregar, a este respecto, que son varias las constituciones que en los más diversos lugares del mundo consagran el derecho al agua –ya sea de manera explícita o implícitamente- imponiendo obligaciones al Estado en el sentido de asegurar la disponibilidad, calidad y accesibilidad o asequibilidad de tan preciado recurso.¹³ Estas consagraciones tienen la particularidad de ser consagraciones distintas a aquellas que incorporan el derecho a un medio ambiente saludable o libre de contaminación puesto que son consideradas como reconocimientos específicos del derecho al agua.

Además de lo anterior, podemos decir que dicho esfuerzo de la comunidad internacional queda plasmado, fundamentalmente, en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en la Observación General N° 15 del Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos instrumentos que pasamos a examinar a continuación.

3.1. El derecho al agua como derecho económico, social y cultural

Desde hace bastante tiempo Naciones Unidas ha venido consagrando el derecho al agua como un derecho fundamental. Esta tendencia se ve materializada, fundamentalmente, en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de 1966, que entró en vigor el año 1975 –y que fue ratificado por el Estado de Chile el 10 de febrero de 1972-, aunque, de manera más específica, a través de un análisis detallado del derecho al agua en la Observación General N° 15¹⁴ del Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales –creado por el Pacto-, en donde se consagra al derecho al agua como un derecho humano afirmando 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

¹³ Dentro de estas Constituciones se destacan la de Ecuador, la de Sudáfrica, la de Colombia, la de México, la de Portugal, entre otras.

¹⁴ Las Observaciones Generales son interpretaciones oficiales de un derecho específico enumerado en un instrumento internacional como un Convenio, una Convención o un Tratado. Las Observaciones Generales son elaboradas por comités de supervisión de las Naciones Unidas, compuestos por expertos independientes que tienen por finalidad supervisar la puesta en práctica de los Convenios, Convenciones, o Tratados. De este modo, las Observaciones o Comentarios Generales son las interpretaciones autorizadas de estos instrumentos internacionales.

realización de otros derechos humanos”.¹⁵ En ese sentido, la Observación General N° 15 es el más importante instrumento en lo que a derecho al agua respecta, es, a fin de cuenta, una respuesta a una cada vez mayor inquietud por la preservación del agua.

Ahora bien, aún cuando el derecho al agua como tal no se encuentra expresamente consagrado en el PIDESC sí es posible deducirlo del párrafo 1 del artículo 11¹⁶ –según así lo propone el Comité de Derechos Económicos, Sociales y culturales en el párrafo 3 de su Observación General N° 15-, en el cual “se enumeran una serie de derechos que emanan, a su vez, del derecho a un nivel de vida adecuado, “incluso la alimentación, el vestido y la vivienda adecuados”, y que son indispensables para su realización. El uso de la palabra “incluso”, indica que esta enumeración de derechos no pretendía ser exhaustiva (*y, por tanto, es inclusiva del derecho al agua*). 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”.¹⁷

De este modo, la Observación General N° 15, en su segundo párrafo, reconoce como el fundamento jurídico del derecho humano al agua “el derecho de todas las personas a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y domestico. 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 necesidades de consumo y cocina y las necesidades de higiene personal y domestica”.^{18 19}

¹⁵ Observación General N° 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 29º período de sesiones, 2002, párrafo 1.

¹⁶ El párrafo 1 del artículo 11 del PIDESC dispone que “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.”

¹⁷ Ver YÁÑEZ Nancy, *Fundamentos jurídicos para el reconocimiento de derechos indígenas al agua: Análisis normativo, jurisprudencial y de casos en el contexto chileno*. CEPAL, UN, Santiago de Chile, agosto de 2005, p 7.

¹⁸ Observación General N° 15, párrafo 2.

¹⁹ Igualmente, el derecho al agua, además de considerársele como parte del derecho a un nivel de vida adecuado, se estima que es parte también del derecho a la alimentación y vivienda adecuadas y del derecho al más alto nivel de salud, según dispuesto en los artículos 11 y 12 del PIDESC y en las Observaciones Generales N° 12 y N° 14 del Comité.

En otro ámbito, el derecho humano al agua constituye como tal una condición indispensable para lo que el mismo artículo define como el “derecho a un nivel de vida adecuado”. Al situar en este punto el derecho al agua, los Estados firmantes, le otorgan el carácter de prerrequisito para la realización efectiva del resto de los derechos contenidos en el Pacto.

En cuanto al contenido normativo la Observación, en su párrafo 10, 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”.²⁰

En el párrafo siguiente se advierte 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 del agua no debe interpretarse de forma restrictiva, simplemente en relación con cantidades volumétricas y tecnologías. 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”.²¹

Al momento de señalar un contenido mínimo o esencial²², que permita darle una forma concreta que otorgue los aspectos elementales del derecho al agua, el Comité

²⁰ Observación General Nº 15, párrafo 10.

²¹ *Ibidem.*, párrafo 11.

²² Respecto del significado de la obligación mínima o esencial el Comité ha dicho, en su Observación General Nº 3 párrafo 10, que “sobre la base de la extensa experiencia adquirida por el Comité, así como por el organismo que lo precedió durante un período de más de un decenio, al examinar los informes de los Estados Partes, el Comité es de la opinión de que corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos. Así, por ejemplo, un Estado Parte en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza, *prima facie* no está cumpliendo sus obligaciones en virtud del Pacto. Si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser. Análogamente, se ha de advertir que toda evaluación en cuanto a si un Estado ha cumplido su obligación mínima debe tener en cuenta también las limitaciones de recursos que se aplican al país de que se trata. El párrafo 1 del artículo 2 obliga a cada Estado Parte a tomar las medidas necesarias “hasta el máximo de los recursos de que disponga”. Para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas”.

reconoce que los factores que se deben aplicar en toda circunstancia para un adecuado ejercicio del derecho al agua son los siguientes:

- a) **Disponibilidad:** El abastecimiento de agua de cada persona debe ser continuo y suficiente para los usos personales y domésticos. A este respecto, es el mismo Comité el que precisa que el concepto de *continuidad* quiere decir que “la periodicidad del suministro de agua es suficiente para los usos personales y domésticos”.²³

En cuanto a estos usos personales y domésticos se entiende que comprenderán normalmente el consumo, el saneamiento, el lavado de vestimentas, la preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica.

Precisando aún más el significado de estos usos el Comité ha establecido 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 éstos; la *higiene personal y doméstica* se refiere al aseo personal y a la higiene del hogar”.²⁴

Respecto de la cantidad de agua disponible para cada persona, el Comité indica que ésta debería corresponder con las directrices fijadas por la Organización Mundial de la Salud (OMS). 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 capita. 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 capita. Y, finalmente, existirá un *acceso óptimo* cuando el promedio sea de 100 a 200 litros per cápita diarios.²⁵

²³ Cita a pie de página Observación General N° 15, p. 133.

²⁴ Ibidem.

²⁵ Fuente: Howard G, Bartram J. *Domestic water quantity, service level and health*. Geneva, World Health Organization, 2003. Gráfico contenido en WHO, *The Right to Water*, 2003, p. 13. Disponible en el sitio web http://www.who.int/water_sanitation_health/rightowater/en/.

b) Calidad: En relación con este factor el Comité ha manifestado 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 darle alcance a esta finalidad el Comité recomienda a los Estados Partes del PIDESC seguir las *Guías para la calidad del agua potable* elaboradas por la OMS y 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”.²⁶

Esta Observación General a su vez agrega que el agua deberá tener un color, un olor y un sabor aceptables para cada uso personal o doméstico. Esto último se relaciona con el concepto de *aceptabilidad* el cual establece que aún 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.²⁷

c) Accesibilidad: La Observación General N° 15 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. El Comité enseguida precisa que la accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas:

1. Accesibilidad física: 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. 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.

²⁶ Cita de pie de página Observación General N° 15 p. 133.

²⁷ Ver GORSBOTH, Maïke, *¿Cómo identificar y tratar las violaciones del derecho humano al agua?*, FIAN, 2005., p. 7. Disponible en http://www.fian.org/fian-es/index.php?option=com_doclight&task=details&Itemid=97&dl_docID=49.

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.²⁸

Igualmente, la Observación General indica 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. Además, la seguridad física no debe verse amenazada durante el acceso a los servicios e instalaciones de agua.

- 2. Accesibilidad económica:** Este elemento también es conocido como *asequibilidad* y en ciertas ocasiones se lo presenta como un factor o elemento autónomo del derecho al agua.

La accesibilidad económica tiene por finalidad central que el agua y los servicios e instalaciones de agua estén al alcance de todos.

Desde esta perspectiva, el acceso al agua salubre se verá restringido cuando las personas no puedan pagar los costes derivados de la obtención de agua de una fuente segura. Por consiguiente, el agua no será asequible cuando las personas no tengan dinero para pagarla, pero también cuando sólo puedan comprarla renunciando a otros bienes y servicios de primera necesidad, como el alimento y la vivienda. Asimismo, los precios altos o los aumentos elevados de los mismos dificultan a menudo a los pobres el pago de la cantidad de agua precisada. En consecuencia, para demostrar que el agua no es asequible, no debe fijarse uno únicamente en los precios, sino también en la parte que los pobres tienen que gastar de sus recursos disponibles para la obtención de agua.

- 3. No discriminación:** El agua –dice el Comité- 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 por cualquiera de los motivos prohibidos.

“La discriminación, especialmente de los grupos vulnerables o marginados, como indígenas, mujeres, niños, ancianos, enfermos, etc., es una de las

²⁸ Fuente: Howard G, Bartram J. en Op. Cit., p. 13.

principales preocupaciones de (*los*) derechos humanos. Al comprobar los aspectos mencionados, debe tenerse siempre en cuenta si hay ciertos grupos que son siempre desfavorecidos o que reciben un trato diferente a otros. Por ejemplo, las mujeres y las niñas son a menudo las responsables de recoger el agua y, por ello, a ellas les afectan más los problemas de acceso al agua”.²⁹

- 4. Acceso a la información:** La accesibilidad comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información sobre las cuestiones del agua. De esta forma, “nadie puede participar de forma eficaz en la toma de decisiones políticas o reivindicar un derecho si no se dispone de la información necesaria”.³⁰

Este aspecto tiene directa relación con la idea de *participación* en el sentido de que los ciudadanos “tienen que poder opinar cuando se tomen decisiones que atañan a su acceso al agua. Esto significa que deben participar en los procesos de toma de decisiones importantes”.³¹

3.2 El derecho al agua en Chile

En el caso de nuestro país el derecho al agua no se encuentra consagrado en los términos que han sido planteados hasta acá. En Chile sólo existe un derecho de aprovechamiento del agua que considera a éste como un bien cualquiera susceptible de ser adquirido y protegido bajo las reglas del contundente y categórico derecho de propiedad que rige en Chile, el cual, encuentra su más alta consagración en el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política y que, además, se plasma en un sinnúmero de normas de carácter legal (Código de Aguas) y reglamentario.

Este sistema se caracteriza por utilizar el mercado como mecanismo principal para la asignación del recurso hídrico, a través de los derechos de aprovechamiento y, como resulta evidente, esta lógica mercantilista o de transabilidad, que opera tras el derecho de aprovechamiento del agua, se aleja considerablemente de aquellas posturas que consideran el derecho al agua como un derecho humano fundamental.

²⁹Ver GORSBOTH, Maïke, Op. Cit., p. 8.

³⁰ Ibidem.

³¹ Ibidem.

No obstante lo anterior, y de acuerdo con la sensata interpretación del artículo 5 inciso 2° de la Constitución Política –que le otorga rango constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos-³², el tratamiento chileno del derecho al agua se amplía y enriquece mediante la incorporación del contenido normativo de este derecho identificado en la mencionada Observación General N° 15, así como también en el PIDESC.

Este artículo 5° fue reformado con el objeto de lograr un avance en el campo de los derechos políticos, económicos y sociales, ya que con anterioridad a su introducción estos presentaban un franco retroceso con respecto a los derechos civiles. Esta situación estaba dada por el no reconocimiento expreso en nuestra Constitución de los derechos que en particular reconocían los tratados internacionales, introduciéndose así un inciso 2° a dicho precepto con el fin de dar mayor certeza jurídica a las normas sobre derecho de los tratados establecidas por la Convención de Viena que Chile había ratificado.³³ Así, con este fin, se estableció dicho inciso, el cual obliga a los órganos del Estado a respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Las consecuencias jurídicas con respecto al alcance de dicho precepto permiten concluir que “el enunciado de los derechos esenciales de la persona humana que la Constitución asegura, en su artículo 19, no es taxativo, es decir, no sólo se refiere a los derechos regulados por la Constitución y por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, sino que, además, incluye todos aquellos derechos que sean necesarios para proteger la dignidad humana, teniendo, especialmente en

³² El artículo 5 inciso 2° establece que “El ejercicio de la Soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

³³ Los artículos 27, 31, 38, 53 y 54 de la Convención de Viena regulan la prohibición a los Estados de invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación de incumplimiento de un tratado; la interpretación de buena fe de los tratados, en especial, en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin; el caso que una norma de un tratado llegue a ser obligatoria para un tercer Estado como norma consuetudinaria de Derecho Internacional, reconocida como tal; el carácter imperativo de una norma de Derecho Internacional General (*ius cogens*), en cuanto esa norma no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho Internacional General; la nulidad de todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de Derecho Internacional General; y la disposición que establece que si surge una nueva norma imperativa de Derecho Internacional General, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará.

cuenta, lo dispuesto por el artículo 1 incisos 1º y 4º³⁴, el artículo 5 inciso 2º (*ambos del Capítulo de las Bases de la Institucionalidad*) y el artículo 19 N° 26³⁵ (*del Capítulo de los Derechos y Deberes Constitucionales*)”.³⁶

Por lo tanto, dado que el artículo 5 de la Constitución indica que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y que los poderes del Estado no pueden suprimir ni menoscabar los derechos humanos garantizados, se puede concluir que, “en caso de existir un conflicto o alguna contradicción entre derechos esenciales, el intérprete judicial deberá preferir el derecho humano más extenso compatible con el respeto a la dignidad”.³⁷

Retomando el análisis del régimen de aguas que impera en nuestro país, se puede indicar que como resultado de “la falta de condicionalidad de los derechos de aprovechamiento de aguas (*se ha*) derivado en distorsiones del mercado de aguas – monopolización de derechos- y (*en*) una asignación ineficiente de los recursos. Las críticas al modelo chileno, tras 25 años de aplicación de este régimen, revelan el costo social del proceso de monopolización de los derechos de aguas, los costos ambientales y la restricciones en la disponibilidad de recursos hídricos, como consecuencia de su ineficiente distribución y reasignación”.³⁸

³⁴ El artículo 1 de la Constitución Política de Chile establece que “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. (inciso 1º); “Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”. (inciso 4º).

³⁵ El artículo 19 N° 26 establece que “La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

³⁶ CUMPLIDO CERECEDA, Francisco, *La Reforma Constitucional de 1989 al Inciso 2º del Artículo 5 de la Constitución: Sentido y Alcance de la Reforma*. Doctrina y Jurisprudencia. *Ius et Praxis*, 2003, vol.9, no.1, ISSN 0718-0012. Documento disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122003000100018&script=sci_arttext&tlng=es.

³⁷ *Ibidem*. Comparten esta interpretación el Profesor Humberto Nogueira Alcalá (*Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno*. *Rev. Ius et Praxis* N° 2, Año 2; *Las Constituciones y los tratados en materia de derechos humanos* *Rev. Ius et Praxis* N° 2, Año 6). En la primera de las fuentes bibliográficas citadas el Profesor Nogueira sostiene que las características de la constitucionalización de los derechos humanos a través de los tratados internacionales es compartida, también, por los profesores Santiago Benadava, Cecilia Medina, Rodrigo Díaz Albónico, Paulino Varas, Salvador Mohor, José Luis Cea, Claudio Troncoso, Enrique Evans, entre otros.

³⁸ YAÑEZ, Nancy, *Op. Cit.*, p. 27.

Estas críticas han servido de fundamento para propiciar un proceso de reforma al Código de Aguas³⁹, el que después de 12 años de debate fue recientemente aprobado y promulgado como ley de la república.⁴⁰

“Entre los fundamentos esgrimidos por el Ejecutivo para propiciar la reforma, estuvo generar las condiciones adecuadas para un mejor aprovechamiento del recurso en el país, a través de dinamizar el mercado de las aguas, (*otorgar*) mayor disponibilidad de recursos hídricos para quienes tengan proyectos, favorecer la libre competencia y eliminar las prácticas monopólicas, la especulación y el acaparamiento del recurso, situaciones que no era posible contrarrestar con la legislación de 1981. Las principales modificaciones al Código establecen una serie de requerimientos para otorgar derechos de aprovechamiento de aguas, teniendo presente que hasta antes de la modificación, los derechos de aprovechamiento de agua en Chile se otorgaban de forma gratuita, a perpetuidad y sin limitación de caudal.”⁴¹

A partir de las reformas será necesario justificar el caudal solicitado en función de la actividad económica a realizar, y la Dirección General de Aguas podrá denegar aquellas peticiones que no se ajusten a la realidad. Del mismo modo, se cobrará una patente por no uso, para desincentivar el acaparamiento y la especulación.⁴²

También se perfecciona el mecanismo del remate, hasta antes de la reforma existía un plazo de tres meses para rematar un derecho de agua sobre el cual había más de un peticionario. Este plazo, a partir de la modificación se amplía a seis meses, siendo un remate abierto en el caso de aguas superficiales y uno cerrado para las aguas subterráneas. A través de esta disposición se persigue promover un acceso más competitivo al derecho de aprovechamiento del recurso.⁴³

³⁹ En este sentido, ha sido incluso la misma Política Nacional de Recursos Hídricos la que ha establecido, en su Capítulo 5, que “5.1.4 No obstante las reseñadas ventajas del estatuto de aguas vigente, es preciso reconocer que para garantizar su asignación eficiente desde el punto de vista económico, ambiental y social, considerando la sociedad en su conjunto y sus intereses de mediano y largo plazo, se presentan carencias y problemas que es imprescindible corregir”.

⁴⁰ La Ley 20.017 que modifica el Código de Aguas fue promulgada el 11 de mayo de 2005 y publicada en el Diario Oficial el 16 de junio del mismo año.

⁴¹ YAÑEZ, Nancy, Op. Cit., p. 27.

⁴² Ver Ibidem.

⁴³ Ibidem.

Se pondera como positivo el hecho de que la modificación incorpore al régimen legal de las aguas la regla del uso efectivo o beneficioso. Los temas pendientes tras la modificación: fortalecer los mecanismos que permitan garantizar la sustentabilidad hídrica; instaurar mecanismos regulatorios de la reasignación que garanticen el derecho de múltiples usuarios; establecer un marco jurídico que garantice la Gestión Integrada de los Recursos Hídricos.⁴⁴

Definitivamente, el derecho al agua como derecho económico, social y cultural no es considerado en Chile como tal. Esto no sólo importa una limitación del derecho por parte de nuestro ordenamiento jurídico, en el sentido de que sólo lo trata a propósito de la propiedad y disfrute que se puede tener sobre él, sino que, además, implica una conducta reprochable que debe ser vista e interpretada como una violación del PIDESC.

Es por lo expuesto hasta acá que el tratamiento chileno del derecho al agua debe ser ampliado y enriquecido con el objeto de dotar de mayor contenido normativo a este derecho, sobre todo considerando los aspectos elementales del derecho al agua que el Comité ha identificado en su Observación General N° 15: disponibilidad, calidad y accesibilidad. Estimamos que bajo los actuales mecanismos de distribución y aprovechamiento de aguas que se aplican en Chile, y que se caracterizan por no incorporar las dimensiones de utilidad pública y social, basándose, preferentemente, en principios mercantilistas, son innumerables los sujetos y comunidades que se han visto dificultados, e incluso imposibilitados, de acceder a grandes fuentes de aguas controladas por unos pocos.

Nuestro país debe dar pleno cumplimiento al PIDESC, siguiendo, específicamente, las indicaciones hechas por el Comité, en su Observación General N° 15, relativas a la idea de adecuación, de progresividad, de no discriminación, entre otras. Esto es totalmente coherente con la sensata interpretación del artículo 5 inciso 2° de la Constitución Política que les otorga rango constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos.

⁴⁴ Ibidem., pp. 28 y 29.

Únicamente mediante la inclusión de estos estándares internacionales a la legislación interna se podrá hablar en Chile de la existencia de un derecho al agua propiamente tal, de un derecho tal como es concebido por el Comité DESC, puesto que en la actualidad sólo existe un deficiente y descoordinado tratamiento del aprovechamiento y la calidad de las aguas, que se encuentra muy lejos de alcanzar el estatus de derecho fundamental.

4. La triple afectación de los recursos hídricos en el caso Pascua Lama

Dada la importancia que tienen los recursos hídricos en un valle semidesértico como es el del Huasco, y considerando además que este es precisamente el propósito que nos convoca a realizar este informe, debemos hacer las descripciones pertinentes relativas al modo concreto en que se ven y se verán afectadas⁴⁵ tanto las aguas superficiales como las subterráneas así como también los glaciares que se ubican en el sector mismo donde se llevará a cabo el proyecto minero, todo esto con el objeto de poner en evidencia la responsabilidad estatal como resultado de la vulneración de un derecho económico, social y cultural.

La zona del valle del Huasco, y principalmente la comuna de Alto del Carmen, posee un alto potencial agroindustrial que ha presentado un importante desarrollo en el

⁴⁵ Nos referimos aquí a los eventuales daños que en el futuro pueda generar el proyecto. En este sentido, el tema de los daños eventuales y los riesgos implícitos se relacionan directamente con el principio precautorio. Así, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo consagró, en su “Declaración de Río”, una serie de principios esenciales al desarrollo sostenible, uno de ellos es el denominado “principio o enfoque precautorio”. Según el principio N° 15 de la Declaración se indica que: “Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberá aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”. Este principio ha ido consolidándose en temas de directa relevancia para la salud humana (como el efecto del uso de productos químicos o de la descarga de contaminantes) y se ha constituido, además, como una importante herramienta de apoyo de los países en desarrollo, cuyos medios científicos no les permiten cuestionar de manera fehaciente los supuestos planteados por el mundo desarrollado en cuanto a la inocuidad de tales sustancias. La evolución del principio lo ha incorporado también a materias vinculadas con el manejo de los recursos naturales como las áreas forestales, pesqueras y biotecnológicas pasando a ser un tema de discusión en distintas instancias referidas al comercio internacional. Es precisamente en el área del comercio internacional donde el principio ha generado distintas aprensiones en cuanto a que éste podría constituirse en un elemento obstaculizador de la libertad de comercio. Por lo anterior, resulta fácil advertir la aplicación del principio precautorio en el caso que nos ocupa, ya que es sabido que el tipo de minería que se pretende realizar en el valle del Huasco es de las más contaminantes y, que además, las actividades económicas que se realizan en el valle son principalmente agrícolas y ganaderas, por lo que el recurso hídrico resulta de vital importancia para el sustento y bienestar de sus habitantes.

último tiempo. Para ello ha sido fundamental contar con un sistema hídrico adecuado y ecológico, el cual se pone en serio riesgo debido a los impactos que el proyecto minero puede generar en las aguas del valle (en todo caso, se ha comprobado que los trabajos preliminares de la empresa que ejecuta el proyecto ya han afectado no sólo a las personas que viven y desarrollan diversas actividades económicas en el valle, sino que, además, a las comunidades indígenas que habitan en él).⁴⁶

A pesar de su importancia, la COREMA de la III Región no consideró estas circunstancias para aprobar la resolución que otorgó el año 2001 la calificación ambiental al proyecto minero Pascua Lama, ya que sólo a partir de la evaluación del proyecto de modificación sometido al SEIA en el 2004, se ha considerado el impacto sobre los recursos hídricos del valle.

4.1. Aguas superficiales y subterráneas

Tradicionalmente el desarrollo de los recursos hídricos ha sido orientado como si las aguas de la superficie fueran un recurso distinto a las aguas subterráneas, lo que queda de manifiesto en el tratamiento diferente que el Código de Aguas de nuestro país ha dado a este recurso. Esto pudo ser entendido en épocas anteriores cuando el uso de los recursos naturales era poco intensivo, sin embargo, en la actualidad, la gran demanda de agua provocada por el desarrollo económico y social ha hecho que ambos recursos se afecten entre sí. “Todos los cauces de aguas superficiales sean ríos, esteros, lagos, tranques, zonas húmedas o estuarios, interactúan con el agua subterránea, dependiendo de las condiciones hidrológicas de la zona. Los cauces superficiales pueden alimentarse de aguas subterráneas y sustancias en solución provenientes de acuíferos, o viceversa”.⁴⁷

Es por este motivo que los riesgos que implica la realización del proyecto no sólo se aplican a las aguas superficiales, sino que también, ponen en peligro cursos

⁴⁶ Además de los daños ambientales que ya se han producido (como es el caso de la acidificación de las aguas) se observan una serie de otras afectaciones, especialmente de orden cultural y patrimonial, que han recaído sobre las comunidades indígenas del sector. Se puede citar, como ejemplo, el caso de la “cancha de los indios” que era un sitio de inestimable valor arqueológico y que fue destruido por la empresa minera para construir en él una pista de aterrizaje.

⁴⁷ CAMPILLO Urbano, Raúl, *Aguas subterráneas y aguas superficiales: un solo recurso*, 2003, párrafo 2, disponible en internet en <http://www.estrucplan.com.ar/articulos/verarticulo.asp?IDArticulo=532>.

subterráneos de especial importancia para la vida del valle y el desarrollo económico de sus habitantes. “El manejo del suelo y del agua debe necesariamente ser enfrentado con una clara comprensión de las relaciones de interdependencia entre aguas superficiales y subterráneas que son propias y particulares de las características hidrogeológicas de cada área”.⁴⁸

En lo que respecta a las **aguas superficiales**⁴⁹, éstas se conforman por los ríos del Estrecho y el Toro (sobre las nacientes de ambos ríos se ubica el proyecto minero), tributarios de los ríos del Tránsito y del Carmen, respectivamente. Estos ríos, junto a otros numerosos cursos superficiales, conforman la extensa red de drenaje del río Huasco, uno de los principales ríos de la III región.

Refiriéndonos, en primer lugar, al **abastecimiento de agua fresca y potable** el proyecto mantiene el requerimiento original de agua estimado de 370 l/s. Esta demanda será abastecida, en gran parte, desde el río de las Taguas, en Argentina y “el agua será usada en operaciones de procesamiento del mineral, control de polvo, requerimientos de mantención y control de fuego, entre otros”.⁵⁰ Mientras tanto, en Chile, se mantendrá la extracción de agua –en relación a la solicitud original- en 42 l/s, la cual será obtenida del río del Estrecho “para uso en las operaciones de la mina y talleres y, en menor medida, del río El Toro para uso en regadío del camino de acceso como medida de control del polvo, y en la instalación de control de acceso al Área de Operaciones”.⁵¹

Respecto del caudal, la Compañía sostiene que “al mantenerse el caudal de captación de 42 l/s, no se modifica el efecto de reducción de caudal en el río del Estrecho aguas abajo del punto de captación, respecto de lo evaluado y aprobado para el proyecto original. Sin embargo, señala que se desarrolló un nuevo cálculo que incorpora la información hidrológica actualizada de la cuenca. Este cálculo se realizó para los ríos del Estrecho y Chollay. La captación de 42 l/s en la cuenca alta del Estrecho equivale a un 12% del caudal medido anual, y a menos de un 5% del caudal en el sector calculado

⁴⁸ Ibidem., párrafo 6.

⁴⁹ El recurso hídrico superficial se corresponde principalmente con los ríos y arroyos que escurren en superficie y configuran una de las fuentes principales de vida y desarrollo. No es solamente un productor de agua potable sino también vía de navegación, producción ictícola, generación de hidroelectricidad, centro turístico u otros tantos usos para los cuales conviene preservarlo. Fuente: <http://www.estrucplan.com.ar/contenidos/geologia/agsuperficiales.asp>.

⁵⁰ Resolución Exenta N° 024 del 15 de febrero de 2006 la COREMA de la III Región, p. 106.

⁵¹ Ibidem.

del río Chollay. En el mes de estiaje (época del año de caudal mínimo del río) de un año muy seco (95% de probabilidad de excedencia), la captación de 42 l/s equivale a un 60% del caudal de los ríos del Estrecho y Chollay en los nuevos puntos calculados”.⁵²

En relación a los caudales mínimos o ecológicos⁵³ se efectuó un análisis comparativo entre los caudales resultantes producto de las captaciones del proyecto y los valores referenciales establecidos por la DGA como caudales ecológicos.⁵⁴ Ambos resultados –el del caudal resultante y del caudal ecológico- demuestran que existe la probabilidad de que durante la vida del proyecto (20 años de operación) ocurra un año en que por un lapso de 3 meses el caudal resultante sea inferior al caudal ecológico referencial. A la luz de estos resultados, y “en caso que exista una disminución de cauce equivalente al caudal ecológico, el titular ha propuesto un Plan de Contingencia consiste en restringir o limitar los consumos de agua para consumir un máximo de 31 l/s (*11 l/s menos que el caudal de captación de 42 l/s*), dando prioridad a las actividades críticas (campamento, taller de la mina y abatimiento de polvo en la mina)”.⁵⁵

Sin embargo, es posible concluir que este nivel de acaparamiento probablemente incidirá en la **disponibilidad de agua** en el sector, sobre todo aguas abajo, por cuanto gran parte de los cultivos –sino la totalidad de ellos- son regados a partir de dichos afluentes. Asimismo, este ritmo de extracción probablemente también impactará en el abastecimiento de agua de los habitantes del valle poniendo en jaque la continuidad y suficiencia del recurso para los usos personales y domésticos, los que comprenden, según el Comité DESC, el consumo, el saneamiento, el lavado de vestimentas, la preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica.

En términos prácticos, al producirse afectaciones a la disponibilidad del recurso hídrico se amenaza la cobertura de necesidades tan básicas y elementales como la bebida y el alimento (consumo), la evacuación de las excrementas humanas (saneamiento), la higiene alimentaria y la preparación de comestibles (preparación de alimentos) o el aseo personal y del hogar (higiene personal y doméstica), todos aspectos

⁵² Resumen Ejecutivo del Estudio de Impacto Ambiental (EIA) del 6-12-2004, p. 19. Disponible en http://www.e-seia.cl/seia-web/ficha/fichaProceso.php?id_expediente=1048260&idExpediente=1048260.

⁵³ El caudal ecológico de un río es el caudal circulante capaz de mantener el funcionamiento, composición y estructura del ecosistema fluvial que un determinado cauce contiene en condiciones naturales.

⁵⁴ Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos, DGA, 1999.

⁵⁵ Resolución Exenta N° 024 del 15 de febrero de 2006 la COREMA de la III Región, p. 21.

que la COREMA de la III Región no sopesó en los términos que aquí se proponen, puesto que, si bien en ciertas partes de la resolución se refiere al factor de la disponibilidad⁵⁶, los pronunciamientos son deficientes e incorrectos.

Lo anterior plantea serias interrogantes respecto de si la autoridad ambiental consideró efectivamente todas y cada una de las implicancias que la ejecución del proyecto produciría sobre la dimensión de disponibilidad. Ciertamente preguntas tan elementales como ¿queda asegurado el suministro suficiente de agua limpia, no sólo para beber sino también para las necesidades de cocina e higiene personal de los habitantes del valle, con la ejecución del proyecto?; ¿estará el agua siempre disponible en las localidades aledañas o sólo durante ciertos periodos?; ¿tienen la capacidad suficiente las fuentes de agua alternativas para abastecer a todas las comunidades del valle?; etc, fueron ignoradas por la COREMA al emitir su RCA.⁵⁷

En segundo lugar, el **manejo del drenaje ácido** “será manipulado de manera separada entre aguas de contacto y no contacto, de forma de mitigar y reducir el impacto sobre el río del Estrecho, utilizando para ello obras de desvío, captación y tratamiento de estas aguas, previo a su disposición final (...). Además, previo a la descarga al río se utilizarán las aguas ácidas tratadas para uso industrial dentro del área de la mina, disminuyendo significativamente la cantidad de agua que se descarga sobre el río del Estrecho. Como segunda alternativa se encuentra el almacenamiento del drenaje ácido y evaporación forzada y, en tercer lugar, se optará por la descarga al río del Estrecho, todas medidas tendientes a reducir la necesidad de descargar en dicho cuerpo de agua, y de esta manera disminuir los riesgos de afectar la calidad de las aguas y sus implicancias en la vegetación y biota asociada a ella. Adicionalmente, se incorporarán otras medidas tendientes a reducir la generación de drenaje ácido, tales como manejo de nieve acumulada sobre las instalaciones. Esta se refiere a la nieve que será removida del rajo para ser trasladada a lugares dentro del sistema de drenaje de cuenca”.⁵⁸

⁵⁶ La RCA se refiere al factor de la disponibilidad mayoritariamente cuando aborda el tema de los glaciares, sin embargo, estas referencias no se someten para nada a los lineamientos que a nivel internacional se han venido proponiendo y que han sido recogidos por el presente informe. A este respecto, se pueden consultar las páginas 35, 131, 145 y 173 de la resolución.

⁵⁷ Estas preguntas, así como todas las que se formulan en este apartado nº 4 fueron adecuadas al caso concreto que aquí se analiza, aunque en GORSBOTH, Maiké, Op Cit., pp. 6 y 7, se encuentran planteadas en términos más amplios.

⁵⁸ Resolución Exenta N° 024 del 15 de febrero de 2006 la COREMA de la III Región, p. 148.

Esto amenaza de manera clara la **dimensión de la calidad** del agua del valle puesto que, en caso de producirse el más mínimo contacto de los residuos tóxicos con los cursos de agua, la salubridad necesaria para los usos personales y/o domésticos desaparece frente al riesgo que pueden constituir, para la salud de las personas, la presencia en las aguas de microorganismos o sustancias químicas y/o radioactivas. Es más, al plantearse derechamente por la RCA, como tercera alternativa, la descarga de las aguas ácidas en el río del Estrecho, de inmediato se genera una vulneración de esta dimensión y, lo que es más grave, constituye una amenaza cierta a la salud de los habitantes del valle.

No debemos olvidar que esta dimensión implica, de acuerdo a la recomendación hecha por el Comité a los Estados Partes de seguir las *Guías para la calidad del agua potable*⁵⁹ (elaboradas por la OMS) y a lo que establece la propia Observación General N° 15, que el agua deberá tener un color, un olor y un sabor aceptables para cada uso personal o doméstico. Esto último se relaciona con el concepto de *aceptabilidad* el cual establece que aún 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.⁶⁰

Por consiguiente, nuevamente la autoridad ambiental no se planteó el proyecto en términos tales que pregunte tan obvias como ¿estarán las fuentes de aguas del sector efectivamente protegidas frente a una eventual contaminación?; una vez puesto en marcha el proyecto ¿estará el agua visiblemente contaminada con los depósitos y/o basuras provenientes de la mina?; ¿se dará asistencia a las comunidades locales que dependen de las fuentes superficiales de agua, para ayudarles a mantener la calidad del agua?; ¿se puede asegurar que ni el olor, ni el sabor, ni la apariencia de las aguas se verán afectados como resultado de los desechos que se depositarán en los ríos del valle?; etc. Estas sencillas interrogantes le hubieran servido a la autoridad de criterios orientadores al momento de determinar si estaba considerando correctamente o no el

⁵⁹ 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 Observación General N° 15 p. 133.

⁶⁰ Ver GORSBOTH, Maiké. Op. Cit., p. 7.

factor de la calidad del derecho al agua, tal como debió haberlo hecho, ya que en ninguna parte de la RCA se formulan preguntas semejantes a las que aquí se esbozan.

Ahora bien, en lo que se refiere a las **aguas subterráneas**⁶¹, el plan minero actualizado “considera remover alrededor de 1.808 toneladas de material, del cual sólo el 17% corresponde a mineral y el 83% restante a roca estéril”⁶², que corresponde a desechos. Estos, son llevados al depósito de estéril Nevada Norte, situado en la cuenca donde nace el río el Estrecho, con 327 hectáreas de superficie y 692 metros de altura. Ahí se lleva a cabo la aplicación del **sistema de manejo de drenajes**, haciendo escurrir los desechos por canales de desviación y zanjas de captación ubicadas aguas abajo del depósito, llegando, finalmente, a unas piscinas dispuestas para su tratamiento.

Durante este proceso existe un serio peligro de acidificación de las aguas al contactarse los materiales estériles con los flujos de agua existente en el valle, ya que se trata de pozos profundos que pueden entrar en contacto con las aguas subterráneas. Esto se evidencia actualmente en la condición ácida del río del Estrecho y el arroyo Turbio, los que nacen en el área del yacimiento, por lo que no se aleja mucho de la realidad suponer que la roca estéril que se disponga en los depósitos genere, en el futuro, drenajes ácidos.

En todo caso, estos drenajes serán recolectados y manejados para evitar efectos adversos en la calidad de las aguas naturales, dando cumplimiento a la normativa vigente. Sin embargo, a pesar de que la empresa cumpla con las normas establecidas en nuestra legislación acerca de los aspectos técnicos a considerar para el tratamiento de residuos tóxicos, es necesario considerar otras variables que potencialmente pueden generar consecuencias indeseables para el sistema hídrico del valle como lo son las situaciones de riesgo natural. Debido a la magnitud de los depósitos, existen altas posibilidades de que se produzcan desestabilizaciones de material y deslizamientos del talud del Estéril Nevada Norte, lo que podría generar escurrimientos de material tóxico

⁶¹ Las aguas subterráneas se forman a partir de la infiltración de las lluvias y por aportes de los cursos superficiales. Viajan en forma vertical por la fuerza de la gravedad, generalmente hasta encontrar un piso impermeable, y luego discurren horizontalmente hasta desaguar en los colectores mayores que la llevarán al mar para reiniciar su ciclo. En este tránsito se alojan en los espacios intersticiales de los sedimentos del subsuelo y forman los yacimientos de agua subterránea o acuíferos. Su existencia y comportamiento depende de factores como el clima, el relieve, la naturaleza de los suelos, la estratigrafía, etc. Fuente: <http://www.estrucplan.com.ar/contenidos/geologia/agsubterranea.asp>.

⁶² Resolución Exenta N° 024 del 15 de febrero de 2006 la COREMA de la III Región, p. 103.

a las aguas superficiales o erosiones permitiendo así que los desechos de roca lleguen a las aguas subterráneas.

Todos los riesgos descritos, sumados a los impactos ya producidos (como lo es, por ejemplo, la acidificación de las aguas) han llevado a que los mismos habitantes del valle hayan planteado observaciones a la autoridad ambiental respecto de la viabilidad ambiental del proyecto. Estas preocupaciones ciudadanas han radicado, principalmente, en los posibles desplazamientos parciales de material desde el área del botadero hacia las cuencas de los ríos cercanos, la permanente producción de drenajes ácidos que dicho depósito genera y las consecuencias que ocasionaría este mineral acoplado por la generación de arsénico en la zona. Otro riesgo manifiesto, es la posible permeabilidad de los materiales depositados que pueden hacer escurrir arsénico o materiales pesados hacia las aguas subterráneas o superficiales.⁶³

Frente a estas inquietudes, la autoridad respondió que “el titular implementará una serie de medidas tendientes a minimizar los potenciales efectos ambientales que pudiera provocar, como el sistema de manejo y tratamiento de drenajes ácidos provenientes del depósito de estériles y de la mina; sistema de tratamiento de aguas servidas, sistema de manejo de residuos sólidos que incluye un sistema de incineración de residuos, etc”.⁶⁴ Sin embargo, en ningún caso se asegura que los cursos de aguas no serán afectados, en términos tales que los factores de disponibilidad, calidad y accesibilidad no se verán transgredidos. Además, señala la existencia de mecanismos de control y la contemplación de sanciones en caso de contaminación o afectación del valle con minerales tóxicos, pero cabe destacar que dichas sanciones no eliminarán los graves efectos que un desplazamiento de estéril u otros posibles riesgos manifiestos, como la acidificación de las aguas del valle, puedan producir en el ecosistema y en la salud de las personas.

Lo anterior plantea serias interrogantes respecto de si la autoridad ambiental consideró efectivamente todas y cada una de las implicancias de la afectación de los recursos hídricos sobre el valle y en la vida de las personas que habitan en él, sobre todo

⁶³ Observaciones ciudadanas N° 3.12, N° 3.13 y N° 3.14, Resolución Exenta N° 024 del 15 de febrero de 2006 la COREMA de la III Región, pp. 8 y 9.

⁶⁴ Ibidem., pp. 10 y 11.

aquellas que dicen relación con las **dimensiones de disponibilidad, calidad y accesibilidad** del derecho al agua, ya que, al parecer, preguntas tales como ¿en qué medida será restringida la cantidad de agua disponible en los distintos períodos del año?; ¿qué distancia tendrán que recorrer cada una de las comunidades del sector en caso de un desabastecimiento total de agua?; ¿podrán operar sistemas seguros de almacenaje de agua?; ¿se efectuarán mantenimientos regulares del sistema de abastecimiento de agua?; ¿saben las comunidades indígenas, y los habitantes del valle en general, cómo tratar el agua para que sea salubre?; ¿tienen los medios para dicho tratamiento?; ¿se da asistencia a las comunidades que dependen de fuentes superficiales de agua, para ayudarles a mantener la calidad del agua?; ¿aumentará el costo del agua y de los servicios de suministro en la provincia del Huasco?; ¿qué cantidad de los ingresos gastan y gastarán los habitantes del sector en agua?; ¿cómo son y serán los precios en comparación con el salario mínimo?; etc; en absoluto fueron planteadas durante las sesiones deliberativas de la COREMA.

En consecuencia, como resultará evidente, desastres ecológicos que afecten, ya sea a las aguas superficiales o a las aguas subterráneas que corren por el valle, inevitablemente transgredirán los factores de disponibilidad, calidad y accesibilidad, y que dan forma al contenido normativo del derecho al agua reconocido en el PIDESC. El primero al atentar contra la idea de la periodicidad en el suministro del recurso; el segundo al contaminar con desechos tóxicos los cursos de agua, poniendo en riesgo la salud de las personas y, el tercero, al vulnerar, a lo menos, la dimensión de no discriminación de los sectores más vulnerables y marginados de la población (como lo son, de manera paradigmática en este caso, las comunidades indígenas).

4.2. Glaciares

En cuanto a los glaciares⁶⁵, el proyecto de modificación, en un primer momento, contemplaba la alteración de los cuerpos de hielo Esperanza, Toro 1 y Toro 2, los que serían intervenidos por el desarrollo del rajo, afectándose una superficie estimada de 4 a 5 hectáreas de hielo descubierto. Frente a los cuestionamientos de la autoridad, en este

⁶⁵ Los glaciares son masas de hielo que perduran durante múltiples años, que fluyen por gravedad. Ellos se forman principalmente de la precipitación atmosférica sólida, en aquellas áreas de la tierra donde existen climas fríos, como las zonas polares y las de montañas. Fuente: <http://www.glaciologia.cl/index.htm>.

sentido (fundamentalmente a causa de las presiones ciudadanas que denunciaban la aberración de este hecho), el titular propuso medidas de mitigación y compensación, y presentó un plan de reubicación de los hielos. Sin embargo, la COREMA resolvió, el 15 de febrero del presente año, calificar ambientalmente viable el proyecto descartando la reubicación de los glaciares, y exigiéndole al titular que acceda al recurso mineral y a las obras asociadas al desarrollo del proyecto en la zona de los glaciares Toro 1, Toro 2 y Esperanza “de manera tal que no se produzca remoción, traslado, destrucción o cualquier otra intervención física sobre ellos”.⁶⁶

No obstante lo anterior, y pese a todos los esfuerzos efectuados por la autoridad –tendientes a alcanzar una efectiva y cabal protección de los glaciares amenazados con la realización del proyecto-, creemos que éstos no han sido suficientes, por cuanto la determinación tomada, muy probablemente, repercutirá sobre los frágiles y delicados glaciares, aumentándose, en consecuencia, el riesgo de afectación de los factores normativos del derecho al agua de los habitantes del valle. Fundamos esta creencia en los aspectos que a continuación pasamos a desarrollar.

En primer lugar, en cuanto a los **efectos en la regulación hídrica de la cuenca**, uno de los impactos identificados durante el proceso de evaluación fue el expresado por la Dirección Regional de la Dirección General de Aguas, que indicaba que “con los estudios actuales entregados a la fecha por el titular, aún existe una gran incertidumbre en cuanto a los impactos que la remoción de glaciares y los trabajos propios de la actividad minera pudiesen provocar en los recursos hídricos, debido a que no está claro cual es el área y volumen de glaciares que puede verse afectado; como así mismo, la consecuente disminución de los caudales. A lo que hay que agregar otra incertidumbre relacionada con determinar claramente los caudales específicos actuales de los glaciares y estimar como podrían ser afectados por la alteración directa o indirecta de dichos glaciares. Lo mencionado sería imposible de determinar si no se cuenta con un buen modelo de simulación construido a partir de balances combinados en los glaciares (de masa, calórico e hidrológicos) y otros estudios y mediciones requeridas. Tanto así, que

⁶⁶ Resolución Exenta N° 024 del 15/02/2006, Comisión Regional del Medio Ambiente, Región de Atacama, p. 173.

la disminución de los caudales podría fluctuar entre valores poco significativos hasta valores tan considerables como 250 l/s o más”.⁶⁷

Ante esto la Dirección Regional de la DGA concluye que “gran parte del análisis de los glaciares en el área del proyecto que el titular hace, se basa en pocos datos, en muchas presunciones, hipótesis, y en características básicas no probadas de los glaciares. Si estas características no se cumplen, y en varios casos parece o puede ser así, gran parte del análisis relacionado con el tema de los glaciares, sus aportes hídricos, los efectos de sus remociones y cargas con botaderos, sus capacidades de regulación de caudales y otros, es erróneo”.⁶⁸

Ratifica lo anterior la categórica postura del mismo organismo estatal cuando establece que “sin tener antecedentes suficientemente respaldados con los estudios y mediciones directas en la zona y en las superficies de los glaciares, como fuera solicitado durante el proceso de evaluación, no se tiene un conocimiento acabado acerca de los reales impactos del proyecto sobre los glaciares y sus recursos hídricos”.⁶⁹

No obstante lo anterior, y frente a la falta de pronunciamiento por parte de la Dirección regional de la DGA respecto de los posibles impactos que pudiese generar la remoción de los glaciares, la COREMA resolvió calificar el proyecto en tanto éstos no sean intervenidos.

A pesar de que finalmente se descartó la opción de la remoción de los glaciares, los planteamientos anteriores resultan ser muy ilustrativos respecto del inadecuado proceso deliberativo realizado por la COREMA en este punto, por cuanto evidencian la total prescindencia de las relevantes aprehensiones de un importante organismo público que, en base a la falta de antecedentes aportados por el titular, decide no pronunciarse. Lo anterior, es decir, el grado de desconocimiento de los efectos en la regulación hídrica de la cuenca a causa de la remoción de los glaciares también es aplicable a la situación de extrema vulnerabilidad en que los dejó finalmente la RCA, ya que resulta muy cuestionable que como resultado de las prácticas altamente invasivas, propias de una

⁶⁷ Ibidem., p. 127.

⁶⁸ Ibidem., p. 128.

⁶⁹ Ibidem., p. 129.

actividad extractiva de este tipo, los glaciares Toro 1, Toro 2 y Esperanza no sean objeto de intervención o impacto alguno.

Considerando que los glaciares “constituyen reservorios y reguladores naturales del recurso hídrico de la cuenca, en especial para períodos de sequía”⁷⁰, nuevamente se aprecia una omisión por parte de la autoridad al no considerar para nada el **factor de disponibilidad** del derecho al agua en los términos que en este informe se han venido proponiendo. Así, de haber tenido en cuenta este elemento necesariamente debió preguntarse sí ¿correrán los habitantes del valle un riesgo de no tener agua suficiente durante los veranos para satisfacer sus necesidades de uso personal y doméstico?; o en caso de interrumpirse el suministro ¿serán suficientes las escasas fuentes alternativas de agua?; o, en el mismo supuesto, ¿se pondrá una solución en forma inmediata?; etc.

En segundo lugar, en cuanto a los **efectos indirectos sobre los glaciares** la RCA establece que “el impacto indirecto sobre los glaciares puede resultar de la depositación de polvo, de cambios en los patrones de acumulación de nieve, o de cambios en las dinámicas del glaciar debido a que van a ser excavados en parte. Todos estos potenciales impactos indirectos han sido analizados, llegándose a la conclusión de que no serán significativos”.⁷¹

Respecto a la **emisión de material particulado** (la tasa alcanzará un valor máximo de 15,8 ton/día de MP10) es posible señalar que los glaciares sufrirán un aumento en la acumulación de polvo sobre la superficie lo que se traduce en un aumento en la tasa de derretimiento del hielo. De hecho, y tal como lo señala la propia COREMA en la RCA, “el polvo disminuirá el albedo (reflectividad) de la superficie nival, y dependiendo del color del polvo, puede también disminuir el albedo de una superficie de hielo. Dependiendo de la conductividad térmica del polvo, su grosor y distribución, y la disponibilidad de radiación solar, esto puede tener el efecto de aumentar la ablación en la superficie. Esto redundará en un aumento a corto plazo en la disponibilidad del agua de deshielos en los cursos de agua. A largo plazo, la disminución del albedo puede

⁷⁰ Ibidem., p. 148.

⁷¹ Ibidem., p. 131.

resultar en la reducción del área del glaciar, y como consecuencia resultar en la reducción del flujo hídrico en el período tardío del verano”.⁷²

Como se aprecia en el párrafo recién transcrito la autoridad, aún cuando está al tanto de los efectos en la disponibilidad futura del recurso hídrico que genera el material particulado sobre la regulación hídrica de los glaciares, decide dar luz verde al proyecto. Es decir, una vez más la COREMA de la III Región no ponderó los factores constitutivos del derecho al agua. A este respecto, no fueron formuladas interrogantes tales como las que se han venido planteando en relación con el **factor de la disponibilidad**, todas las cuales buscan comprobar si el estándar normativo del mencionado factor fue debidamente abordado por la autoridad ambiental al momento de emitir su RCA.

Asimismo, y en relación a los **efectos de las vibraciones generadas por las tronaduras** sobre los glaciares, “el titular ha señalado que estas tendrán un radio de daño estructural de 900 metros, el cual no alcanzará los glaciares que se encuentran cercanos al rajo, por lo tanto no habrá daño sobre esta componente ambiental”⁷³, lo que resulta bastante incierto sobretodo si consideramos –además de los efectos de las tronaduras- la intensidad del tráfico de camiones y maquinarias pesadas que ya hay en el sector contiguo a los glaciares.

Se suma, en tercer lugar, a las ambigüedades anteriores la **determinación final** que toma la COREMA en la que decide calificar ambientalmente viable el proyecto minero (en lo que respecta a los glaciares), la que constituye una **vulneración evidente del principio precautorio**. La autoridad ambiental, en lo que se parece más al razonamiento de cualquier otro órgano estatal menos al de uno que vela por el medio ambiente, estableció que “considerando que la información aportada por el titular durante el proceso de evaluación de impacto ambiental, en lo referido a la caracterización de línea base de glaciares; definición y cuantificación de los impactos de la remoción y traslado de glaciares; se considera insuficiente, lo que se traduce, entre otros aspectos, en falta de conocimiento del impacto sobre los caudales de los ríos El Toro y El Estrecho, sumado al hecho que la principal medida de compensación asociada

⁷² Ibidem.

⁷³ Ibidem., p. 149.

al impacto, se considera indeterminada en materia de disponibilidad del recurso hídrico (...); el titular deberá acceder al recurso mineral y obras asociadas al desarrollo el proyecto en la zona de glaciares Toro 1, Toro 2 y Esperanza de manera tal que no se produzca remoción, traslado, destrucción o cualquier otra intervención física sobre ellos”.⁷⁴

Esta determinación de la autoridad vulnera el mencionado principio (que reza que “cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”)⁷⁵ en el sentido de que aún cuando se reconoce por parte de la COREMA que la información respecto de los efectos en los caudales de los ríos es insuficiente (falta de certeza absoluta) con lo que se amenaza la disponibilidad del recurso (peligro de daño grave o irreversible), decide –contrariando el enfoque precautorio- autorizar la ejecución del proyecto bajo la condición de que los glaciares no sean intervenidos, lo cual, tal como lo hemos señalado una y otra vez en este informe, resulta inverosímil.

Cabe consignar que el tema de los glaciares no es un asunto menor puesto que, estos frágiles ecosistemas representan una importante fuente hídrica de la zona, ya que mantienen la distribución de las aguas de manera armónica en relación a las estaciones del año. Así, en invierno, actúan como captadores de precipitaciones de características agua nieve y, en verano, como distribuidores del elemento hídrico como consecuencia de los excedentes nivales que se derriten por causa de las altas temperaturas reinantes en esta zona de características semiáridas.

De lo expuesto se sigue que, aún cuando los glaciares no sean intervenidos directamente por la Compañía, la sola manifestación de efectos colaterales o secundarios –debido a la proximidad de las faenas extractivas-, sobre tan elementales fuentes hídricas del sector, importará un daño al entorno natural y socio-cultural del valle, vulnerándose, de paso, los **factores de disponibilidad y de accesibilidad** al recurso, por cuanto las valiosas y escasas fuentes de abastecimiento hídrico de la zona –

⁷⁴ Ibidem.

⁷⁵ Ver principio n° 15 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992.

y que mantienen una distribución de las aguas de manera armónica en relación a las estaciones del año- amenazan con desaparecer.

Decimos que se vulnerarán estos factores porque, en cuanto al primero de ellos, si el abastecimiento de agua de cada persona no es continuo y suficiente para los usos personales y domésticos se infringen las directrices de la OMS –a las que el Comité DESC se remite-, relativas a los volúmenes diarios de agua que se necesitan por persona y que deben ser asegurados por los Estados Partes. Estas directrices, en términos sumamente explícitos, establecen que *no habrá acceso* al agua cuando se esté por debajo de los 5 litros diarios per capita; en que existirá un *acceso básico* cuando el promedio diario no sobrepase los 20 litros por persona; en que el *acceso será intermedio* cuando el promedio diario aproximado sea de 50 litros per capita; y en que el *acceso al agua será óptimo* cuando el promedio sea de 100 a 200 litros per cápita diarios.⁷⁶

En cuanto al segundo de los factores que se vulneran –accesibilidad-, es la accesibilidad física la que se podría ver afectada en caso de producirse un desabastecimiento significativo, por cuanto los habitantes del valle se verían impedidos de obtener agua en los puntos donde suelen hacerlo. Así, si el agua y las instalaciones y servicios de agua se encuentran fuera del alcance físico de todos o gran parte de los sectores de la población, se verá truncada esta dimensión de la accesibilidad. En este sentido, para poder determinar cuándo estamos en supuestos como los descritos la OMS ha establecido que *no habrá 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; 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 en las proximidades más inmediatas y; finalmente, el *acceso será óptimo* cuando el suministro de agua sea múltiple y dentro de la casa.⁷⁷

⁷⁶ Fuente: Howard G, Bartram J. en Op. Cit., p. 13.

⁷⁷ Ver GORSBOTH, Maïke. Op. Cit., p. 6

Una última consideración referida a los glaciares, y que viene a ratificar todo lo expuesto hasta acá, dice relación con los planes que tiene la empresa de seguir adelante con el proyecto minero a pesar de la restricción de no intervenir los glaciares impuesta por la autoridad ambiental en febrero último. En declaraciones dadas al diario La Tercera, el Director adjunto de Barrick Gold Corporation en Chile, José Antonio Urrutia, explica que “los glaciares están en una ladera del cerro donde se encuentra el yacimiento de oro, cuyas reservas están bajo tierra. Para llegar a ellas se requiere abrir un rajo que se extiende y se hace más profundo a medida que pasan los años”.⁷⁸

Se precisa enseguida en la entrevista que “las modificaciones dejaron a la compañía en condiciones de desarrollarlo sin la necesidad de tocar los glaciares hasta el año 2017. Por lo tanto, la instrucción de no intervenir los glaciares pasó a ser un tema secundario. La minera estima que podrá realizar la explotación de la mina sin inconvenientes en los próximos años de operación. El ejecutivo agrega que esto se logra con una tarea de desmonte menos invasiva y abriendo el rajo de manera tal de retrasar su llegada a los hielos. “Los glaciares no marcan un tema urgente. Esta materia se gatilla en 11 años más. Hasta esa fecha pueden ocurrir muchas cosas. Lo importante es que Barrick seguirá adelante sin afectar ningún glaciar en la vida del proyecto”.⁷⁹ Respecto a lo que pasará en 2017, el ejecutivo indica que “eso forma parte de los riesgos que toma la empresa privada. La apuesta está en que durante estos años podrán acceder a nuevas alternativas de explotación de la mina. En todo caso, saben que está la posibilidad de que una parte menor de las reservas finalmente no las puedan explotar y tengan que realizar esa pérdida”.⁸⁰

En consecuencia, y en base a lo hasta aquí señalado, se puede decir que, en relación a la triple afectación de los recursos hídricos del valle del Huasco –glaciares, aguas superficiales y aguas subterráneas-, los factores de disponibilidad –al comprometer la suficiencia y continuidad de los recursos hídricos-, de calidad –al ser los recursos objeto de inminentes contaminaciones- y de accesibilidad –al postergar a

⁷⁸ La Tercera, 23 de febrero de 2006, disponible en internet en <http://www.latercera.cl>.

⁷⁹ Ibidem.

⁸⁰ Ibidem. Esto se relaciona de manera evidente con el principio o enfoque precautorio atentando contra éste. A este respecto nos remitimos a lo planteado en la cita a pie de página n° 45 de la página 21 del presente informe.

los sectores más vulnerables del valle-, que deben ser garantizados y asegurados por el Estado de Chile, se ven afectados como resultado de la realización del proyecto minero.

Finalmente, y en otro ámbito –aunque siempre circunscrito al contenido normativo del derecho al agua-, una vasta jurisprudencia comparada ha recogido este derecho, lo que ha contribuido en un ostensible enriquecimiento del mismo y, lo que es más importante, mediante estas definiciones se ha incidido sobre las políticas internas de los Estados, sobretodo a la hora alcanzar reparaciones eficaces. Asimismo, estas gravitantes decisiones son o pueden ser persuasivas para jueces en otras jurisdicciones que se encuentren interesados en las cuestiones propias del derecho al agua.⁸¹

Debemos precisar que esta jurisprudencia ha emanado tanto de países en vía de desarrollo como de países desarrollados, y que funcionan, ya sea dentro de sistemas jurídicos del *common law*, o bien, dentro de sistemas del derecho continental. Además, estos pronunciamientos tienen la particularidad de referirse a los distintos aspectos del derecho al agua como lo son la calidad de ésta, la cantidad mínima que una persona o familia necesita diariamente o que abordan el tema de las desconexiones de los servicios de agua potable. En este sentido, se puede destacar el uso explícito de términos tan relevantes para los derechos económicos sociales y culturales –y, específicamente, para el derecho al agua- como el de la “adopción de medidas razonables y oportunas”⁸², el de la “obligación tripartita”⁸³, el de la “obligación de proporcionar y suministrar agua

⁸¹ Ver COHRE, *Legal Resources for the Right to Water. International and National Standards*. January 2004, p. 110.

⁸² El párrafo 1 del artículo 2 del PIDESC dispone que “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”. Precisa la Observación General N° 3 que “la adopción de medidas legislativas (...), no agota por sí misma las obligaciones de los Estados Partes. Al contrario, se debe dar a la frase “por todos los medios apropiados” su significado pleno y natural”. Este término se observa en el Caso Menores Comunidad Paynemil s/acción de amparo, Expte. 311-CA-1997. Sala II. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Neuquén, 19 de mayo de 1997 (Argentina, 1997) y en el Caso Residentes de “Bon Vista Mansions” c/ Consejo Local Metropolitano Sur, Alta Corte de Sudáfrica (Witswatersrand Local Division), Case N°: 01/12312, 2001 (Sudáfrica, 2001), ambos en COHRE, Op. Cit., pp. 110-111 y 121-124, respectivamente.

⁸³ Caso Menores Comunidad Paynemil s/acción de amparo, Expte. 311-CA-1997. Sala II. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Neuquén, 19 de mayo de 1997 (Argentina, 1997) y Caso Residentes de “Bon Vista Mansions” c/ Consejo Local Metropolitano Sur, Alta Corte de Sudáfrica (Witswatersrand Local Division), Case N°: 01/12312, 2001 (Sudáfrica), ambos en COHRE, Op. Cit., pp. 110-111 y 121-124, respectivamente.

potable de manera continua”⁸⁴, el de “condiciones básicas de higiene y salud”⁸⁵, el de “agua libre de contaminación”⁸⁶, entre otros.

Por otro lado, en lo que constituye un enfoque distinto al anterior, pero que también aporta elementos determinantes al contenido normativo del derecho al agua, se encuentran los Comentarios Generales del Comité a los Estados Partes. Entre los términos más relevantes para los DESC se destacan el de “grupos vulnerables, aborígenes, indígenas y minorías”⁸⁷, el de “acceso al agua potable y servicios básicos”⁸⁸, el de “disponibilidad”⁸⁹, el de “información adecuada”⁹⁰, el de “falta de equidad en el acceso”⁹¹, el de “adopción de medidas”⁹², etc.

⁸⁴ Caso Colonia Valentina Norte, Defensoría de Menores N° 3 c/ Poder Ejecutivo Municipal s/ acción de amparo. Expte. 46-99. Acuerdo 5 del Tribunal Superior de Justicia. Neuquén, 2 de marzo de 1999 (Argentina), Caso Quevedo Miguel Ángel y otros c/ Aguas Cordobesas S.A. Amparo, Ciudad de Córdoba, Juez Sustituta de Primera Instancia y 51 Nominación en lo Civil y Comercial de la Ciudad de Córdoba, 8 de abril, 2002 (Argentina), Caso Cuenta de Revisión 0208625-3, Tribunal de Apelación de Jurisdicción Especial, Paraná, agosto 2002191 (Brasil, 2002) y Caso Residentes de “Bon Vista Mansions” c/ Consejo Local Metropolitano Sur, Alta Corte de Sudáfrica (Witswatersrand Local Division), Case N°: 01/12312, 2001 (Sudáfrica), todos en COHRE, Op. Cit., pp. 112, 112-113, 114 y 121-124, respectivamente.

⁸⁵ Caso Quevedo Miguel Ángel y otros c/ Aguas Cordobesas S.A. Amparo, Ciudad de Córdoba, Juez Sustituta de Primera Instancia y 51 Nominación en lo Civil y Comercial de la Ciudad de Córdoba, 8 de abril, 2002 (Argentina), Caso Cuenta de Revisión 0208625-3, Tribunal de Apelación de Jurisdicción Especial, Paraná, agosto 2002191 (Brasil, 2002), Caso Consejo Municipal de Ratlam c/ Vardhichand y otros, AIR 1980 SC 1622194 (India, 1980) y Caso Residentes de “Bon Vista Mansions” c/ Consejo Local Metropolitano Sur, Alta Corte de Sudáfrica (Witswatersrand Local Division), Case N°: 01/12312, 2001 (Sudáfrica), todos en COHRE, Op. Cit., pp. 112-113, 114, 114-115 y 121-124, respectivamente.

⁸⁶ Caso Subas Kumar c/ Estado de Bihar, AIR 1991 SC 420, Suprema Corte de India (India, 1991) y Caso F.K. Hussain c/ Unión de India, O.P. 2741/1988 (India, 1990), ambos en COHRE, Op. Cit., pp. 114-115 y 115-117, respectivamente.

⁸⁷ Comentarios Generales a Azerbaiján (1997) disponible en

[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/5e2712360d12fd9d8025656b00459de5?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/5e2712360d12fd9d8025656b00459de5?Opendocument), a Canadá

(1998) disponible en

[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/c25e96da11e56431802566d5004ec8ef?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/c25e96da11e56431802566d5004ec8ef?Opendocument), a

Nepal (2001) disponible en

[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/23bca90adfee5fac1256abe00442dbc?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/23bca90adfee5fac1256abe00442dbc?Opendocument), a

Panamá (1995/2001) disponible en

[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/003f436e1fef5729c12563e9003696e4?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/003f436e1fef5729c12563e9003696e4?Opendocument) y a

Uruguay (1994) disponible en

[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/37ca8ed9111940b6c12563e80048b951?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/37ca8ed9111940b6c12563e80048b951?Opendocument).

⁸⁸ Comentarios Generales a Azerbaiján (1997) disponible en

[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/5e2712360d12fd9d8025656b00459de5?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/5e2712360d12fd9d8025656b00459de5?Opendocument), a Bolivia

(2001) disponible en

[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/63d5544c3a5a1832c1256a4c002e02d1?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/63d5544c3a5a1832c1256a4c002e02d1?Opendocument)

, a Camerún

(1999) disponible en

[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/be038c6af192b6b0802568420051bf78?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/be038c6af192b6b0802568420051bf78?Opendocument), a

Colombia (1995) disponible en

[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/975c32e988faf98a8025648a004ecd6f?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/975c32e988faf98a8025648a004ecd6f?Opendocument), a

República Dominicana (1994, 1996, 1997) disponible en

[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/b1eb1544bee918f6c1256414004ee774?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/b1eb1544bee918f6c1256414004ee774?Opendocument), a

Guatemala (1996) disponible en

En consecuencia, si bien a primera vista estos otros elementos –la jurisprudencia comparada y los Comentarios Generales-, que ayudan a precisar el contenido normativo del derecho al agua, parecieran alejarse del análisis el caso Pascua Lama, no lo es tal. Estos elementos poseen una gran importancia ya que ilustran, en primer lugar, de manera concreta cómo interactúan los conceptos normativos de la disponibilidad, la calidad y la accesibilidad con la realidad, y, en segundo lugar, a través de los términos y conceptos identificados se enriquece el contenido normativo del derecho al agua como resultado de una aplicación efectiva del mismo.

Sin embargo, ninguno de los conceptos identificados fue recogido ni incorporado por la autoridad ambiental de la III Región en su resolución final, prescindiendo por completo del enfoque –tan relevante para este caso- de los derechos

[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/1f94f95e523f4fd125636100479efb](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/1f94f95e523f4fd125636100479efb), a Guinea (1996) disponible en
[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/811a21779c0a7c6fc1256361004850dd?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/811a21779c0a7c6fc1256361004850dd?Opendocument), a Irak (1997) disponible en
[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/811a21779c0a7c6fc1256361004850dd?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/811a21779c0a7c6fc1256361004850dd?Opendocument), a Mali (1994) disponible en
[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/fd5d64c5ea2e4323c12569580037dfc0?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/fd5d64c5ea2e4323c12569580037dfc0?Opendocument), a México (1994/1999) disponible en
[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/23bca90adfee5fac1256abe00442dbc?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/23bca90adfee5fac1256abe00442dbc?Opendocument), a Marruecos (2000) disponible en
[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/3c2870f27f2f5b83c12569a8005b0848?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/3c2870f27f2f5b83c12569a8005b0848?Opendocument), a Nepal (2001) disponible en
[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/23bca90adfee5fac1256abe00442dbc?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/23bca90adfee5fac1256abe00442dbc?Opendocument), a Nigeria (1998) disponible en
[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/dae3f1565f6d74f98025662c004f26c7?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/dae3f1565f6d74f98025662c004f26c7?Opendocument), a Panamá (1995/2001) disponible en
[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/003f436e1fef5729c12563e9003696e4?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/003f436e1fef5729c12563e9003696e4?Opendocument), a la Federación Rusa (1997) disponible en
[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/bca0697eccfd2471802564b2003d06a6?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/bca0697eccfd2471802564b2003d06a6?Opendocument), a Senegal (2001) disponible en
[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/6a32a26b9fd2a47ac1256ab900469638?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/6a32a26b9fd2a47ac1256ab900469638?Opendocument), a Islas de Salomón (1999) disponible en
[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/1b40b3c56398c1128025677e004b8546?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/1b40b3c56398c1128025677e004b8546?Opendocument) y a Uruguay (1994) disponible en
[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/37ca8ed9111940b6c12563e80048b951?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/37ca8ed9111940b6c12563e80048b951?Opendocument).

⁸⁹ Comentarios Generales a Irak (1997) disponible en
[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/811a21779c0a7c6fc1256361004850dd?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/811a21779c0a7c6fc1256361004850dd?Opendocument), a Panamá (1995/2001) disponible en
[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/003f436e1fef5729c12563e9003696e4?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/003f436e1fef5729c12563e9003696e4?Opendocument), a República de Siria (2001) disponible en
[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/c87121f815fd57bcc1256ab90048025f?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/c87121f815fd57bcc1256ab90048025f?Opendocument).

⁹⁰ Comentario General a Uruguay (1994) disponible en
[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/37ca8ed9111940b6c12563e80048b951?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/37ca8ed9111940b6c12563e80048b951?Opendocument).

⁹¹ Comentario General a Canadá (1998) disponible en
[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/c25e96da11e56431802566d5004ec8ef?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/c25e96da11e56431802566d5004ec8ef?Opendocument).

⁹² Comentario General a Panamá (1995/2001) disponible en
[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/003f436e1fef5729c12563e9003696e4?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/003f436e1fef5729c12563e9003696e4?Opendocument). Nos remitimos, a este respecto, a lo dicho en la cita a pie página n° 78 del presente informe.

económicos, sociales y culturales. Con seguridad, la consideración de conceptos tan significativos como el de la “adopción de medidas razonables y oportunas” o el de los “grupos vulnerables” le hubiera cambiado el rostro a la RCA y, de paso, la hubiera puesto a la altura de una resolución que se hace cargo –en los términos que internacionalmente se vienen imponiendo- de los derechos económicos, sociales y culturales de los habitantes del valle del Huasco.

4. 3. Hipótesis de responsabilidad estatal a la luz de la obligación tripartita

La obligación tripartita que establece el Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales tiene su primera referencia en el derecho específico a una alimentación adecuada, pero, en la práctica, son muchas las interpretaciones que se le han dado a dicha tipología. La Observación General N° 12 (alimentación adecuada) señala que todos los derechos humanos imponen tres tipos de obligaciones a saber:

- a) **Obligación de Respetar:** Este deber implica que un Estado Parte no puede tomar ninguna medida que resulte limitante o restrictiva para el goce de los DESC por lo que incluye abstenerse de realizar prácticas discriminatorias como Estado “policía”. Dentro de las acciones que se consideran nocivas y contraproducentes a esta garantía, se incluyen políticas o normativas que sean manifiestamente incompatibles con las leyes establecidas por el Comité, otros tratados internacionales, leyes nacionales y el rechazo o suspensión de la legislación necesaria para el continuo goce y satisfacción de los DESC.

- b) **Obligación de Proteger:** Alude al hecho que los Estados Partes tienen que tomar todas las medidas necesarias para asegurar que los individuos bajo su jurisdicción están protegidos de las infracciones hacia a los DESC por terceros (particulares, grupos o comunidades). Se les obliga a los Estados a regular adecuadamente el actuar de ciertas entidades para así prevenir cualquier tipo de limitación que se le pueda causar a los derechos garantizados por el PIDESC. Además, los Estados deben proteger a los individuos ante cualquier tercero que realice acciones nocivas para el efectivo goce de estos derechos.

El Comité ha entendido que esta obligación acarrea tanto el deber de tener siempre en mente el principio de no discriminación o bien de tomar

medidas que aseguren el igual acceso a los DESC proveídos por terceras personas, como el de desincentivar prácticas en contra de estos derechos, estableciendo sanciones y la persecución penal hacia los agresores. Junto con ello, los Estados Partes deben adoptar mecanismos para proteger a todo grupo en la sociedad que se considere vulnerable y marginal.

Es importante enfatizar que si bien el concepto de discriminación por parte de terceras personas se encuentra asociado directamente con la Observación General N° 5, la cual alude específicamente a personas discapacitadas, ésta se describió sin tener en cuenta la obligación tripartita sino sólo se habló del proteger. Por lo mismo, el Comité decidió adoptar el término “proteger” no sólo para ese derecho sino para el pacto en general.

c) **Obligación de Cumplir:** Que se fragmenta, a su vez, en:

1. **Facilitar:** Requiere que el Estado cree, realice y participe en actividades destinadas a asistir tanto a los individuos como a la sociedad entera en el goce y disfrute pleno de los derechos económicos, sociales y culturales.

2. **Garantizar:** Este deber implica que el Estado debe avalar cualquiera de los derechos contenidos en el PIDESC, cuando un particular o bien un grupo esté inhabilitado por motivos externos a estos, para realizarlo y disfrutarlo por su cuenta. En dicho caso, el Estado tiene la obligación de garantizar ese derecho de manera inmediata y directa. Sin embargo, el Comité menciona que la extensión de esta obligación se encuentra siempre sujeta al texto del pacto y, por consiguiente, existen situaciones en que el Estado debe garantizar un derecho aun cuando las personas puedan satisfacerlo por sus propios medios.

De acuerdo con el Comité, el garantizar además incluye a las víctimas de desastres causados por fenómenos naturales, lo que implica que los Estados Partes sean requeridos a reconocer los derechos contenidos en el Pacto inclusive dentro de sus políticas y sistemas legales a nivel nacional.

3. **Promover:** De acuerdo con la Observación General N° 14 (relativa al derecho a la salud), este deber implica que los Estados deben realizar una

serie de acciones relacionadas con los derechos contenidos en el Pacto, tendientes a entregar a los individuos, un acceso a la información, capacitación para asegurar la diseminación de información apropiada relacionada con los derechos y un apoyo en las diferentes elecciones y decisiones que pueden tomar para el pleno disfrute de ellos.

Tal como el Comité lo menciona, existen varias formas en que un Estado puede violar esta obligación, como por ejemplo, fallar en la adopción de políticas nacionales destinadas a garantizar los DESC a través de recursos insuficientes, una mala ubicación de los recursos públicos, un ineficiente e incorrecto monitoreo de la realización de los derechos a nivel nacional o bien una errónea decisión en los mecanismos destinados a reducir la distribución desigual de la riqueza y el disfrute de los derechos propiamente tal.

Tomando en cuenta estas definiciones y en virtud de lo dispuesto por la Observación General N° 15 en su párrafo 20 y siguiente, en el **derecho al agua**, la **obligación de respetar, proteger y cumplir** se manifiestan de diversas maneras pero de manera general, y al vincular una con otra, se exige “que los Estados Partes se abstengan de injerirse directa o indirectamente en el ejercicio del derecho al agua (...) de limitar el acceso a los servicios e infraestructuras de suministro de agua o destruirlos como medida punitiva (...) que los Estados Partes impidan a terceros (particulares, grupos, empresas y otras entidades y sus respectivos representantes) que menoscaben en modo alguno el disfrute del derecho al agua”.⁹³ Esto implica que cada Estado Parte debe adoptar todo tipo de medidas (inclusive legislativas) adecuadas y necesarias, para garantizar el igual acceso al agua potable aun cuando hayan terceros que exploten o controlen la fuente de ésta. “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.”⁹⁴

La obligación de cumplir al estar subdividida a su vez en facilitar, promover y garantizar, implica que, junto con lo señalado previamente en relación con el respeto y

⁹³ Observación General N° 15, párrafo 20.

⁹⁴ Ibidem., párrafos 23 y 24.

protección que dicho derecho amerita, cada Estado Parte tiene la exigencia de adoptar medidas positivas y efectivas que ayuden a todo individuo y a la comunidad en general a ejercer el derecho (facilitar), a contar con la información adecuada sobre el uso higiénico del agua, la protección de sus fuentes y los métodos viables para reducir los desperdicios de ella (promover) y por último, 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 (garantizar).

La obligación de cumplir 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

Las **obligaciones** ya mencionadas y descritas, se ven **infringidas o violadas en su esencia**, desde el punto de vista del Comité, ya sea por actos y/u omisiones que llevan (o no) a cabo los Estados Partes cuando no cumplen con el contenido mínimo de lo que el derecho como tal impone. Nuevamente en la misma Observación ya mencionada, el Comité describe cuándo se está en presencia de una violación a la tipología tripartita. La violación a la **obligación de respeto** que merece el derecho al agua, incluye, entre otras cosas, la interrupción o desconexión arbitraria o injustificada de los servicios o instalaciones de agua, los aumentos desproporcionados o discriminatorios del precio del agua, la contaminación y disminución de los recursos de agua en detrimento de la salud del ser humano.

La **obligación de proteger** se ve transgredida o infringida cuando 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

⁹⁵ Ver Ibidem., párrafos 25 y ss.

incluyen (entre otras cosas): no promulgar o hacer cumplir leyes que tengan por objeto evitar la contaminación y la extracción no equitativa del agua, no regular y controlar eficazmente los servicios de suministro de agua, no proteger los sistemas de distribución de agua de la injerencia indebida, el daño y la destrucción.

A su turno, la violación de la **obligación de cumplir** se produce cuando los Estados Partes no adoptan todas las medidas necesarias para garantizar el disfrute del derecho al agua.

En consideración a lo recientemente expuesto cabe cuestionarse de qué manera Chile, como Estado Parte del PIDESC, cumple con las obligaciones tripartitas que dicho derecho impone a todos los Estados Partes por igual, aunque dependiendo de los respectivos recursos disponibles de cada país. De este análisis deberá concluirse, necesariamente, que el Estado de Chile, por medio de la Resolución de Calificación Ambiental (RCA) dictada por la COREMA de la III Región, infringió la **obligación de respetar**, ya que con la aprobación del proyecto minero limitó y restringió el goce del derecho al agua de los habitantes del valle, vulnerando con ello el deber de abstención que en este sentido establece el Comité. Además, la propia RCA que aprobó el proyecto, dejó de lado en sus consideraciones el contenido mínimo que el Comité estableció en cuanto a la disponibilidad, calidad y accesibilidad, ya que si bien tuvo conciencia de los posibles impactos o efectos sobre los recursos hídricos, no logró satisfacer los estándares normativos del derecho al agua a los que el Estado chileno debe sujetarse. Esto en la práctica se traduce, en que debido a la extracción de agua necesaria para realizar el proyecto, no se estaría respetando la disponibilidad señalada por el Comité al poner en riesgo, la continuidad y suficiencia del recurso para los usos personales y domésticos, los que comprenden, según el Comité DESC, el consumo, el saneamiento, el lavado de vestimentas, la preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica.

También se infringió la **obligación de proteger**, por cuanto la misma resolución no tomó las medidas necesarias, durante la etapa de estudio y resolución del proyecto, tendientes a asegurar que los individuos bajo su jurisdicción (habitantes del valle del Huasco en este caso) fueran protegidos frente a las infracciones que terceros (compañía minera Nevada Ltda.) pudiesen efectuar en contra del derecho al agua. Esto se ilustra en

la aprobación definitiva del proyecto aún teniendo claro los efectos nocivos y riesgosos que en el futuro se puedan generar como consecuencia directa de la ejecución del mismo. Dicho de otro modo, si bien la resolución estableció límites para la compañía minera, al permitir el proyecto y facultar que un tercero –como en este caso lo es la compañía Nevada Ltda.- ingrese al valle y extraiga los minerales que allí se encuentran, se atenta contra la idea de protección del derecho al agua y, más específicamente, contra el factor de la calidad del agua, ya que, en caso de producirse el más mínimo contacto de los residuos tóxicos con los cursos de agua, la salubridad necesaria para los usos personales y/o domésticos desaparece frente al riesgo que puedan llegar a constituir, para la salud de las personas, la presencia en las aguas de microorganismos o sustancias químicas y/o radioactivas.

Finalmente, se infringió la **obligación de cumplir** debido a que el la resolución emitida, no veló de manera adecuada para garantizar el efectivo disfrute del derecho. Esto, porque, en primer lugar, y tal como se mencionó previamente, se limita a los habitantes de la zona, en cuanto a la disponibilidad del agua necesaria para satisfacer sus necesidades básicas. En segundo lugar, la obligación de cumplir se vulnera –desde la dimensión de promover-, porque junto con la disponibilidad, la accesibilidad también se ve afectada, de manera tal que aún cuando los glaciares no sean intervenidos directamente por la compañía, la simple aparición de efectos colaterales o secundarios implicará, un daño a las valiosas y escasas fuentes de abastecimiento hídrico de la zona que mantienen una distribución de las aguas de manera armónica en relación a las estaciones del año, pues éstas amenazan con desaparecer.

De manera más notoria aun, se violó la obligación de garantizar, pues la RCA no se pronunció en los términos que debía hacerlo respecto del derecho al agua. La resolución, a través de una abstención u omisión, prescindió de los estándares normativos del derecho al agua a los que debía someterse al no garantizar, de manera inmediata y directa, en modo alguno, el derecho al agua. El Estado se apartó de la lógica o enfoque precautorio consagrado por el propio PIDESC, ya que al permitir la realización del proyecto sólo tomando en cuenta los básicos datos que tenía en su poder la COREMA –alguno de los cuales no fueron totalmente acreditados-, no se podía descartar la posibilidad, que en un futuro se viole el derecho al agua. Esto, en el sentido de que nada asegura que en un tiempo más, los efectos del proyecto no causen daños o

cambios relevantes que provoquen un perjuicio irreparable en la zona y a los habitantes del valle, siendo precisamente esa, una de las obligaciones más significantes para el Estado: asegurar que la realización del proyecto no va a tener consecuencias negativas en el futuro o, dicho de otro modo, garantizar debidamente y bajo todas sus dimensiones el derecho al agua.

Es por todo lo anterior y por la notoria vulnerabilidad que sufre el derecho al agua tanto desde el punto de vista del contenido mínimo como de la obligación tripartita, que no cabe concluir otra cosa que de la violación del derecho al agua por parte del Estado chileno. Al permitir la realización del proyecto minero Pascua Lama mediante el pronunciamiento final de la COREMA de la III Región, y a la luz de lo establecido por la obligación tripartita, se genera la responsabilidad internacional de éste, ya que se infringen, específicamente, el **párrafo 1 del artículo 11 del PIDESC** y el **artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos**. El primero, al no reconocer el derecho al agua –contenido implícitamente en dicho artículo- y por no haber tomado las medidas apropiadas para asegurar la efectividad del derecho y, el segundo, por atentar contra la noción de desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales que dicho precepto establece.

5. Implicancias y efectos concretos de la contaminación de las aguas sobre las comunidades indígenas del valle⁹⁶

Cabe consignar que la eventual contaminación de los recursos hídricos del valle alcanza una importancia gravitante por cuanto no sólo afectaría a las comunidades aledañas al proyecto, sino que también pone en jaque la supervivencia de pueblos indígenas que habitan en el sector, el desarrollo del auspicioso sector exportador de la provincia –dentro del que se destaca fundamentalmente los productos agrícolas-⁹⁷ y el potencial turístico de la zona. En fin, de producirse alguna contaminación hídrica, en

⁹⁶ Ver YAÑEZ, Nancy, Op. Cit., pp. 45 a 50.

⁹⁷ Dentro de la oferta exportable se encuentran los siguientes productos agrícolas: aceite de jojoba, aceite de oliva, alcachofas, aceitunas, ajo, flores, limones, nueces, nectarines, morrón, orégano, paltas, pasas, pepinos dulces, pisco, pimientos secos, queso de cabra, tomates, uva de mesa, uva pisquera, entre otros. Fuente: ProChile. Para mayor información ver sitio web <http://www.prochile.cl/atacama/>.

esta particularmente vulnerable provincia, las secuelas ambientales, étnicas, culturales y económicas serán significativas, por no decir devastadoras.

El proyecto minero Pascua Lama impacta directamente formas de vida y costumbres de la Comunidad Agrícola de los Huascoaltinos, la cual está integrada por personas que, de acuerdo a los antecedentes históricos disponibles y sus propios rasgos distintivos, descienden de las comunidades diaguitas que desde tiempos precolombinos han habitado este territorio. Su estructura social se articula sobre la base de la ocupación ancestral del territorio y del desarrollo de actividades productivas que se caracterizan por ser silvo-pastoriles, dedicada al pastoreo de ganado caprino y mular y a la agricultura. Es importante resaltar que la actividad silvo-pastoril de los Huascoaltinos hace uso de todos los recursos ecológicos-ambientales y naturales existentes en sus territorios –dentro de los cuales se encuentra, por cierto, el agua-, para de este modo constituir un espacio cultural, social y económico que se localiza en la Precordillera y Cordillera de los Andes. Así, las particularidades socio-culturales de esta comunidad han sido reconocidas por la legislación chilena, mediante la Ley 19.253 sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas y por el D.F.L. N° 5 de 1967 – relativo a las Comunidades Agrícolas- y sus posteriores modificaciones, a través de la cual el Estado de Chile reconoce tanto la propiedad ancestral comunitaria de los Huascoaltinos sobre sus territorios como las reglas consuetudinarias que regulan la propiedad y sus particulares sistemas de uso.⁹⁸

Los principios establecidos en la Ley Indígena imponen al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y a las instituciones administrativas y judiciales a cargo de su implementación, obligaciones específicas vinculadas a la ejecución de proyectos en territorios indígenas, tales como: conservar las manifestaciones étnicas y culturales propias de las etnias indígenas, proteger las tierras indígenas como fundamento de la existencia y cultura indígenas, valorar la existencia de las etnias indígenas por ser parte esencial de las raíces de la nación chilena, su integridad y desarrollo de acuerdo a sus costumbres y valores, respetar, proteger y promover el

⁹⁸ Entender de otra manera el derecho ancestral de las comunidades indígenas sobre los recursos naturales, y, específicamente sobre el agua, es negar o desconocer el derecho de propiedad que éstas comunidades tienen sobre este derecho, el cual, por lo demás, se encuentra asegurado –en sus diversas especies- por nuestra Constitución Política en su artículo 19 N° 24.

desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades, adoptando las medidas adecuadas para tales fines, proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación.

Por su parte, debemos consignar que los recursos naturales poseen un inestimable valor para los pueblos originarios puesto que, a partir de ellos, los indígenas configuran sus complejos modos de vida. Fundan gran parte de su existencia, principalmente, en la idea de territorialidad, entendiéndola de una manera omnicomprendensiva e integral, en donde todos los recursos naturales que componen su hábitat forman parte de una mixtura totalmente equilibrada y, a su vez, altamente sensible y vulnerable.

Intentar comprender las particulares visiones que tienen, en general, los indígenas respecto del agua es abordar el tema de los indígenas y los recursos naturales de manera incompleta. Esto porque el agua forma parte de una infinidad de recursos proveídos por la naturaleza (subsuelos, riveras, tierras, etc.) de incuestionable importancia y que, necesariamente, deben ser examinados como un todo, especialmente si consideramos que es esta la perspectiva con que las etnias y pueblos originarios ven su relación con el entorno.

La mayoría de las legislaciones nacionales, a través de sus políticas públicas, suelen negar o ignorar la existencia o la importancia de los marcos normativos consuetudinarios referentes a los derechos y usos tradicionales indígenas y a la gestión de los recursos naturales. Así, y con respecto a los recursos hídricos, “parece evidente que, al no existir mínimamente sistemas claros de reconocimiento de usos y derechos indígenas, la eventual referencia a sistemas de gestión integral del agua se encuentra muy debilitado”.⁹⁹

En cuanto al uso de los recursos naturales por los pueblos indígenas, los elementos que forman parte integral de la estrategia cotidiana de subsistencia de las comunidades indígenas son la propiedad colectiva y el parentesco. Las ventajas de un

⁹⁹ GENTES, Ingo, *Derecho de Agua y Derecho Indígena. Hacia un reconocimiento estructural de la gestión indígena del agua en las legislaciones nacionales de los Países Andinos*, CEPAL, Santiago de Chile, 2001., p. 3. Disponible en el sitio web <http://www.eclac.cl/drni/proyectos/walir/doc/walir10.pdf>.

sistema de propiedad común para el uso de gran parte de los recursos naturales son varias, entre ellas, se pueden apreciar las siguientes:¹⁰⁰

a) Los bienes indivisibles, como el recurso de la biodiversidad, y actividades tales como la protección de cuencas son, por un lado mejor manejados a escala de la gestión integral de cuenca en vez de a escala del recurso dividido.¹⁰¹

b) Ciertos recursos naturales, como es el caso del agua, aún no siendo recursos de libre uso en las comunidades indígenas, están sometidos a controles y restricciones socioculturales; en general muchos grupos indígenas permiten que ciertos recursos sean utilizados en un área extensa, de manera de asegurar las posibilidades de obtenerlos en cualquier momento del año.

De acuerdo a esto último, “parece evidente que los valores, creencias y rituales son un elemento clave de las estrategias tradicionales de subsistencia y de construcción de etnicidad. Constituyen un sistema de reglas y una ética común –no necesariamente igualitaria o equitativa- del uso de los recursos naturales. El uso y la conservación se convierten en muchas comunidades indígenas en una relación entre los hombres y los seres, lo que incluye que se debe practicar la disciplina en el uso de los recursos naturales. Procedimientos rituales, aunque de expresión híbrida, son un componente esencial para mediar en los conflictos entre los humanos y otras criaturas”.¹⁰²

A pesar de esto, la falta de protección de los derechos indígenas sobre sus recursos naturales es una realidad habitual en nuestro continente. Se ha dicho, incluso, que “parece que hubiera un factor en común en la demanda de la territorialidad de los pueblos indígenas andinos: la propiedad de la tierra no otorga en la interpretación positivista de la ley, derechos sobre el subsuelo del predio, ni sobre las aguas (subterráneas), ni las riberas, ni las especies que en ella residen (...). Las consecuencias de esta situación de desprotección de derechos *de facto* son graves no solamente en términos culturales, sino también en términos ambientales y económicos”.¹⁰³

¹⁰⁰ Ver estos aspectos en Ibidem., p. 4.

¹⁰¹ Si bien se han hecho bastantes propuestas legales, políticas e institucionales en los países andinos que resaltan la importancia de la gestión concertada en el ámbito de las cuencas hidrográficas, en la práctica son pocos los casos en que se concretizan genuinas plataformas de gestión democrática y multisectorial.

¹⁰² GENTES, Ingo, Op. Cit., p. 4.

¹⁰³ Ver SIERRA, María Teresa, *Conflicto cultural y derechos humanos: en torno al reconocimiento de los sistemas normativos indígenas*, en: Memoria, No. 147, mayo, 2001, México, y; TOLEDO LLANCAQUEO, Víctor, *Todas las aguas, el subsuelo, las riberas, las tierras.- Notas acerca de la*

Así las cosas, la defensa y amparo de los derechos sobre la tierra y sus recursos ha formado parte de las exigencias básicas de los movimientos indígenas continentales. Sin embargo, “en América Latina las demandas por un *status* de propiedad específico para las tierras indígenas, que las resguarde de cualquier tipo de despojo, han sido traducidas legalmente en normativas sobre la propiedad del suelo o del agua, respectivamente, y no en una normativa conjunta que entienda ambos recursos como recursos unidos. Por una parte, aún existe, en varios casos, una contraposición elemental entre el concepto indígena de tierra, que engloba todos los recursos -suelo, agua, riberas, subsuelo, bosques y praderas-, y el concepto jurídico que desvincula estos elementos en distintos regímenes de propiedad y concesión a particulares. Esto, por otra parte, es una característica del derecho general de la región, y no una discriminación específica”.¹⁰⁴

Es evidente, entonces, que la territorialidad, principio clave de la supervivencia y el discurso político indígena, no es ni debe ser un derecho a realizar en el vacío, ni que tampoco se limite a aspectos puramente simbólicos.

En lo que respecta al reconocimiento legal de los usos y costumbres indígenas y las políticas de los recursos, “las Constituciones Políticas de los países andinos forman parte de una *lógica inclusoria*, es decir, consideran que los recursos naturales son del Estado y como el Estado representa a toda la sociedad, los recursos naturales son para el beneficio de todos. Pero resulta que este beneficio no llega a todos de la misma manera”.¹⁰⁵

Producto de este punto de vista, la lógica de un mercado del agua por ejemplo, que de manera generalizada y uniforme, regule su uso y distribución (tal como ocurre en Chile), va en absoluto contrasentido con la ideología de la mayoría de las comunidades indígenas y campesinas del continente.

En consecuencia, dado que los recursos naturales forman parte de una política de Estado y de economía, donde las formas rentables y mercantiles de manejo de agua son priorizadas frente a los sistemas de gestión comunal o de la propiedad común de los

(des)protección de los derechos indígenas sobre sus recursos naturales y contribución a una política de defensa. 2001, Temuco. Ambos en GENTES, Ingo, Op. Cit., p. 5.

¹⁰⁴ GENTES, Ingo, Op. Cit., p. 6.

¹⁰⁵ Ibidem., p. 7.

recursos, es necesario reafirmar legalmente los derechos provenientes de los usos y costumbres indígenas, en lo que a los recursos naturales dice relación.

Lo dicho hasta acá es plenamente concordante con lo que el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes¹⁰⁶ ha establecido, en su artículo 15.1, respecto de los recursos naturales que se encuentran en territorios indígenas, ya que, según preceptúa el mencionado artículo “los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos”.

El Convenio hace también referencia a la necesidad de reconocer sus derechos de “propiedad y de posesión” sobre las tierras que ocupan “tradicionalmente”, a la responsabilidad de los gobiernos en adoptar las medidas necesarias para “determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión” y estipula que deberán “instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para decidir las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados”.¹⁰⁷

De acuerdo a lo revisado hasta aquí, se hace necesario revisar cómo la autoridad se hace cargo de este asunto, analizando la Resolución de Calificación Ambiental del 15 de febrero del presente año, dictada por la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Tercera Región de Atacama.

La Corema, en dicha resolución, no sólo se refiere incompletamente al tema, sino que, además, lo hace, a nuestro parecer, en forma deficiente ya que como se expondrá a continuación, o no considera aspectos relevantes de la discusión, o si lo hace, centra la atención en puntos que si bien son importantes, no son los más gravitantes ni mucho menos los únicos.

¹⁰⁶ El Convenio 169 de la OIT es uno de los más importantes documentos en cuanto a derechos indígenas se refiere. Fue adoptado el 27 de junio de 1989 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en Ginebra. En este Convenio se hace especial relevancia de los derechos de los pueblos indígenas, y a la especial relación que ellos mantienen con la tierra y/o el territorio y el consiguiente respeto que los Estados deben guardar a ellos y a sus recursos naturales. No está demás decir que hasta la fecha dicho Convenio no se encuentra ratificado por el Estado de Chile.

¹⁰⁷ YAÑEZ, Nancy, Op. Cit., p. 15.

Lo anterior se aprecia luego del análisis de la RCA la cual señala que “respecto de los efectos, características y circunstancias señalados en la letra d) del artículo 11 de la Ley 19.300, Localización Próxima a Población, Recursos y Áreas Protegidas, debe indicarse que el proyecto no se localizará próximo a población, recursos y áreas protegidas susceptibles de ser afectadas, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar no será afectado”.¹⁰⁸

Sin embargo, en seguida agrega que “de acuerdo a lo señalado por la CONADI, existe una población protegida por la Ley Indígena que se encuentra susceptible de ser impactada. Este organismo ha indicado que no se señala la forma en que se protegerán y respetarán los derechos de las comunidades indígenas; ello en razón que el estudio sólo hace una referencia genérica a las comunidades, sin considerar las particularidades de este grupo especialmente protegido, en lo que dice relación con las manifestaciones de la cultura. Este organismo ha indicado que no se señala la forma en que se protegerán y respetarán los derechos de las comunidades indígenas; ello en razón que el estudio sólo hace una referencia genérica a las comunidades, sin considerar las particularidades de este grupo especialmente protegido, en lo que dice relación con las manifestaciones de la cultura”.¹⁰⁹

En cuanto a la afectación de los recursos naturales la RCA establece que “el proyecto se localiza en las nacientes de los ríos del Estrecho y el Toro, tributarios de los ríos del Tránsito y el Carmen. El río el Tránsito alimenta a los territorios de cultivo de los Comuneros Diaguitas, los Huascolatinos, quienes en la parte baja del valle tienen sus viviendas y desarrollan la agricultura, lo que constituye su principal actividad productiva. Respecto de esta Comunidad y que se dedica a la crianza de ganado caprino, desde el valle hacia las veranadas que se localizan en la cordillera, en áreas cercanas al proyecto, el titular no podrá limitar el acceso a la comunidad a esos sectores, en tanto dicha actividad se trata de una costumbre ancestral.”¹¹⁰

No obstante lo anterior, finalmente la autoridad determina que “con relación a los efectos señalados por la CONADI, es preciso destacar que en opinión de la

¹⁰⁸ Resolución de Calificación Ambiental dictada por la Comisión Regional del Medio Ambiente, de 15 de febrero de 2006, p. 151.

¹⁰⁹ Ibidem.

¹¹⁰ Ibidem.

COREMA, los eventuales efectos han sido adecuadamente abordados con las medidas planteadas precedentemente y en el numeral anterior (*que principalmente dicen relación con la creación de un Fondo de Desarrollo Sustentable, de un Plan de Monitoreo Social y con Auditorias Ambientales Independientes*), y con las condiciones señaladas en el considerando N° 9.7 (*el Titular deberá informar a la COREMA las condiciones en que se desarrollará la interacción entre la población indígena del sector, su actividad ganadera y el proyecto minero. En caso de producirse impactos ambientales no previstos el Titular deberá hacerse cargo de implementar las medidas que correspondan*)”.¹¹¹

De éste extracto es posible apreciar que aún cuando la CONADI da cuenta de la existencia de la comunidad diaguita –señalando que ésta es susceptible de ser afectada-, ni se indica por parte del titular del proyecto la forma de proteger los derechos y cultura de los indígenas, ni tampoco que uno de los ríos posiblemente afectados por el proyecto es el que alimenta sus cultivos (cuestión ya planteada en el ICSARA N° 2, y que no ha sido aclarada, rectificadora o ampliada por el titular, o al menos la RCA no da cuenta de ello)¹¹², la COREMA se limita a sostener que estos posibles efectos han sido “adecuadamente abordados”, cuando en realidad las medidas para contrarrestarlos son insuficientes. Esto es posible afirmarlo en el sentido de que al evaluar el tema en cuestión, el organismo que debe establecer el estándar en este punto es la CONADI (como lo hizo, señalando que efectivamente la comunidad Huascoaltina se encuentra susceptible de ser afectada por la proximidad del proyecto) puesto que es ella la llamada, entre otras cosas, a promover la adecuada explotación de las tierras indígenas, velar por su equilibrio ecológico, por el desarrollo económico y social de sus habitantes a través del Fondo de Desarrollo Indígena¹¹³, por lo que la Corema debió sujetarse a las indicaciones señaladas por la CONADI, como organismo específico e idóneo para evaluarlos.

Luego, la resolución en análisis señala que “el Titular del proyecto deberá dar seguimiento a la evolución de las variables ambientales vinculadas a la ejecución del

¹¹¹ Ibidem.

¹¹² Segundo Informe de Solicitud de Aclaraciones, Rectificaciones y/o Ampliaciones al Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto “Modificaciones Proyecto Pascua Lama” de la Compañía Minera Nevada Ltda., punto 7.5 referidas a los efectos en la dimensión antropológica, letra c)., p. 39.

¹¹³ Según así lo dispone el artículo 39 letra f) de la Ley 19.253 Sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas.

proyecto, junto con un análisis periódico de la efectividad de las medidas de mitigación, reparación, compensación y de prevención de riesgos definidos en el Estudio de Impacto Ambiental, su Adenda, y la presente Resolución. El proyecto considera el siguiente Plan de Seguimiento: (...) i) Plan de Monitoreo Social: (...) Dadas las características de la población indígena de ambas comunas y en especial el nivel organizacional que presenta la comunidad diaguíta, esta constituirá parte de la orgánica de seguimiento a través de los representantes de sus organizaciones, las cuales ya cuentan con personalidad jurídica. Concretamente, fruto del proceso de reetnificación que está experimentando este grupo humano, el acento específico del Plan de Monitoreo en este caso, debe estar en resguardar que el Proyecto no interfiera en sus avances, básicamente a causa de la generación de alteraciones en la dimensión antropológica, por medio por ejemplo de flujos migratorios”.¹¹⁴

También es posible rescatar de esta consideración de la autoridad, que a pesar de que existe un buen intento por proteger las características socio-culturales de la comunidad de los Huascoaltinos, este es incompleto ya que existen otras dimensiones que sin duda se encuentran en una situación de riesgo bastante importante por la realización del proyecto. Concretamente es posible mencionar, a este respecto, la especial relación que tienen los indígenas con los recursos naturales (ya tratada en este informe) y del cual no se hace cargo la autoridad en los términos que debería hacerlo. Es por esto que señalamos que la RCA es deficiente en su intento por proteger a estas comunidades, ya que sólo se refiere a algunos temas y además lo hace en forma insuficiente.

Otra situación que cabe recalcar, es que si bien la autoridad emitió el documento ICSARA N° 2, en el que se hace una serie de peticiones al titular del proyecto, basta contrastar este documento con la RCA de febrero del presente año, para encontrar una serie de deficiencias en ésta última, en cuanto a que no se hace cargo de las peticiones anteriormente hechas por la misma Corema en el ICSARA N° 2.

Ejemplo de lo señalado es lo solicitado por la autoridad, en cuanto a que el titular debía ampliar la información entregada sobre:

¹¹⁴ Resolución de Calificación Ambiental dictada por la Comisión Regional del Medio Ambiente de la III Región, el 15 de febrero de 2006, pp. 152 y 164.

- a) “La estructura social y económica de esta población, en particular la actividad silvo-pastoril, la agricultura, y la trashumancia (invernadas y veranadas).
- b) Las manifestaciones étnicas y culturales propias de la comunidad en el que convergen aspectos sociales, económicos, religiosos y jurídicos.
- c) Los mecanismos concretos con los cuáles la empresa desarrollará la interacción entre la población indígena del sector, respetando la actividad agrícola y ganadera y la estructura sociocultural, e incorporando medidas de mitigación en caso de que dichas actividades se vieran afectadas”.¹¹⁵

Así, luego de analizar la RCA, es posible señalar que ésta no hace mención a los puntos descritos, o si lo hace, es en forma vaga y no se trata de datos concretos ni de acciones o mecanismos claros como los solicitados en el ICSARA N° 2.

Ahora, luego del análisis anterior, nos corresponde revisar la citada RCA a la luz de la obligación tripartita, tratada anteriormente en éste estudio, para poder así establecer la responsabilidad internacional del Estado de Chile, por haber infringido los estándares de respeto, protección y cumplimiento establecidos por el Comité DESC.

Por ello, podemos señalar que el **Estado de Chile infringe la obligación de respetar** que tiene como Parte del PIDESC, ya que según el caso en análisis, la RCA dictada por la Corema de la Región de Atacama es manifiestamente incompatible con las leyes establecidas por el Comité DESC, específicamente con su Observación General N° 15 sobre el derecho al agua (establecido en los artículos 11 y 12 del PIDESC, la que establece que “el Comité señala la importancia de garantizar un acceso sostenible a los recursos hídricos con fines agrícolas para el ejercicio del derecho a una alimentación adecuada (véase la Observación general N° 12 (1997)). Debe hacerse lo posible para asegurar que los agricultores desfavorecidos y marginados, en particular las mujeres, tengan un acceso equitativo al agua y a los sistemas de gestión del agua, incluidas las técnicas sostenibles de recogida del agua de lluvia y de irrigación. Tomando nota de 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”, **los**

¹¹⁵ ICSARA N°2, página 39.

Estados Partes deberían garantizar un acceso suficiente al agua para la agricultura de subsistencia y para asegurar la de subsistencia de los pueblos indígenas”.¹¹⁶

De lo anterior es posible concluir que por la aprobación del proyecto el Estado de Chile infringe la obligación de respetar, ya que (ignorando la opinión de la CONADI, ente idóneo para emitir opinión sobre el tema) adopta una resolución que limita el acceso suficiente al agua para los cultivos de la comunidad indígena Huascoaltina, comprometiendo su subsistencia.

También podemos concluir que el **Estado de Chile, infringe la obligación de proteger**, ya que no tomó las medidas necesarias para asegurar que la comunidad indígena de los Huascoaltinos, bajo su jurisdicción, estuvieran protegidos de la infracción a los DESC por parte de la Compañía Minera Nevada. Esto es posible constatarlo por el estudio del proceso de calificación ambiental al que se sometió el proyecto en cuestión, ya que desde un comienzo no se hicieron las gestiones administrativas necesarias para dar cabal cumplimiento a ésta obligación, puesto que a pesar de existir un esfuerzo por parte de la autoridad, que como vimos anteriormente fue deficiente ya que no abordó temas absolutamente relevantes en este asunto, como por ejemplo, el de la especial relación de los indígenas con los recursos naturales; y otros que sí trató, lo hizo en forma errónea, de manera insuficiente, o simplemente no los consideró en la resolución final, como los temas planteados en el ICSARA N° 2, que fueron omitidos en la RCA de febrero del presente año.

Y, por último, el **Estado de Chile también infringió la obligación de cumplir**, tanto en su dimensión de de facilitar, ya que el Estado no adoptó las medidas positivas y efectivas para que la comunidad indígena pudiera gozar del derecho. Tampoco cumplió con la obligación de cumplir en su dimensión de promover, en cuanto ignoró la opinión de la CONADI, la cual proporcionó la adecuada información relativa a la susceptibilidad de afectación de la comunidad indígena del sector. Y tampoco cumplió con la dimensión de garantizar, ya que no está haciendo efectivo el derecho de los Huascoaltinos frente al actuar de Compañía Minera Nevada, puesto que mediante la

¹¹⁶ Observación General N° 15 del Comité DESC. 29° periodo de sesiones, 2002.

RCA en cuestión, aprobó el proyecto que limita el ejercicio del derecho de ésta comunidad indígena.

Por todo lo expuesto, señalamos que la RCA en análisis es deficiente por cuanto no trata de manera adecuada la situación de la comunidad indígena de los Huascoaltinos, ya que ignora aspectos muy relevantes de la discusión, como el tema de la relación de los indígenas con los recursos naturales, con lo que incumple con la obligación tripartita de respetar, proteger y cumplir que le impone la Observación General N° 15, generando la consiguiente responsabilidad internacional.

Finalmente, debemos indicar que existe una relevante jurisprudencia internacional relativa al tema en cuestión. A este respecto son emblemáticos los casos de la Comunidad Mayagna Awas Tingni contra el Estado de Nicaragua y el de la Comunidad Indígena Yakye Axa contra el Estado de Paraguay (ambos resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos), ya que ponen de manifiesto la importancia que representa para los indígenas su especial relación con la tierra y los recursos naturales.

En relación al **caso de la Comunidad Mayagna Awas Tingni contra Nicaragua** (2001), la Corte reconoció la relación cultural y espiritual que une a los pueblos indígenas con su territorio al interpretar de una manera amplia el derecho de propiedad consagrado en el artículo 21, señalando que dicha garantía contempla los sistemas tradicionales indígenas de tenencia de la tierra, aún cuando dicho precepto no lo establezca de forma expresa, ya que se indica en el fallo que “esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho de propiedad en un sentido que comprende entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal (...)”.¹¹⁷

Se señala, además, que para ellos la propiedad se fundamenta en su derecho consuetudinario y tradiciones, y que este derecho no depende del reconocimiento que haga el Estado de dicho territorio, ni tampoco de la obtención de un título de propiedad. A este respecto la Corte dijo que “el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas

¹¹⁷ Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos 31 de Agosto del 2001, caso Awas Tingni, Párrafo 148.

debe ser tomado especialmente en cuenta para los derechos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carecen de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento que no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, vida espiritual, integridad y supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción, sino un elemento material y espiritual de los que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”.¹¹⁸

Este caso marca un hito en la historia del reconocimiento de los derechos humanos a los pueblos indígenas, al contemplar la Corte por primera vez para resolver, un enfoque económico, social y cultural, y, fundamentalmente, la especial conexión existente entre la comunidad, la tierra y sus recursos en la protección de sus derechos, transformándose en un importante precedente para “comenzar a revertir la situación de sometimiento a la que han estado y están sujetos los pueblos indígenas del continente latinoamericano”.¹¹⁹

En lo que respecta al **caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa contra Paraguay** (2005), la Corte consideró que “los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural. En lo que respecta a pueblos indígenas, es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres”.¹²⁰

¹¹⁸ Ibidem., Párrafo 149.

¹¹⁹ Ver Red Desc, datos de jurisprudencia, Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua (Serie C, N° 79), disponible en el sitio web <http://www.escri-net.org/EspGeneral/CaseLawSearchResult.asp>.

¹²⁰ Caso Comunidad Yakye Axa v/s Paraguay, Consideraciones Previas, párrafos 51 y 52.

En su decisión la Corte reconoce que la propiedad privada tiene un valor superior para los miembros de la comunidad indígena, ya que “su goce efectivo implica no sólo la protección de una unidad económica sino la protección de los derechos humanos de una colectividad que basa su desarrollo económico, social y cultural en la relación con la tierra”.¹²¹ Al referirse a la tierra como una unidad conformada por diversos factores, cada uno de ellos indispensable para ejercer su derecho a la vida y desarrollar su cultura, la Corte señaló que “la ocupación de un territorio no se restringe al simple núcleo de casas de los indígenas. Por el contrario, el territorio incluye un área física conformada por un núcleo de casas, recursos naturales, cultivos, plantaciones y su entorno, ligados en lo posible a su tradición cultural”.¹²²

En definitiva, la Corte Interamericana reconoce, en estos trascendentales fallos para los pueblos indígenas, que el derecho a la vida de éstos está íntimamente ligado a la tierra y sus recursos naturales, vistos como una unidad que les permite ejercer sus costumbres, mantener su cultura a través del tiempo y satisfacer sus necesidades como pueblo. Así, como se señala en el caso de la comunidad Yakye Axa, “la cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural”.¹²³

Ambos pronunciamientos permiten vislumbrar el criterio actual de la Corte y, en general, de toda la comunidad internacional, que comienza a inclinarse por el reconocimiento progresivo de los derechos de los pueblos indígenas, considerando para aquello su situación de vulnerabilidad frente al desarrollo económico imperante y, lo más importante, protegiendo su particular cosmovisión de la propiedad y de los recursos naturales, estableciendo así un precedente de vital importancia para la defensa y mantenimiento del desarrollo social, cultural y económico de los pueblos indígenas.

¹²¹ Ibidem., párrafo 72

¹²² Ibidem., párrafo 52 c.

¹²³ Ibidem., párrafo 68.

A modo de conclusión, debemos indicar que nos parece que la aproximación realizada por la COREMA de la III Región a la temática indígena deja mucho que desear, ya que con su determinación pasa por alto aspectos tan relevantes para los indígenas como su especial y compleja relación con los recursos naturales, al disponer abiertamente del recurso hídrico del sector. La total prescindencia de este particular enfoque por parte de la autoridad ambiental, plantea serias dudas acerca del grado de consideración de ésta respecto de las comunidades indígenas, lo que pone en evidencia, una vez más, el históricamente inadecuado tratamiento de las demandas y perspectivas indígenas por parte del poder político chileno.

6. Conclusiones

Dimensionando en su totalidad el proyecto minero Pascua Lama, son pocos los aspectos que, en relación a los recursos hídricos, se libran de las consideraciones que en este Informe se vienen planteando.

Sin lugar a dudas, es el tema que hemos denominado de la triple afectación de los recursos hídricos el que presenta los mayores reparos, por cuanto la realización del proyecto minero significará, necesariamente, una afectación de las aguas superficiales, de las aguas subterráneas y de los elementales glaciares. Esto, además de producir afectaciones ambientales de consideración en un valle semidesértico –como es el Valle del Huasco-, implica vulneraciones de orden sociocultural sobre las comunidades indígenas, que desde tiempos inmemoriales habitan el sector, al verse interferida su particular relación con los recursos naturales. Esta situación puede apreciarse con claridad en la RCA recientemente aprobada por la COREMA, ya que la decisión de la autoridad considera escasamente el tema de los pueblo indígenas residentes en la zona, abordando el conflicto de manera superficial al no hacer mención de la especial conexión existente entre los recursos naturales, su cultura y desarrollo. Es claro que el riesgo de contaminación de los cursos de agua del valle pone en peligro la subsistencia de los Huascoaltinos, teniendo en cuenta que su principal actividad se centra en la agricultura y la crianza de animales, y cuya fuente principal de riego para cultivos se localiza dentro del área del proyecto. Cabe señalar además, que dicha situación de vulnerabilidad fue advertida por la CONADI, organismo idóneo para evaluar los efectos

del proyecto en los pueblos de la zona, sin embargo, la resolución final de la autoridad no señala la forma en que se protegerán los derechos y la subsistencia de la cultura diaguita.

Como resulta obvio, también la concreción del proyecto genera efectos adversos para gran parte de los habitantes del valle que han venido desarrollando, en los últimos años, interesantes y potencialmente fructíferas actividades económicas, asociadas, principalmente, a la producción y exportación de productos agrícolas y al fomento de actividades turísticas.

No obstante lo anterior, esta palmaria afectación de los recursos hídricos del sector importa, a su vez, vulneraciones de los factores que constituyen el contenido mínimo o esencial del derecho al agua –disponibilidad, calidad y accesibilidad-, según lo dispuesto en la Observación General N° 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, creado por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de 1966, ratificado por el Estado de Chile el 10 de febrero de 1972. Esta misma Observación General establece que estos factores deben ser aplicados en toda circunstancia para un adecuado ejercicio de este derecho. A su vez, dicha vulneración del derecho al agua también importa una violación del artículo 26 (relativo a la protección de los derechos económicos, sociales y culturales) del Pacto de San José de Costa Rica, al cual también nuestro país se encuentra sujeto desde 1990.

En este sentido, dado que los glaciares Toro 1, Toro 2 y Esperanza representan una importante fuente hídrica en la zona, con la realización del proyecto minero y su inevitable contaminación, se pone en riesgo la disponibilidad y accesibilidad al recurso, por cuanto se ven amenazadas las principales y escasas fuentes de abastecimiento hídrico del valle (lo que constituye una vulneración del principio o enfoque precautorio). Asimismo, con respecto a las aguas superficiales, el proyecto Pascua Lama, al ubicarse sobre las nacientes de los ríos del Estrecho y el Toro, amenaza seriamente la disponibilidad y calidad de éstas como resultado de los procesos de tratamiento de estériles. Finalmente, las aguas subterráneas también corren el riesgo de ser contaminadas a causa de la remoción de grandes cantidades de estériles que serán sometidos a sistemas de manejo de drenajes que harán escurrir los desechos por canales de desviación y zanjias de captación ubicadas aguas abajo. Como resulta evidente,

durante este proceso existe un serio peligro de acidificación de las aguas al contactarse los materiales estériles con los flujos de agua existente en el valle, poniendo en riesgo la calidad del agua, así como también su disponibilidad y accesibilidad en el futuro.

Por lo visto entonces, la Resolución de Calificación Ambiental (RCA) de la COREMA de la III Región –emitida el 15 de febrero de 2006-, y a la luz de los planteamientos de la obligación tripartita, vulnera el derecho humano al agua que se encuentra recogido en el PIDESC (artículo 11 párrafo 1) y la Convención Americana (artículo 26), al violentar los factores que conforman el contenido normativo mínimo o esencial del derecho al agua y al no asegurar la progresividad del mismo, respectivamente.

En consecuencia, la triple afectación de los recursos hídricos del valle del Huasco, mediante la realización del proyecto minero, infringe los factores de disponibilidad, calidad y accesibilidad, todos los cuales deben ser garantizados y asegurados por el Estado de Chile. Esto implica un compromiso de la responsabilidad estatal ante instancias jurisdiccionales de carácter internacional, en donde se podrá esgrimir la inobservancia del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de la Convención Americana sobre Derecho Humanos.

7. Bibliografía y anexos

- ANAYA, James, *Indigenous Peoples in International Law*, Oxford University Press, Nueva York.
- BARRICK GOLD, Resumen Ejecutivo Estudio de Impacto Ambiental Modificaciones al Proyecto Pascua Lama, 17 de diciembre de 2004.
- BONILLA, Daniel, *La Ciudadanía Multicultural y la Política del Reconocimiento*, Ediciones Uniandes, 1999.
- CAMPILLO URBANO, Raúl, *Aguas subterráneas y aguas superficiales: un solo recurso*. Raúl Campillo Urbano, Hidrogeólogo Señor, 22 de Mayo 2003. <http://www.estrucplan.com.ar/articulos/verarticulo.asp?IDArticulo=532>.
- CEPAL, Dourojeanni, A. y Jouravlev, A., *El Código de Aguas de Chile: entre la ideología y la realidad*, Recursos Naturales e Infraestructura. 1999.

- CEPAL, varios autores, *Administración del agua en América Latina: situación actual y perspectivas*, Serie de Recursos Naturales e Infraestructura, Santiago de Chile, marzo de 2005.
- COHRE, Legal Resources for the Right to Water. International and National Standard, January 2004.
- CUMPLIDO CERECEDA, Francisco, *La Reforma Constitucional de 1989 al Inciso 2° del Artículo 5 de la Constitución: Sentido y Alcance de la Reforma*. Doctrina y Jurisprudencia. Ius et Praxis, 2003, vol.9, no.1, ISSN 0718-0012. Documento disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122003000100018&script=sci_arttext&tlng=es.
- CEPAL, Gentes, Ingo, *Derecho de Agua y Derecho Indígena. Hacia un reconocimiento estructural de la gestión indígena del agua en las legislaciones nacionales de los Países Andinos*, CEPAL, Santiago de Chile, 2001. <http://www.eclac.cl/drni/proyectos/walir/doc/walir10.pdf>
- FIAN, Gorsboth, Maïke, *¿Cómo identificar y tratar las violaciones del derecho humano al agua?*, 2005. http://www.fian.org/fian-es/index.php?option=com_doclight&task=details&Itemid=97&dl_docID=49.
- MARTÍNEZ COBO, José R, *Estudios del Problema de la Discriminación Contra las Poblaciones Indígenas*, 1986.
- Red Desc, datos de jurisprudencia, Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua (Serie C, N° 79), Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos, 31 Agosto 2001 y Caso Comunidad Yakye Axa v/s Paraguay. Ambos disponibles en http://www.escri-net.org/EspGeneral/Case_law.asp.
- SEPÚLVEDA, Magdalena, *The Nature of the Obligations Under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Intersentia, New York, 2002.
- TRESIERRA, Julio, *Derechos de uso de los recursos naturales por los grupos indígenas en el bosque tropical*.
- WHO (World Health Organization), Howard G, Bartram J. *Domestic water quantity, service level and health*. Geneva, 2003.
- WHO, *The Right to Water*, 2003, disponible en http://www.who.int/water_sanitation_health/rightwater/en/.
- YAÑEZ, Nancy, *Diagnóstico Sociocultural de la Etnia Diaguita de la Región de Atacama*, Informe Jurídico, Tomo IV, Grupo de Investigación TEPU, 2005.

- YAÑEZ, Nancy, Fundamentos jurídicos para el reconocimiento de derechos indígenas al agua: Análisis normativo, jurisprudencial y de casos en el contexto chileno. Santiago de Chile, agosto de 2005.

Legislación internacional consultada

- Asamblea General de las Naciones Unidas; Resolución A/RES/54/176 sobre el Derecho al Desarrollo. 17 de diciembre de 1999.
- Carta Africana Sobre Derechos Humanos y de los Pueblos Indígenas, Kenya 1989.
- Conferencia de las Naciones Unidas Sobre el Medio Humano, Estocolmo 1972.
- Conferencia Internacional Sobre el Agua Dulce, Dublín/Bonn, 2001.
- Conferencia Mundial Sobre los Derechos Humanos. Viena, 1993.
- Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales de Países Independientes.
- Cumbre Mundial Sobre Desarrollo Sostenible, Johannesburgo, 2002.
- Declaración de Dublín sobre el Agua y el Desarrollo Sostenible, 1992.
- Declaración de Río Sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 1992.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966.
- Programa de Acción para el Desarrollo Sostenible Agenda 21.
- Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2002.

Legislación chilena consultada

- Ley Indígena N° 19.253 Sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas.
- Ley 20.017 que modifica el Código de Aguas, 16 junio 2005.
- Ley 19.3000 sobre Bases Generales del Medio Ambiente.
- Resolución Exenta N° 024 del 15 de febrero de 2006, “Modificaciones Proyecto Pascua Lama”, COREMA III Región. Disponible en el sitio http://www.e-seia.cl/seia-web/ficha/fichaProceso.php?id_expediente=1048260&idExpediente=1048260

Sitios electrónicos visitados

- www.e-seia.cl/ (Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental)
- www.prochile.cl
- www.ilo.org/public/spanish/index.htm (Organización Internacional del Trabajo).
- www.iwgia.org/sw228.asp (International Work Group for Indigenous Affairs).
- www.conadi.cl (Corporación Nacional de Desarrollo Indígena).
- www.bcn.cl (Biblioteca del Congreso Nacional).
- www.observatorioderechosindigenas.cl
- www.pnud.cl (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo).
- www.cohre.org/ (Centre on Housing Rights and Evictions).
- www.fian.org/fian/index.php (FoodFirst Information and Action Network).
- www.who.int/en/ (World Health Organization).
- www.escr-net.org/EspGeneral/home.asp (Red internacional para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales).
- www.waterobservatory.org/
- www.cesr-eu.org/ (Center for Economics and Social Rights).
- www.eclac.cl/ (Comisión Económica para América Latina y el Caribe).
- www.flacso.cl/flacso/ (Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales).
- www.cedha.org.ar/ (Centro de Derechos Humanos y Ambiente).
- www.pnuma.org/ (Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente).