

Rol: 72198-2020

Ministro: Muñoz Gajardo, Sergio

Ministro: Sandoval Gouet, María Eugenia

Ministro: Vivanco Martínez, Ángela

Redactor: Muñoz Gajardo, Sergio

Abogado integrante: Pallavicini M., Julio Edgardo

Abogado integrante: Quintanilla Pérez, Alvaro

Tribunal: Corte Suprema Tercera Sala (Constitucional)(CSU3)

Partes: Ximena Gallardo Castro y otros con Anglo American Sur S.A.

Tipo Recurso: Recurso de Protección

Tipo Resultado: Acogido

Fecha: 18/01/2021

Cita Online: CL/JUR/3917/2021

Hechos:

La Corte Suprema revoca el fallo impugnado, sólo en cuanto se ordena a la Municipalidad de Nogales adoptar todas las medidas necesarias a fin de asegurar a los recurrentes, y a la comunidad de Nogales, con especial énfasis en las categorías protegidas por el Derecho Internacional, un abastecimiento de agua para uso y consumo humano no inferior a 100 litros diarios por persona, para lo cual deberá coordinarse con las autoridades del nivel central y Regional competentes.

Sumarios:

- 1 . Toda persona, por su dignidad de tal, tiene el derecho humano de acceso al agua potable, en condiciones de igualdad y no discriminación; derecho que posee, como correlato, el deber del Estado de garantizar el acceso.
- 2 . El Estado de Chile, a través del Ministerio del Interior y Seguridad Pública y los demás órganos competentes debe asegurar la provisión de, a lo menos, 100 litros de agua diarios por persona, respecto de los grupos o categorías protegidas (modificando los criterios y requisitos establecidos en el Oficio Ordinario N° 18.087 de 31.12.2016 de la Subsecretaría del Interior), a fin de garantizar el acceso del vital elemento a favor de los grupos vulnerables..
- 3 . Si el derecho al agua es un derecho humano fundamental, con mayor razón lo es tratándose de ciertos grupos vulnerables y categorías protegidas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Respecto de estos grupos, la obligación del Estado es especialmente intensa considerando la situación de vulnerabilidad en que se encuentran.
- 4 . Dada la nitidez el deber del Estado de garantizar el acceso de los recurrentes y de la población al agua, en una proporción no inferior a 100 litros diarios por persona, se constata una actuación deficiente de la Municipalidad de Nogales al no adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el acceso al agua, omisión que deviene en ilegal y arbitraria y que vulnera la garantía de igualdad ante la ley. No así respecto de la empresa minera demandada.

Texto Completo:

Santiago, dieciocho de enero de dos mil veintiuno.

Vistos:

De la sentencia en alzada se mantiene únicamente su parte expositiva.

Y se tiene en su lugar y, además, presente:

Primero: Que doña Ximena Ailyn Gallardo Castro y otras doce personas naturales que se individualizan en el libelo, recurren de protección en contra de la empresa minera Anglo American Sur S.A., debido al uso desmedido de sus derechos de aprovechamiento de aguas para abastecer su mina "El Soldado", acto que estiman ilegal y arbitrario y que ha impactado negativamente en el abastecimiento de agua para la Población El Melón de la comuna de Nogales, en la cual residen los recurrentes.

Segundo: Que, en síntesis, la acción constitucional se funda en que los actores viven en el sector El Melón de la comuna de Nogales, padeciendo serios problemas de acceso y abastecimiento de agua potable, al no disponer de agua suficiente para beber, cocinar y para su higiene personal. Señalan, además, que la escasez de agua potable tiene su origen en el uso desmedido que la recurrida hace de dicho recurso, a fin de abastecer de agua a una faena minera que mantiene en el sector denominada mina u operación "El Soldado", cuestión que provocó que los pozos que abastecen a la población, especialmente el municipal, disminuyeran o se secaran.

Postulan que la actividad desplegada por la recurrida resulta ilegal, puesto que si bien dispone de derechos de aprovechamiento de agua, extrae 119 litros por segundo, lo que triplica el agua consumida por la comunidad, circunstancia que representa una vulneración de un principio que informa el Código de Aguas, que se extrae de los artículos 14, 22 y 65, en cuanto a que el uso de las aguas no debe afectar la vida y salud de terceras personas. Además, asevera que la recurrida ha actuado arbitrariamente, porque estando en conocimiento del problema hídrico que afecta a la comunidad, no ha disminuido el uso del agua.

Concluyen denunciando como vulnerada la garantía constitucional del derecho a la vida e integridad física y psíquica, contemplada en el numeral primero del artículo 19 de la Constitución Política de la República, por lo que piden acoger el recurso y ordenar a la recurrida la disminución en el uso de agua o, en subsidio, que la empresa surta de agua al sector de El Melón, con camiones aljibe.

Tercero: Que, en su informe, la recurrida sostuvo que la causa del problema hídrico que afecta a los recurrentes no descansa en el uso del agua que hace la Mina El Soldado, sino en la falta de lluvia que afecta a la zona, al exceso de derechos de agua concedidos durante la década de los noventa y, especialmente, en la deficiente infraestructura para extraer agua del pozo que abastece a la comunidad. En subsidio, alega falta de oportunidad, puesto que las medidas que se solicitan en el recurso ya fueron adoptadas voluntariamente por la empresa, disminuyendo considerablemente el uso de agua de sus siete pozos inscritos en el sector de El Melón, sin perjuicio que se encuentra en un plan de ayuda constante a la Municipalidad de Nogales, que, entre otras cosas, incluye el aporte de camiones aljibe para el suministro de agua. Por último, afirma que no ha incurrido en acto ilegal o arbitrario alguno, desde que dispone de siete derechos de aprovechamiento de aguas en el sector El Melón, que le permiten obtener 119 litros por segundo, de los cuales solo extrae 15, aportando de los 15 litros extraídos dos tercios a la Municipalidad de Nogales. Resalta que su actuación tampoco puede ser calificada como arbitraria, toda vez que extrae una cantidad de agua muy inferior a aquella que puede legalmente extraer, y porque desde el año dos mil quince que apoya a la Municipalidad, aportando camiones aljibe, limpieza, mantención y profundización de los cuatro pozos que utiliza la Municipalidad, construcción de cuatro nuevos pozos y transferencia de agua desde sus pozos 4 y 9.

Cuarto: Que, informando la Municipalidad de Nogales, expuso que sus instalaciones para extraer agua sufren fallas y filtraciones, cuestión que implica que una parte importante del agua que extraen se pierde antes de llegar a los estanques acumuladores. Sin perjuicio de lo anterior, indica que existe un plan de trabajo conjunto con la empresa recurrida, que consiste en que ésta le brinda apoyo, aportando camiones aljibe, limpieza, mantención y profundización de los cuatro pozos que utiliza la Municipalidad, construcción de cuatro nuevos pozos y transferencia de agua desde sus pozos 4 y 9.

Quinto: Que, informó, asimismo, la Dirección General de Aguas manifestando que la recurrente dispone de 19 derechos de aprovechamiento de agua inscritos en la zona Nogales/Hijuelas, correspondiente al acuífero Aconcagua, pero que no dispone de información sobre la cantidad de agua efectivamente extraída, puesto que la obligación de informar sólo rige a partir de junio del presente año, de acuerdo con la Resolución N° 2178 de 2 de diciembre de 2019.

Con fecha 21 de agosto de 2020, a requerimiento de esta Corte Suprema, amplió su reporte señalando:

"4. Que las obras informadas por la recurrida, en presentación hecha a folio N° 98.510, del 30 de junio del 2020, corresponden a las signadas bajo los códigos, OB 0504344, OB 0544 357, OB 0544 358, OB 0544 359, OB 0504 360, OB0504 361 y OB 0504 362 (...) Que de los derechos de aprovechamientos de aguas informados por este Servicio, mediante Oficio Ordinario D.G.A. N° 100, de 22 de mayo del presente año, sólo el derecho constituido en expediente ND0504 4806, se encuentra localizado en el sector "El Melón";

5. Que, cotejando la información registrada en el Catastro Público de Aguas de la D.G.A., con las obras que registra la recurrida en el software de Medición de Extracciones efectivas, se constata que existen 2 obras de captación asociadas a dicho derecho, éstas son: Código de obra M.E.E. Código de Expediente Caudal l/s

OB 0504 361 ND 0504 4806 30

OB 0504 362 ND 0504 4806 7

6. Respecto a la normativa de monitoreo de extracciones efectivas (M.E.E.), se debe señalar que la Resolución DGA, Región de Valparaíso (Exenta), N° 2178, de 2 de diciembre de 2019, publicada en el Diario Oficial, el 2 de enero de 2020, y la Resolución DGA (Exenta), N° 1238, de 21 de junio de 2019, solo deben estar reportándose las transmisiones a través de la plataforma online DGA, para tal efecto, la información correspondiente al estándar mayor, esto es, la correspondiente a los derechos de aprovechamiento cuyos caudales son mayores de 10 l/s.

7. Que, por último, respecto al análisis de la extracción informada por la recurrida, a través de las obras signadas bajo los códigos, OB 0504 344, OB 0544 357, OB 0544358, OB 0544 359, OB 0504 360, OB 0504 361 y OB 0504 362, acompañamos la siguiente tabla:

Imagen

Sexto: Que es un hecho no controvertido y, por lo demás, público y notorio, que diversas Regiones y comunas del país han sido declaradas por la autoridad competente como zonas de escasez hídrica, una de las cuales corresponde a la comuna de Nogales, Región de Valparaíso, según consta en el Decreto MOP N° 100 de 4 de septiembre de 2020.

Séptimo: Que el Estado de Chile, al ratificar diversos Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos y otros instrumentos propios del Derecho Internacional, ha adquirido voluntariamente una serie de obligaciones que resultan vinculantes, por expresa disposición del artículo 5, inciso 2°, de la Constitución Política de la República, en relación con sus artículos 1° y 4, todos los cuales se insertan en el Capítulo I del Texto Político, intitulado "De las Bases de la Institucionalidad".

Así, el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos garantiza el derecho a la vida, desarrollando la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el concepto de "vida digna", que incluye el derecho de acceso al agua. En la misma dirección, la Convención establece el derecho a la integridad personal en su artículo 5 N° 1: "Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral".

En este orden de consideraciones, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) v. Argentina", Fondo, Reparaciones y Costas, por sentencia de 6 de febrero de 2020 señaló que: "Párrafo 222. El derecho al agua se encuentra protegido por el artículo 26 de la Convención Americana. Ello se desprende de las normas de la Carta de la OEA, en tanto las mismas permiten derivar derechos de los que, a su vez, se desprende el derecho al agua. Párrafo 227. El Comité DESC ha señalado que "el derecho al agua entraña tanto libertades como derechos". Las primeras implican poder "mantener el acceso a un suministro de agua" y "no ser objeto de injerencias", entre las que puede encontrarse la "contaminación de los recursos hídricos". Los derechos, por su parte, se vinculan a "un sistema de abastecimiento y gestión del agua que ofrezca a la población iguales oportunidades de disfrutar del derecho". Destacó también que "(e)l agua debe tratarse como un bien social y cultural, y no fundamentalmente como un bien económico", y que "los siguientes factores se aplican en cualquier circunstancia: a) La disponibilidad. El abastecimiento de agua de cada persona debe ser continuo y suficiente para los usos personales y domésticos (...). b) La calidad. El agua necesaria para cada uso personal o doméstico debe ser salubre (...). Además, el agua debería tener un color, un olor y un sabor aceptables (...). c) La accesibilidad. El agua y las instalaciones y servicios de agua deben ser accesibles para todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte".

También se debe considerar lo prevenido en la Convención Interamericana sobre Derechos de las Personas Mayores, ratificada por el Estado el 1 de septiembre de 2017, que en su artículo 25 reconoce el derecho al agua, como parte del derecho a vivir en un medio ambiente sano, en los siguientes términos: "Art. 25. Derecho a un medio ambiente sano. La persona mayor tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos, a tal fin los Estados Parte adoptarán las medidas pertinentes para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho, entre ellas:

- a) Fomentar el desarrollo pleno de la persona mayor en armonía con la naturaleza.
- b) Garantizar el acceso de la persona mayor en condiciones de igualdad a servicios públicos básicos de agua potable y saneamiento, entre otros".

Por su parte, el artículo 24.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño prescribe que:

Art. 24.1: Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (...). 2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: c) Combatir las enfermedades y la malnutrición (...) mediante, entre otras cosas, (...) el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre (...); e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos (...)."

Octavo: Que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) de la Organización de Naciones Unidas ha señalado que los Estados tienen el deber de satisfacer la obligación de protección consistente en establecer garantías destinadas a impedir que terceros, incluidos agentes no estatales, menoscaben o pongan en peligro en modo alguno el disfrute del derecho al agua, la cual "(...) comprende, entre otras cosas, la adopción de las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias y efectivas para impedir, por ejemplo, que terceros denieguen el acceso al agua potable en condiciones de igualdad y contaminen o exploten en forma no equitativa los recursos de agua, con inclusión de las fuentes naturales, los pozos y otros sistemas de distribución de agua" (Comité DESC. Observación General N° 15. párr. 23, disponible en <http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/epcomm15s.html>).

El Comité, en la señalada Observación General N° 15, ha definido el derecho al agua como "el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para uso personal y doméstico". Asimismo, ha precisado que este derecho comprende sólo los usos personales y domésticos, esto es, consumo, lavado de ropa, preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica. No considera el agua necesaria para la agricultura y el pastoreo, la que está comprendida en el derecho a una alimentación adecuada, particularmente tratándose de los pequeños agricultores.

A su vez, conforme a las directrices entregadas por la Organización Mundial de la Salud (OMS) el derecho al agua se debe garantizar en los siguientes extremos:

- a) Disponibilidad: El abastecimiento de agua ha de ser continuo y suficiente para la satisfacción de las necesidades básicas de la persona. La OMS ha señalado que esto supone entre 50 y 100 litros de agua por persona.
- b) Calidad: El agua debe ser salubre y exenta de sustancias que puedan implicar un riesgo para la salud.
- c) Accesibilidad: Las personas deberían acceder al agua en condiciones de igualdad y no discriminación. Además, las fuentes de agua han de estar a una distancia razonable, lo que en concepto de la OMS supone una distancia menor a mil metros del hogar y treinta minutos en tiempo de traslado.

La variable económica no puede constituir un factor que excluya de este derecho a los sectores más vulnerables de la población, lo que no implica que ésta sea gratuita, pero sí que no existan barreras económicas que dificulten el acceso a este derecho.

d) Las personas tienen derecho a la información en forma cabal y completa, sobre todas las cuestiones relativas al uso del agua en su comunidad (Folleto Informativo N° 35: "El derecho al agua". Elaborado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Ginebra, www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet35sp.pdf).

Noveno: De las disposiciones recientemente citadas, emerge nítidamente una conclusión irredarguible: toda persona, por su dignidad de tal, tiene el derecho humano de acceso al agua potable, en condiciones de igualdad y no discriminación; derecho que posee, como correlato, el deber del Estado de garantizar el acceso en las mencionadas condiciones.

Décimo: Que, si el derecho al agua es un derecho humano fundamental, con mayor razón lo es tratándose de ciertos grupos vulnerables y categorías protegidas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: los pobres de zonas urbanas y rurales; las mujeres (Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 1979); los niños (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989); las personas con discapacidad (Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, 2006); los refugiados y las personas internamente desplazadas; y los pueblos indígenas (Folleto Informativo N° 35: "El derecho al agua", op. Cit., páginas 19 a 26).

Undécimo: Que, respecto de estos grupos y categorías protegidas, la obligación del Estado es especialmente intensa considerando la situación de vulnerabilidad en que se encuentran. De esta manera, el Estado de Chile, a través del Ministerio del Interior y Seguridad Pública y los demás órganos competentes debe asegurar la provisión de, a lo menos, 100 litros diarios por persona, respecto de estos grupos o categorías protegidas, modificando los criterios y requisitos establecidos en el Oficio Ordinario N° 18.087 de 31 de diciembre de 2016 de la Subsecretaría del Interior, a fin de garantizar el acceso del vital elemento a favor de estos grupos.

Duodécimo: Que, de todo lo que se ha venido señalando hasta acá, fluye con nitidez el deber del Estado de garantizar el acceso de los recurrentes y de la población al agua, en una proporción no inferior a 100 litros diarios por persona, de manera que si bien no puede endosarse a la recurrida Anglo American Sur S.A. una actuación u omisión ilegal o arbitraria, sí se constata una actuación deficiente de la Municipalidad de Nogales al no adoptar todas las medidas necesarias para asegurar no sólo a los actores, sino a la comunidad toda, especialmente a las categorías protegidas por el Derecho Internacional, el acceso al agua, omisión que deviene en ilegal y arbitraria y que vulnera la garantía de igualdad ante la ley.

Decimotercero: Que, por todo lo razonado, el recurso no podrá prosperar respecto de la empresa Anglo American Sur S.A, pero sí respecto de la Municipalidad de Nogales, pues aun cuando ésta no fue formalmente recurrida informó igualmente al tenor de la acción cautelar, brindándose la tutela correspondiente en la forma que se dirá en lo resolutivo.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y en el Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, se revoca la sentencia apelada de nueve de junio de dos mil veinte, sólo en cuanto se ordena a la Municipalidad de Nogales adoptar todas las medidas necesarias a fin de asegurar a los recurrentes, y a la comunidad de Nogales, con especial énfasis en las categorías protegidas por el Derecho Internacional, un abastecimiento de agua para uso y consumo humano no inferior a 100 litros diarios por persona, para lo cual deberá coordinarse con las autoridades del nivel central y Regional competentes, a fin de dar cumplimiento a lo ordenado por esta Corte.

Específicamente, deberá recabar de la Subsecretaría del Interior del Ministerio del Interior y Seguridad Pública la modificación a la brevedad del Oficio Ordinario N° 18.087 de 31 de diciembre de 2016, y la transferencia de recursos con cargo al presupuesto de dicha repartición pública, para atender a situaciones de emergencia y al pago de gastos extraordinarios relativos a la compra de camiones aljibe destinados al abastecimiento de agua potable de sectores de la comuna de Nogales, afectados por la situación de extrema escasez hídrica que afecta a varias Regiones del país, entre ellas, la Quinta Región de Valparaíso.

Se confirma la referida sentencia, en tanto rechazó el arbitrio enderezado en contra de Anglo American Sur S.A., sin perjuicio de las facultades fiscalizadoras de la Dirección General de Aguas, a quien se remitirá copia de esta sentencia para los fines pertinentes.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro señor Muñoz.

No firman, no obstante haber concurrido al acuerdo de la causa, los Abogados Integrantes Sr. Quintanilla y Sr. Pierry, por estar ambos ausentes.