

El consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas como requisito para la exploración de aguas subterráneas en sus tierras ancestrales: una aproximación al agua del pueblo Likanantai desde la perspectiva de los derechos humanos (Desierto de Atacama, Chile).

The free, prior and informed consent of Indigenous Peoples as a prerequisite for groundwater exploration in their ancestral lands: A human rights approach to the water of the Likanantai people (Atacama Desert, Chile).

Por Alonso Barros van Hövell tot Westerfliet¹

Normas dispersas regulan la exploración y la explotación de aguas subterráneas en las vegas y los bofedales atacameños y aymaras. Involucran problemas relacionados con la propiedad de la tierra, el manejo de cuencas, las comunidades de aguas subterráneas, y diversas zonas, poblaciones y recursos especialmente protegidos. En este marco complejo, analizamos el caso de las solicitudes de exploración de aguas subterráneas autorizadas por el fisco en terrenos sobre los cuales existen demandas indígenas pendientes.

A disperse set of norms regulates groundwater exploration and exploitation in the aymara and likanantai highland pastures of Chile. They involve problems related to landownership, water basin management, groundwater communities, and different especially protected areas, resources and peoples. In this complex framework, we analyze the case of groundwater explorations authorized by the Chilean state in lands claimed under adjudication by the aymara and likanantai people.

Introducción

El Estado chileno ratificó la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial bajo el gobierno democrático de Salvador Allende, el 20 de octubre de 1971. En su cláusula inicial, el texto afirma que la expresión ‘discriminación racial’ denota ‘*toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o cualquier otra esfera de la vida privada*’. Esta referencia ‘oficial’ nos ayudará a plantear el racismo como problema que cobra cada vez mayor actualidad en la medida en que las políticas de integración hacia la población indígena desarrolladas desde que terminó el gobierno militar, han sido incapaces de reducir la brecha de desigualdad que, tanto en este país como en el resto de América Latina, afecta especialmente a los pueblos indígenas. Muy por el contrario, el clientelismo instrumentado por medio de múltiples subvenciones estatales ahonda los patrones de dependencia y discriminación respecto de la implementación efectiva de los

¹ Instituto de Investigaciones Arqueológicas y Museo Arqueológico R. P. Gustavo Le Paige s. j. (IIAM), Universidad Católica del Norte, San Pedro de Atacama. Casilla 17, Correo San Pedro de Atacama, II Región, CHILE. Email: abarros@ucn.cl

derechos propietarios indígenas reconocidos explícitamente en la Ley N°19.253 de 1993. La ley reconoce la patrimonialidad ancestral de la propiedad indígena sobre las aguas y tierras, recursos y territorios tradicionales (Barros 2004). Su Art. 18 incluso establece que la sucesión de las tierras indígenas comunitarias *‘se sujetará a la costumbre que cada etnia tenga en materia de herencia, y en subsidio por la ley común’*, validando el legislador la costumbre indígena incluso cuando ésta va en contra de la ley común. La falta de implementación o incumplimiento de estos derechos propietarios indígenas ha tenido graves consecuencias en relación con el régimen de concesión de derechos sobre aguas subterráneas, y en la escasa participación ciudadana (incluyendo la indígena) frente a proyectos de gran impacto en humedales altoandinos.

Una etnografía jurídica del caso likanantai sirve de telón de fondo para destacar los elementos de racismo presente en el incumplimiento crónico de las leyes por parte del Estado cuando se refieren a agrupaciones sociales definidas adscriptivamente en tanto etnias. Retomando a Giddens (1991), consideramos que el prejuicio que padecen tales agrupaciones, que es la base del racismo -junto a la ignorancia- *‘se refiere a las opiniones o actitudes mantenidas por los miembros de un grupo respecto a los de otros [lo que] implica sostener puntos de vista preconcebidos sobre un individuo o un grupo, basados con frecuencia en habladurías más que sobre pruebas directas, perspectivas que son reacias al cambio incluso frente a nuevas informaciones’* (citado en Bello y Rangel 2000, 8). La discriminación alude más bien a la conducta real en ese sentido, a la sistematización y operacionalización del prejuicio, a lo que a menudo contribuye el Estado: también analizamos tales fenómenos en cuanto menoscaban el ejercicio del derecho humano *civil* fundamental de los pueblos indígenas sobre sus propiedades.

Nuestra hipótesis considera que los discursos racistas y las prácticas políticas discriminatorias responden a influencias y a actitudes excluyentes o minimizadoras ejercidas por diferentes grupos considerados como elites respecto de otros, que validan y refuerzan mecanismos estereotípicos excluyentes (clásica, pero no solamente, hacia indios y rotos). Éstos operan un ‘cierre’ discriminatorio apoyado en una micro-política liberal retóricamente desterritorializada que estratifica y endurece las asimetrías sociales sobre la base de criterios y estatutos identitarios (mujeres, indígenas, niños, inválidos, familia, etc.). En efecto, los programas discursivos de la ‘igualdad’ y de la ‘identidad’ son los términos actuales de la escandalosa brecha socio-económica que todos los sectores políticos reconocen en Chile. A nuestro juicio, ésta derivaría, en parte, de la competencia injusta e inequitativa por recursos ocupados y reclamados como propios por pueblos indígenas, pero que el Estado considera propios o ‘fiscales’.

Como se ha demostrado contundentemente, junto a los afrolatinoamericanos, los indígenas de América constituyen una suerte de ‘termostato’ de las tensiones sociales asociadas a la pobreza en América Latina. (Ver Psacharopoulos y Patrinos 1994; Hall y Patrinos 2005; Busso, Cicowies y Gasparini 2005 y World Bank 2006). En efecto, todos los indicadores señalan la clara relación que existe entre la desigualdad económica y la discriminación étnica y/o racial. A pesar de lo errático de su sistema censal en materia indígena, Chile no es una excepción. La denegación administrativa del territorio patrimonial natural y cultural de los atacameños trabaja a favor de intereses económicos transnacionales es discriminatoria.

Esto se debe parcialmente a la tan mentada ‘corrupción’ de la distinción público/privado, y la consecuente consolidación financiera de redes de poder

‘etnopolíticas’ territorializadas regionalmente. El rol etno-genético del Estado no se explica ya en términos de buscar la ‘protección’ de los pueblos indígenas: la operacionalización torcida de ‘lo indígena’ y la instrumentalización de sus líderes ha sido funcional a los intereses de actores económicos globalizados. Las desigualdades socio-económicas se naturalizan gracias a la visibilización de lo indígena, proceso mediado por neo-caciques. La discriminación cultural se objetiva en discursos ‘etnificados’ que conforman una geografía de colores administrables políticamente.

Parte de nuestro argumento, entonces, considerará el incumplimiento estatal de las leyes que consagran y cautelan los derechos territoriales atacameños (reclamados legal y formalmente desde hace más de diez años). Estos derechos conculcados incluyen la propiedad que la ley les reconoce sobre las aguas subterráneas, las vegas, los bofedales y otros humedales y acuíferos superficiales y subterráneos altoandinos en la Región de Antofagasta o ‘de la Minería’². Pero además de los derechos propietarios reconocidos explícitamente, hay una multiplicidad de instrumentos legales afines que, mirados en conjunto, constituyen un cuerpo formal de protección verdaderamente insoslayable para las autoridades públicas. Para abordarla, es necesario ponerse en el caso legal de las comunidades indígenas concretamente afectadas. Así podremos ver que el Estado-fisco actúa como juez y parte a la hora de reconocer la territorialidad indígena, con graves consecuencias económicas, sociales y ambientales. De lo que resulta que la desprotección y destrucción de las vegas, los bofedales y otros recursos hídricos indígenas no se debe a una insuficiencia legal, si no que a prácticas discriminatorias que las hacen inefectivas. A esto se suma el difícil acceso a la justicia que, en general, padecen los indígenas en Chile, incumpliendo el Estado de este modo, también, su obligación internacional de velar por la distribución equitativa y sustentable de los beneficios derivados del patrimonio material e intelectual indígena³.

En este contexto, la indefensión en que se encuentra la propiedad atacameña constituye un claro caso de ‘racismo ambiental’, uno de múltiples orígenes y facetas. Ante esto sugerimos que más allá de las invocaciones legales -incluso las del derecho internacional-, cualquier solución ética a la actual encrucijada atacameña, debe basarse en mecanismos de participación implementados para la obtención del consentimiento, previo, libre e informado (siglado FPIC en inglés) de las comunidades indígenas en cualquier decisión que las afecte, incluyendo la posibilidad de vetarlas.

Partamos analizando algunos extractos de la Ley Indígena para luego ir viendo sus implicaciones a la luz de otras leyes.

1. Ley Indígena

La Ley 19.253 de 1993 o Ley Indígena tiene cuatro bases fundamentales en materia de tierras y aguas:

- Señala que es deber de la sociedad en general y del estado en particular *‘proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación y por su equilibrio ecológico’* (Art. 1).

² La ley de Concesión geotérmica ha abierto un nuevo frente de disputa: otorgada la concesión respectiva por el Ministerio de Minería, el concesionario obtiene ‘por el solo ministerio de la ley’ el derecho a explotar las aguas subterráneas juzgadas necesarias a su faena. Esta normativa abre la puerta a renovadas especulaciones sobre recursos protegidos como las vegas y bofedales del interior del Norte Grande.

³ Art. 8 j) de la Convención de la Biodiversidad o CBD.

- Reconoce a los indígenas el uso y *propiedad ancestral* de las tierras y aguas comunitarias y patrimoniales.
- Reconoce la tierra '*como fundamento principal de su existencia y su cultura*' (Art. 1)
- Exige el respeto a sus costumbres y tradiciones, incluyendo las nociones propias sobre propiedad territorial (Arts. 18, 54, 63, etc..)

En efecto, '*por exigirlo el interés nacional*' (Art. 13), la Ley instaura un régimen particular de protección a las tierras indígenas que el Art. 22 y otras normas hacen extensible a las aguas indígenas. Como hemos señalado, en materia de transmisión de tierras comunitarias por herencia, el Art. 18 incluso valida la costumbre indígena *por sobre* la ley común. También admite que los pleitos sobre '*derechos reales*' entre indígenas se puedan resolver de acuerdo a la costumbre (Art. 52). Por si fuera poco, la ley contempla un régimen especialísimo de tierras y aguas para los atacameños, aymaras y '*otras comunidades Indígenas del Norte del país*' (Art. 62).

'Se deberá proteger especialmente las aguas de las comunidades Aymaras y Atacameñas. Serán considerados bienes de propiedad y uso de la Comunidad Indígena establecida por esta ley, las aguas que se encuentren en los terrenos de la comunidad, tales como los ríos, canales, acequias y vertientes, sin perjuicio de los derechos que terceros hayan inscrito de conformidad al Código General de Aguas'. La norma añade que '*no se otorgarán nuevos derechos de aguas sobre lagos, charcos, vertientes, ríos y otros acuíferos que surten a las aguas de propiedad de varias Comunidades Indígenas establecidas por esta ley sin garantizar, en forma previa, el normal abastecimiento de agua a las comunidades afectadas.*' (Art. 64)⁴

Tanto en relación con ésta, como con aquellas que enuncian las autorizaciones requeridas para explorar y explotar aguas subterráneas, las normas respecto a las aguas altoandinas deben entenderse complementariamente, respetando la propiedad indígena sobre las vegas y bofedales. Ésto, porque el Estado chileno reconoció y se comprometió explícitamente a salvaguardar los siguientes tipos de dominio indígena: '*a) Tierras de propiedad de indígenas individualmente considerados, que por lo general comprenden la casa habitación y terrenos de cultivo y forrajes; b) Tierras de propiedad de la Comunidad Indígena constituida en conformidad con esta ley y correspondientes, por lo general, a pampas y laderas de cultivo rotativas. c) **Tierras patrimoniales de propiedad de varias Comunidades Indígenas tales como pastizales, bofedales, cerros, vegas y otras de uso del ganado auquénido.***' (Art. 63). Es tan cierta la norma, que se puede considerar que, de por sí, protege suficientemente las vegas y bofedales, estén o no incluidos en el decreto 529 del año 2003 de la DGA, que identifica y delimita los de las regiones de Iquique y Antofagasta para protegerlas de conformidad al Código de Aguas.

En otras palabras, la ley chilena reconoce explícitamente la propiedad ancestral '*no inscrita*' de tiempo inmemorial de los indígenas, lo que no solo se ve confirmado en éstas y otras normas, sino que hasta en el Mensaje del Código Civil redactado por Andrés Bello (Barros 2004). Uno de los escasos antecedentes jurisprudenciales en la materia que ratifica esta línea argumentativa fue el fallo de la Corte Suprema, de 22 de marzo de 2004, en el caso que opuso la empresa sanitaria ESSAN (Aguas Antofagasta

⁴ En la I Región de Iquique, CODELCO ha reconocido formalmente que el vocablo 'acuífero' incluye a las aguas subterráneas. (comunicación personal de Bob Brevic, Abogado de la Subdirección Norte de la CONADI).

S.A.) a la Comunidad Indígena de Toconce. Aplicando la Ley Indígena en armonía con el Código de Aguas en su fallo, la Corte reconoció la propiedad indígena preexistente sobre las aguas ocupadas ancestralmente, incluso por sobre derechos posteriores constituidos por terceros de conformidad a la normativa general. Se basó, específicamente, en el Art. 3 transitorio de la Ley Indígena, que considera propiedad ancestral aymara y atacameña las aguas a que se refiere el citado Art. 64.

Explicado el contexto normativo oficial, podemos ahora considerar la indefensión jurídica medular que afecta a las comunidades indígenas del Norte Grande: el fisco, por intermedio del Ministerio de Bienes Nacionales (MBN), no ha cumplido con otro aspecto del Art. 3 transitorio de la Ley Indígena, que le obligó (y aún le obliga) a realizar un plan de saneamiento de la propiedad ancestral indígena sobre las tierras en un plazo de tres años a contar de la promulgación de la ley. Pues bien, el plazo venció hace diez años, en 1996. De nada han servido las gestiones administrativas intentadas de diversas autoridades indígenas, intentando se declare una moratoria al otorgamiento de derechos sobre aguas subterráneas mientras no se sanea la propiedad ancestral sobre sus tierras en trámite. Muy por el contrario, haciéndose pasar por dueño de la tierra, el MBN ha seguido otorgando lucrativas autorizaciones para explorar y explotar aguas subterráneas y minerales en tierras reclamadas con cada vez mayor desesperación por sus indefensas propietarias corporativas indígenas (a quienes apenas les llegan las migajas que sobran del negociado). En efecto, y anticipándonos un poco a la discusión del acápite siguiente, el Art 3° transitorio de la ley 20.017 de 2005 (que modificó el Código de Aguas) establece que para solicitar aguas subterráneas *‘se deberá acreditar el dominio del predio donde se ubica el pozo o la autorización del dueño del terreno que conste en un documento firmado ante notario. Si la obra de captación se encuentra en un bien nacional de uso público, deberá adjuntarse la autorización del organismo bajo cuya administración éste se encuentre. Tratándose de un bien fiscal, deberá acompañarse autorización del Ministerio de Bienes Nacionales.’*

Recapitulando: en estricto apego a la ley, si una persona quiere explorar en terrenos reclamados como propios por indígenas, debiera previamente obtener la autorización de la(s) comunidad(es) potencialmente afectadas(s). Hoy, sin embargo, es el MBN-fisco quien da permiso para explorar en lo que dice ser ‘sus’ tierras. En realidad, casi todas las áreas donde hoy se exploran y explotan aguas o minerales en el Norte Grande han sido larga y legalmente reclamadas e identificadas por comunidades indígenas legalmente instituidas, que intentan, sin éxito, ejercer sus derechos propietarios. Insistimos: Tanto las vegas, bofedales y demás acuíferos altoandinos, incluyendo las aguas subterráneas, así como los minerales, se encuentran en tierras indígenas que, por ley, han debido de ser ‘regularizadas’ hace ya diez años y no lo han sido (Barros 2004).

Resulta tristemente evidente que el MBN y sus funcionarios regionales *no han querido* cumplir con el mandato explícito de la Ley Indígena. Demostrando un racismo atentatorio contra los derechos humanos, han estimado que, de haberse saneado la propiedad indígena en el modo que lo exige la ley, se habría frenado el desarrollo de Chile (Barros 2004). Finalmente, cabe agregar que, además de ir impunemente en contra de una ley de la república, el criterio aplicado por el MBN vulnera la convención internacional citada en la introducción, porque deriva de prejuicios racistas y tiene

efectos discriminatorios respecto del derecho humano fundamental de los indígenas a su propiedad⁵.

Pero la práctica discriminatoria del Estado también ha desestimado otras normas de la Ley Indígena que protegen las vegas y bofedales del Norte Grande. En efecto, la Región de Antofagasta cuenta con dos Áreas de Desarrollo Indígenas (ADIs): la del Alto Loa y la de San Pedro de Atacama. Estas ADIs son '*espacios territoriales en que los organismos de la administración del Estado focalizarán su acción en beneficio del desarrollo armónico de los indígenas y sus comunidades*' (Art. 26). Para su establecimiento y delimitación, concurren los siguientes criterios: '*a) Espacios territoriales en que han vivido ancestralmente las etnias indígenas; b) Alta densidad de población indígena; c) Existencia de tierras de comunidades o individuos indígenas; d) Homogeneidad ecológica, y e) Dependencia de recursos naturales para el equilibrio de estos territorios, tales como manejo de cuencas, ríos, riberas, flora y fauna.*' (Idem) Destacamos estos dos últimos criterios, porque, como veremos al referirnos a la Ley sobre Bases del Medio Ambiente (19.300), las ADIs también serían '*áreas protegidas*' para efecto de la exigibilidad de un Estudio de Impacto Ambiental. En términos generales, sin embargo, ni el MBN, ni la DGA ni la COREMA regional suele exigir tal estudio para otorgar la concesión de exploración de aguas subterráneas en las ADIs.

2. Código de Aguas y sus modificaciones

El Código de Aguas también contiene normas específicas sobre vegas, bofedales y otros humedales altoandinos. El inciso segundo del Art. 58 establece claramente que '*no se podrán efectuar exploraciones en terrenos públicos o privados de zonas que alimenten áreas de vegas y de los llamados bofedales en las Regiones de Tarapacá y de Antofagasta, sino con autorización fundada de la Dirección General de Aguas, la que previamente deberá identificar y delimitar dichas zonas.*'. El inciso segundo del Art. 63 señala, por su parte, que '*Las zonas que correspondan a acuíferos que alimenten vegas y los llamados bofedales de las regiones de Tarapacá y de Antofagasta se entenderán prohibidas para mayores extracciones que las autorizadas, así como para nuevas explotaciones, sin necesidad de declaración expresa*'. Tras un proceso que ha conocido diversos traspies a lo largo de los años, la DGA finalmente identificó y delimitó 228 áreas protegidas en la segunda región⁶. Desgraciadamente, autoriza comúnmente la exploración de aguas subterráneas en las zonas inmediatamente aledañas a las áreas delimitadas (prohibidas). Como prevención, la DGA ha venido estableciendo mecanismos de '*alerta temprana*' con el supuesto fin de anticipar cualquier daño a las áreas protegidas. El problema es que, dado el escaso conocimiento existente respecto al comportamiento hidrogeológico de los acuíferos altoandinos y sus interrelaciones, tal '*alerta temprana*' no garantiza en absoluto el que no se produzcan daños irreversibles en los sistemas afectados, vulnerándose el principio de la precaución en materia ambiental.

Estas normas deben interpretarse armónicamente, partiendo del principio ecológico de la '*unidad de la corriente*' consagrado en el Artículo 3° del Código, que señala que '*la*

⁵ Por razones de espacio, dejamos de lado el análisis de las principales convenciones internacionales relacionadas con ecosistemas (algunas de las cuales también son vulneradas por el Estado chileno), como la Convención sobre Diversidad Biológica, la Convención para Combatir la Desertificación, la Convención de Ramsar sobre Humedales y la Convención de Especies Migratorias, diversas de la UNESCO, etc...

⁶ Decreto 529 del año 2003 de la DGA, que incluye a las vegas de 'El Tatio' y de 'Geysir del Tatio', actualmente bajo amenaza por un proyecto geotérmico desarrollado por ENAP y CODELCO (quien habría acordado ceder, luego, su control de la sociedad a ENEL, la empresa eléctrica italiana).

*cuenca u hoya hidrográfica de un caudal de aguas la forman todos los afluentes, subafluentes, quebradas, esteros, lagos y lagunas que afluyen a ella, en forma continua o discontinua, **superficial o subterráneamente***. El inciso segundo es aun más explícito: *‘las aguas que afluyen, continua o discontinuamente, superficial o subterráneamente, a una misma cuenca u hoya hidrográfica, son parte integrante de **una misma corriente**’*.

El artículo 22 (modificado en el 2005) señala, por su parte, que la DGA *‘constituirá el derecho de aprovechamiento sobre aguas existentes en fuentes naturales y en obras estatales de desarrollo del recurso, **no pudiendo perjudicar ni menoscabar derechos de terceros, y considerando la relación existente entre aguas superficiales y subterráneas***’, siempre en conformidad al ya citado principio de unidad de la corriente. Estos es, una persona interesada en explotar aguas subterráneas no puede perjudicar a los que usan las aguas superficiales, resguardo que, como ya vimos, la ley Indígena contempla en forma explícita a favor de los indígenas del Norte Grande. Desde el punto de vista de la protección de los recursos hídricos, estas normas se relacionan con otras que se refieren al manejo integral de cuencas, a la declaración de caudales agotados, de fuentes naturales agotadas y a la regulación presidencial del caudal ecológico. No nos detendremos sobre ellas aquí, pero sus implicancias son enormes, tanto así que, incluso si no hubiera Ley Indígena, por sí solas e implementadas cabalmente, éstas bastarían para proteger las aguas indígenas. A modo de ejemplo: habiéndose declarado el Río Loa caudal agotado, no solo debieran rechazarse de plano las solicitudes de extracción desde el álveo principal, sino que toda extracción desde cualquiera de sus afluentes, así como toda exploración y explotación de los acuíferos subterráneos que integran su cuenca. Para que la declaratoria de caudal agotado tenga algún efecto, en consideración al principio de unidad de la corriente, es toda la cuenca, superficial y subterránea, la que queda protegida, incluyendo los humedales y géiseres altoandinos que la alimentan⁷.

Así, y sin perjuicio de interpretaciones administrativas caprichosas, las vegas y bofedales, cuyas aguas alimentan una diversidad de caudales superficiales, gozan de un trato legal especial innegable: Se echa de menos una mayor acuciosidad en el resguardo de los recursos de la nación toda, incluyendo las generaciones venideras.

3. La Ley de Bases del Medio Ambiente y su Reglamento protegen las áreas, poblaciones y recursos indígenas

Uno de los primeros incumplimientos administrativos relacionados con las aguas altoandinas dice relación con el hecho de que, por lo general, ni la CONAMA ni la COREMA del Norte Grande exigen que las exploraciones de aguas subterráneas se sometan a un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) (ni siquiera aquellos pozos de sondeo situados ‘arribita’ de las vegas y bofedales protegidos). La DGA tampoco lo

⁷ La Comunidad Atacameña San Francisco de Chiu-Chiu gestionó ante la Dirección General de Aguas la Resolución Exenta N°197 de 24 de enero del año 2000, que declaró el agotamiento del Río Loa y sus afluentes para los efectos de la concesión de nuevos derechos consuntivo permanentes. Es decir, cualquier comunidad que aprovecha aguas afluentes del Loa puede impedir que se otorguen nuevos derechos consuntivos permanentes o eventuales, por estar declarado agotado el recurso. De conformidad a la normativa vigente, la DGA debiera desechar automáticamente nuevas solicitudes de derechos sobre los afluentes. Aceptado hoy el principio de la unidad de la corriente, y de caudal ecológico, problematizado el manejo integral de cuencas, reconocida la propiedad patrimonial atacameña sobre aguas y tierras, constituidas por el solo ministerio de la ley las comunidades sobre aguas subterráneas; se puede entender que las aguas subterráneas que alimentan a Río Loa y sus afluentes también están protegidos y pertenecen a las comunidades.

exige. Pero si revisamos con cuidado las normativas ambientales pertinentes, vemos que son claras, y que hay áreas, poblaciones y recursos especialmente protegidos, a tal grado, que cualquier intervención, cualquier proyecto, en cualquiera de sus fases, debe someterse a un EIA, y esto en atención al bien jurídico protegido (áreas, poblaciones y recursos) entre los cuales se cuentan, explícitamente, las vegas y bofedales.

Así, el Art. 10. de la ley 19.300 señala que *‘los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, en cualesquiera de sus fases, que deberán someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental, son los siguientes: p) Ejecución de obras, programas o actividades en parques nacionales, reservas nacionales, monumentos naturales, reservas de zonas vírgenes, santuarios de la naturaleza, parques marinos, reservas marinas o en cualesquiera otras áreas colocadas bajo protección oficial, en los casos en que la legislación respectiva lo permita.* El Art. 11. agrega que estos proyectos o actividades *‘requerirán la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental, si generan o presentan a lo menos uno de los siguientes efectos, características o circunstancias: ...d) Localización próxima a población, recursos y áreas protegidas susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar; e) Alteración significativa, en términos de magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona, y, f) Alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural.’*

El D.S. N°95 de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que establece el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental considera que una área protegida es *‘cualquier porción de territorio, delimitada geográficamente y establecida mediante acto de autoridad pública, colocada bajo protección oficial con la finalidad de asegurar la diversidad biológica, tutelar la preservación de la naturaleza y conservar el patrimonio ambiental’* (Art. 2). Como hemos visto, las ADIs evidentemente reúnen estos requisitos, al igual que las vegas y bofedales de Iquique y Tarapacá.

El reglamento es explícito respecto de qué proyectos deben someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA): *‘los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, en cualesquiera de sus fases, que deberán someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, son los siguientes... a.2. Drenaje o desecación de vegas y bofedales ubicados en las Regiones I y II, cualquiera sea su superficie de terreno a recuperar y/o afectar. Drenaje o desecación de suelos “ñadis”, cuya superficie de terreno a recuperar y/o afectar sea igual o superior a doscientas hectáreas (200 há)* (Art. 3). La letra p) del mismo artículo exige lo mismo para la: *‘ejecución de obras, programas o actividades en parques nacionales, reservas nacionales, monumentos naturales, reservas de zonas vírgenes, santuarios de la naturaleza, parques marinos, reservas marinas o en cualesquiera otra área colocada bajo protección oficial, en los casos en que la legislación respectiva lo permita’*

El Art. 6 del reglamento exige especialmente la presentación de un EIA si el proyecto o actividad a evaluar genera o presenta efectos adversos significativos sobre *‘n) el volumen, caudal y/o superficie, según corresponda, de recursos hídricos a intervenir y/o explotar en: n.1. vegas y/o bofedales ubicados en las Regiones I y II, que pudieren ser afectadas por el ascenso o descenso de los niveles de aguas subterráneas; n.2. áreas o zonas de humedales que pudieren ser afectadas por el ascenso o descenso de*

los niveles de aguas subterráneas o superficiales; n.3. cuerpos de aguas subterráneas que contienen aguas milenarias y/o fósiles; n.4. una cuenca o subcuenca hidrográfica transvasada a otra; o n.5. lagos o lagunas en que se generen fluctuaciones de niveles.’

También debe presentarse un EIA si el proyecto o actividad genera una ‘alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos’. A objeto de evaluar si el proyecto o actividad genera esta alteración significativa, el Art. 8 del Reglamento exige considerar los eventuales cambios en la: ‘*c) dimensión antropológica, considerando las características étnicas; y las manifestaciones de la cultura, tales como ceremonias religiosas, peregrinaciones, procesiones, celebraciones, festivales, torneos, ferias y mercados;*’

Finalmente, el Art. 9 exige un EIA si el proyecto o actividad se localiza próximo a población, recursos o áreas protegidas susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar: ‘*A objeto de evaluar si el proyecto o actividad se localiza próximo a población, recursos o áreas protegidas susceptibles de ser afectados, se debe considerar: a) la magnitud o duración de la intervención o emplazamiento del proyecto o actividad en o alrededor de áreas donde habite población protegida por leyes especiales; b) la magnitud o duración de la intervención o emplazamiento del proyecto o actividad en o alrededor de áreas donde existen recursos protegidos en forma oficial; o c) la magnitud o duración de la intervención o emplazamiento del proyecto o actividad en o alrededor de áreas protegidas o colocadas bajo protección oficial.*’

La protección de las poblaciones, recursos y áreas protegidas que cautelan las leyes en la segunda región, hacen imprescindible un Estudio de Impacto Ambiental para cualquiera de los impactos eventuales mencionados. Ninguna concesión de exploración de aguas subterráneas debe impactar estos bienes especialmente protegidos. Le corresponde al que somete un proyecto al EIA, demostrar que sus actividades no generarán daños en ellos, aplicándose el principio de prevención (o precaución) frente a eventuales impactos sobre los bienes jurídicos tan particularmente protegidos. Es más, las vegas y los bofedales están triplemente protegidos: en tanto recursos frágiles, en tanto pertenecientes a grupos indígenas, y en tanto parte de áreas protegidas. Hoy poco se hace en consideración a esta triple obligación. A pesar de exigirlo la ley 19.300 en su Art. 12, tampoco se suelen levantar las líneas de bases antropológicas para determinar los eventuales impactos en los modos y calidades de vida indígenas⁸. Realizar esta línea base abriría necesariamente un proceso de consulta que idealmente debiera sostenerse sobre el principio del FPIC.

⁸ El Art. 11 es igualmente perentorio respecto al patrimonio cultural, exigiendo una EIA si el proyecto o actividad genera o presenta alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural. Para ello se debe considerar. ‘*a) la proximidad a algún Monumento Nacional de aquellos definidos por la Ley 17.288; b) la magnitud en que se remueva, destruya, excave, traslade, deteriore o se modifique en forma permanente algún Monumento Nacional de aquellos definidos por la Ley 17.288; c) la magnitud en que se modifique o deteriore en forma permanente construcciones, lugares o sitios que por sus características constructivas, por su antigüedad, por su valor científico, por su contexto histórico o por su singularidad, pertenecen al patrimonio cultural; o d) la proximidad a lugares o sitios en que se lleven a cabo manifestaciones propias de la cultura o folclore de algún pueblo, comunidad o grupo humanos*’. Está demás resaltar el carácter sagrado que revisten las aguas para las etnias andinas.

Conclusiones en torno al principio del Consentimiento, Previo, Libre e Informado (FPIC)

Entre el derecho estatal y el derecho indígena hay algunas diferencias reconocidas por la Ley Indígena y fallos como el de la Corte Suprema en el caso de Toconce. Estas diferencias tienen una honda raigambre colonial, cuando la propiedad de los indígenas era respetada con toda claridad por las leyes. Hoy la doctrina preponderante reconoce la preexistencia en el dominio de los indígenas respecto al fisco, sobre subsuelo, suelo y vuelo. Por eso fue declarada racista la doctrina del *terra nullius* que practica el Estado chileno, porque niega el derecho humano a la propiedad de los indígenas, que es anterior al Estado. Tales propiedades corporativas implican la unidad de tierra y agua, la sacralidad del cerro -considerado como parte-aguas o autoridad distributiva de las mismas- las rogativas a Pachamama, padres y abuelos para que juntos broten vida. La etnociencia andina reconoce una noción integral de MANEJO DE CUENCA asociado a la supervivencia en el desierto. Costumbres, creencias, prácticas y sistemas de manejo de cuencas son parte esencial del derecho indígena a sus tierras, territorios y recursos naturales. El problema no es que el Estado desconozca tales derechos. El problema es que los deniega de manera arbitraria e ilegal.

El resguardo del patrimonio indígena tangible e intangible, natural y cultural, hídrico y mineral, pasa necesariamente por el reconocimiento y regularización de sus derechos de propiedad sobre la tierra. El Estado debió haber declarado una moratoria mientras se regularizaban los derechos propietarios reconocidos. Es necesario revisar y modificar sistemáticamente los regímenes y procedimientos de concesión general sobre recursos fiscales, en lo que éstos puedan afectar a los derechos indígenas. Esto fue lo que solicitaron diferentes comunidades indígenas en el año 2000. Actualmente los resguardos de la Ley Indígena carecen de fuerza suficiente frente a la industria minera y su alta dependencia hídrica y energética, que gozan de fuerzas normativas constitucionales. Es así que mientras no sean declaradas dueñas de sus terrenos superficiales, las comunidades no tendrán opción de hacer valer sus derechos ante la minería en forma efectiva. Pero el desfase entre la racionalidad de la ley y la capacidad de los usuarios para hacerla aplicar hace que la primera se vuelva contraproducente. El Estado es quien debe asumir el correspondiente rol subsidiario en materia ecológica, no solo asegurando información y transparencia, sino que asumiendo su responsabilidad frente a las generaciones venideras, con un rol más proactivo que facilite el acceso a la justicia de las agrupaciones sociales que, en los hechos, se encuentran indefensas, como los indígenas respecto de sus tierras. La falta de acceso a la justicia civil es, a mi juicio, una de las causas más directas de la criminalización de la protesta social indígena en Chile.

Es más, el incumplimiento de la ley por parte de los funcionarios del Estado no es 'involuntario' o inocente sino que intrínseco a políticas de marginación y exclusión racializadas descritas cabalmente por el aforisma jurídico de que 'la ley se acata pero no se cumple', práctica burocrática que continúa efectuando la antidemocrática brecha en la propiedad a que hemos aludido. No hacen falta más y mejores derechos sustantivos para la protección de los humedales indígenas, sino que una mejor justicia 'adjetiva' o procesal, una efectiva exigibilidad y cumplimiento de los derechos ya reconocidos, un real acceso e implementación de justicia. La huida hacia adelante de las leyes incumplidas, que, como tantas promesas 'solo obligan a quienes creen en ellas', no pueden seguir rigiendo el destino del patrimonio natural y cultural de todos los chilenos, indígenas o no, y de las generaciones venideras. Las compañías explotadoras de

minerales, aguas y energía deben consultar y obtener la autorización previa, libre e informada de las comunidades afectadas al implementar sus proyectos extractivos.

Hoy los pueblos indígenas de muchas partes del mundo están insertos en el proceso de renegociar sus relaciones con los Estados y con nuevos operadores del sector privado que buscan acceder a los recursos en sus territorios. Están esgrimiendo su derecho civil a la propiedad y al consentimiento previo libre e informado a través de sus propias instituciones representativas al negociar con los numerosos intereses externos. Están buscando apoyo de parte de organismos internacionales de derechos humanos para encontrar nuevas formas de ser reconocidos por leyes y sistemas de decisiones nacionales e internacionales, sin perder su autonomía ni sus valores propios.

El principio del FPIC ha sido reconocido en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. En varios de sus artículos, la Convención 169 de la OIT se refiere explícitamente a él y a los pueblos indígenas (no ha sido ratificada por Chile). Varios Comités de la ONU se han referido a este principio en su jurisprudencia. En su recomendación general XXIII sobre los derechos de los pueblos indígenas, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial llama a los Estados ‘a asegurar que los miembros de los pueblos indígenas tienen derechos respecto a su efectiva participación en la vida pública y que ninguna decisión relacionada directamente con sus derechos e intereses se tome sin su consentimiento informado’ (para. 4 (d)).

En un gran número de ocasiones, el comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha destacado la necesidad de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas en relación con la explotación de recursos. En 2004, por ejemplo, manifestó estar profundamente preocupado de que concesiones de extracción de recursos naturales hayan sido otorgadas a compañías internacionales sin el consentimiento de las comunidades afectadas. Algunos años antes observó, con desazón, que las tierras tradicionales de los pueblos indígenas han sido reducidas u ocupadas, sin su consentimiento, por compañías madereras, mineras y de petróleo, a costa del ejercicio de sus culturas y del equilibrio del ecosistema.

El Sistema Inter-Americano de derechos humanos (del cual Chile sí forma parte) también ha tratado la materia de la consulta y consentimiento en su jurisprudencia. En tres casos recientes, todos concernientes a los derechos indígenas sobre tierras y recursos, los cuerpos Inter-Americanos han articulado un requerimiento para los Estados de modo a que éstos obtengan el consentimiento previo de los pueblos indígenas cuando se contemplen acciones que afecten los derechos de propiedad indígenas, considerando que tales derechos de propiedad surgen de leyes consuetudinarias y de los sistemas de tenencia tradicional, sobre los cuales están basados (Anaya 2005). Así la Corte Inter-Americana reconoció los derechos colectivos de los indígenas sobre sus tierras y recursos sobre la base del Art. 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que señala: ‘Todas la personas tienen el derecho de usar y gozar su propiedad’.

La Comisión Interamericana, por su parte, sostiene que, dada la emergencia gradual de un consenso internacional respecto a los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras tradicionales, tales derechos son ahora parte del derecho consuetudinario internacional. El derecho humano internacional a la propiedad abraza los regimenes de propiedad comunal de los pueblos indígenas en la manera definida por sus propias

costumbres y tradiciones, de modo que, la posesión de la tierra debiera bastarles a las comunidades que carecen de un título material de propiedad sobre la tierra, para obtener reconocimiento oficial de esa propiedad. Pero la Corte no solo ha afirmado el derecho indígena en contra de la interferencia estatal en tierras y recursos indígenas sin su consentimiento, sino que el derecho afirmativo a la protección estatal en caso de una interferencia similar por particulares.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de conformidad a lo planteado anteriormente, ha descrito los siguientes principios legales internacionales: a) El derecho de los pueblos indígenas al reconocimiento legal de sus variadas formas y modalidades específicas de control, dominio, uso y goce de territorios y propiedades; b) El reconocimiento de sus derechos de dominio y propietarios respecto de las tierras, territorios y recursos que han ocupado, y c) donde los derechos de propiedad y de uso de los pueblos indígenas han surgido con anterioridad a la creación de un Estado, el reconocimiento de ese Estado de la propiedad del título permanente e inalienable indígena debe ser realizado de modo tal, que cualquier cambio en el título solo puede ser efectuado por consentimiento mutuo entre el Estado y los pueblos respectivos, debiendo éstos tener pleno conocimiento y apreciación de la naturaleza y atributos de tal propiedad modificada.

La situación actual, sin embargo, es profundamente desalentadora desde el punto de vista de los derechos humanos: las comunidades indígenas no solo no se benefician sosteniblemente con dichas actividades, sino que ven puestas en peligro sus modos de existencia. Hemos hablado de la necesidad de mejorar la participación de las poblaciones locales y vulnerables en los procesos de toma de decisiones que afectan los derechos ambientales. Por todo lo expuesto, pienso que cualquier intervención en los humedales altoandinos debe basarse en el principio del previo consentimiento libre e informado (FPIC) de los pueblos afectados. Éste está siendo discutido en un número creciente de procesos internacionales, regionales y nacionales, procesos que cubren un vasto número de cuerpos y sectores que van desde las políticas de resguardo de los bancos multilaterales de desarrollo e instituciones financieras internacionales, abarcan las prácticas de las industrias extractivas, el desarrollo hídrico y energético, manejo de recursos naturales, accesos a recursos genéticos y conocimiento tradicionales asociados, e incluso los arreglos consiguientes para la distribución de beneficios, investigación científica y médica, y, en general, todo lo relacionado con el patrimonio cultural indígena. De lo contrario, Chile corre nuevamente el riesgo de verse acusado de *dumping*, ya no solo ambiental, si no que cultural, en la medida que la ventaja competitiva de sus costos se debería, en cierta medida, a la sistemática denegación de los derechos humanos indígenas a la propiedad de sus recursos naturales.

Parafraseando al Premio Nacional de Historia, Prof. Jorge Hidalgo, pensamos que, de no atajar la tendencia discriminatoria que hemos detectado en Chile (poniendo como ejemplo el caso de las aguas indígenas) no se podrá dejar atrás el actual patrón de desigualdad. En la práctica, se estaría re-editando el odioso sistema colonial de castas (con los conocidos ciclos y secuelas de violencia racializada que caracterizan la historia de nuestro país).

Referencias

Anaya, James (2005) 'Indigenous Peoples' Participatory Rights in Relation to Decisions About Natural Resource Extraction: The More Fundamental Issue of What Rights Indigenous Peoples Have in Land and Resources', ponencia presentada en la American Association of Law Schools Conference, Enero 2005

Barros, Alonso (2004) 'Crónica de una etnia anunciada: nuevas perspectivas de investigación a diez años de vigencia de la ley indígena en San Pedro de Atacama'. En *Estudios Atacameños* 27: 139-168. Antofagasta: U. Católica del Norte.
<http://www.scielo.cl/pdf/eatacam/n27/art07.pdf>

Bello, Alvaro y Rangel, Marta (2000) *Etnicidad, "raza" y equidad en América Latina y el Caribe*. División de Desarrollo Social-CEPAL. Santiago

Busso, Matías, Martín Cicowies y Leonardo Gasparini (2005) *Etnicidad y los Objetivos del Milenio en América Latina y el Caribe*. CEPAL, PNUD, BID, Banco Mundial.

Cunningham, W. and J. Jacobsen, with L. Siga and A. Risi. (2003) 'Between-Group, Within-group, and National Inequality: The Role of Race, Ethnicity, and Gender' *Inequality and the State in Latin America and the Caribbean*. Washington, DC: World Bank.

Darity, W.A., and P.L. Mason. 1998. 'Evidence on Discrimination in Employment: Codes of Color, Codes of Gender' *The Journal of Economic Perspectives*. 12(2). 63-90.

Giddens, Anthony (1991) *Sociología*. Madrid, Alianza Editorial

Hall, Gillette, and Harry Anthony Patrinos (2005) *Indigenous People, Poverty and Human Development in Latin America: 1994-2004*. World Bank Report.

Oaxaca, R.L. and M.R. Ransom (1994) 'On discrimination and the decomposition of wage differentials' *Journal of Econometrics* 61: 5-21.

Pointet, A. Carlos Perafán, Régis Caloz, Claudia Dolci y Steven Geiger (2004) *CLAN: Cultural Land Use Analysis Methodology*. IADB-EPFL

Psacharopoulos, G. and H.A. Patrinos (1994) *Indigenous People and Poverty in Latin America: An Empirical Analysis*. Washington, DC. The World Bank.

World Bank (2006) *World Development Report 2006: Equity and Development*. Oxford University Press and the World Bank: Washington D. C.