

El desafío de los estados de respetar derechos reconocidos internacionalmente, en sus leyes internas. El caso de la comunidad diaguita de los Huascolatinos.

Silvia Mónica Fariña*

Resumen

A través de mi trabajo pretendo poner de relieve la línea sostenida por la CIDH en cuanto que es indispensable que los estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas, y sociales, su situación especial de vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres.

El estado chileno a pesar de haberlo plasmado en la ley indígena (19253), no lo respetó a través de la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CORAMA), al no haberse evaluado adecuadamente los efectos del proyecto minero sobre la comunidad indígena. No se los invitó a participar en la enajenación de sus territorios, en principio, y tampoco en la evaluación del proyecto.

En el reclamo judicial del pueblo diaguita de los Huscolatinos, se enfatiza que la ejecución del proyecto minero de Pascua Lama (con calificación ambiental favorable para el estado de Chile) afectaría el ejercicio de las actividades económicas tradicionales, alterando las costumbres y forma de vida, generándoles asimismo daños ambientales en su hábitat, privándose a la comunidad de recursos naturales esenciales para garantizar sus derechos económicos, sociales y culturales colocándolos en situación de vulnerabilidad.

* UNS

El desafío de los estados de respetar derechos reconocidos internacionalmente, en sus leyes internas. El caso de la comunidad diaguíta de los Huascolatinos.

Introducción.

Atendiendo al tema que nuclea el eje 4, en el marco de expansión de los derechos humanos, ponemos la mirada en estos nuevos actores del mundo jurídico: los pueblos originarios, y el desafío que implica hacerlos realidad.

Deviene insoslayable por tanto delimitar a los derechos humanos, entendiéndolos como "...aquellos derechos que el ser humano, considerado individualmente, posee por el simple hecho de ser eso: un miembro del género humano y que en conjunto otorgan dignidad y valor a su naturaleza humana"¹.

Cabe remontarnos a la Declaración de los Derechos del Estado de Virginia de junio de 1776, a la Independencia de los Estados Unidos y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que aprobó la Asamblea Nacional de la Revolución Francesa en 1789, como las primeras manifestaciones a favor de reclamos que tienen que ver con considerar al hombre individualmente, frente al Estado. El lema libertad, igualdad y fraternidad, dan plena fe de eso, con el fin de alcanzar la felicidad de todos los pueblos.²

Y la realidad que hoy viven, los pueblos originarios, tanto en nuestro país como en otros de América del Sur, es compleja.

Es preciso recalcar que los derechos humanos integran dentro de la clasificación generaciones de derechos la cuarta categoría, referidas las tres anteriores a los civiles, políticos y sociales, económicos y culturales. Los de la cuarta categoría, pueden definirse como de las minorías. Así como los primeros responden a la evolución política de las sociedades nacionales, los últimos surgen como consecuencia de nuevas demandas sociales de diversos sectores que luchan por su derecho al desarrollo, al progreso, a la autodeterminación, a un ambiente sano, a una identidad. Por eso también se los define como derechos de solidaridad o de los pueblos.

Y no es un tema solo interno de cada Estado, sino también una necesidad de toda la humanidad. Tenemos que remontarnos a la Carta de la ONU suscripta en San Francisco en 1945 y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada en 1948. Surge de ese modo un marco de referencia internacional. Aún lejos del pleno reconocimiento y validez de los mismos en el marco interno del país se enmarcan nuestros debates. Porque es necesario realizar ese derecho al respeto a la identidad cultural, en pie de igualdad, ya que cada cultura tiene un valor y una dignidad que deben ser respetados y protegidos. Tanto en su diversidad como en su influencia recíproca, todas las culturas de los diferentes pueblos del mundo integran el patrimonio cultural de la humanidad.³

¹ Bailón Corres, Moisés Jaime "Derechos humanos, generaciones de derechos, derechos de minorías y dederechos de los pueblos indígenas; algunas consideraciones generales"

² Jellinek, George, "La declaración de los derechos del hombre y el ciudadano", México, UNAM, 2000.

³ Rocatti, Mireille, "Derechos humanos, pluriculturalismo e identidad cultural", en Jorge Alonso et al., El derecho a la identidad cultural, México, Instituto de Investigaciones Legislativas de la H. Cámara de Diputados 1999, pp. 17-43.

Normas internacionales en torno al derecho de los pueblos originarios.

A la luz de los instrumentos internacionales de derechos humanos relativos a los pueblos indígenas que orientan mi trabajo es preciso examinar la política en esta materia del estado, la discusión relativa al reconocimiento de sus derechos en el ordenamiento jurídico interno, así como de las situaciones de conflicto que afectan a sus comunidades y sus implicancias para la vigencia de sus derechos. Si bien el derecho internacional en esta materia es nuevo en el tiempo ⁴ alcanzó gran desarrollo en el seno de la ONU y de la OEA.

En la década de los 80, y como respuesta a la presión por el reconocimiento de su especificidad étnica y cultural se abre espacio para su discusión.

En 1957 se dicta el convenio nro. 107 de la OIT sobre Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas que es revisado y culmina en 1989 con la aprobación por la OIT del Convenio nro. 169 sobre pueblos Indígenas y Tribales en Países independientes. Este establece una serie de derechos políticos, económicos, sociales, culturales y territoriales que corresponden a los pueblos indígenas al interior de los estados.

El convenio reconoce el derecho a “consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente” (art. 6.1) y también derechos de autogestión y autogobierno al disponer que ellos deberán tener “el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural” (art. 7.1.); que al aplicárseles la ley nacional “deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o derecho consuetudinario”(art. 8.2); y que tendrán derecho de “conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos” (art. 8.2). Hay que agregar el conjunto de normas, tales como los artículos 22, 23, 25 y 27, que establecen la necesidad de que los gobiernos proporcionen a los pueblos indígenas los medios y el apoyo necesario para que asuman progresivamente el control en áreas tales como formación profesional, técnicas tradicionales y artesanías, salud y educación. Se le reconoce derecho “a recursos naturales existentes en sus tierras”, los que comprenden “participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos” (art. 15.1).

⁴ A mediados del siglo XX pusieron énfasis en los derechos individuales y no en los derechos colectivos de los pueblos. Consecuentemente con ello, no hicieron referencia a los derechos de los pueblos indígenas. Tampoco lo hicieron expresamente los Pactos de Derechos Civiles y Políticos y Económicos, Sociales y Culturales aprobados por la ONU en 1966. Ellos reconocieron en su artículo 1 común el derecho a la libre determinación de los pueblos, derecho entonces orientado a los pueblos en proceso de descolonización y no a los pueblos indígenas. El primer pacto (PIDCP) también se refiere en su artículo 27 al derecho de quienes integran las minorías étnicas, religiosas y lingüísticas, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, practicar su propia religión y emplear su propio idioma. No se hace mención alguna a los pueblos indígenas, los que por razones históricas, políticas y en algunos casos demográficas (como en Bolivia y Guatemala por ejemplo), no se consideran como minorías.

A la fecha, este convenio ha sido ratificado por un total de 13 estados, 11 de ellos en latinoamérica.⁵ A pesar de la ambigüedad de muchas de sus disposiciones que dejan al arbitrio de los estados la materialización de muchos de los derechos en él establecidos⁶ y de las limitaciones de los procedimientos de la OIT para hacer exigibles los mismos derechos, sus implicancias –particularmente en América Latina– han sido múltiples.

Si bien Chile no lo ha reconocido hasta el momento, como las normas de este convenio configuran uno de los pilares de las resoluciones de la CIDH igualmente debe ser respetada. La Sub Comisión de Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías de la ONU adoptó el Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas y, en 1997, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA aprobó un Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

De importancia también para la determinación de la naturaleza y alcance de los derechos de los pueblos indígenas han sido los informes emanados de relatorías especiales de Naciones Unidas sobre la materia. Entre éstos cabe destacar a Rodolfo Stavenhagen, cuyo mandato incluye recabar información relativa a la violación de los derechos indígenas y formular recomendaciones para prevenir y remediar tales atropellos, emitió en febrero de 2002 su primer informe dando cuenta de los múltiples problemas jurídicos y políticos que inciden en la violación de los derechos indígenas (Stavenhagen, 2002). Más recientemente, en su segundo informe como Relator (enero de 2003), constata las graves consecuencias de los proyectos de desarrollo en gran escala en los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos y las comunidades indígenas en el mundo, incluido Chile (Stavenhagen, 2003).

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Desde la década de los años setenta la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha recibido y sustanciado numerosas peticiones sobre situaciones que afectan a personas y comunidades indígenas en el ejercicio de sus derechos consagrados en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1947, así como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.

Como consecuencia de ello emitió, diversas resoluciones, informes⁷ y recomendaciones a los estados instándolos a respetar los derechos humanos en las situaciones que involucran a los indígenas. Algunos de estos casos han sido remitidos por la Comisión a la Corte Interamericana, la que a través de sus resoluciones ha contribuido al desarrollo de una jurisprudencia en materia de derechos indígenas de gran relevancia para los estados de la región. Desarrolló una doctrina y jurisprudencia relativa a los derechos humanos y los pueblos indígenas, entre los que se cuentan el derecho a la vida, la libertad y la integridad personal, el derecho de propiedad, la protección de la familia, el reclutamiento

⁵ Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Paraguay y Perú en América del Sur, además de Costa Rica, Guatemala, Honduras, México.

⁶ Las disposiciones del convenio relativizan la obligación de los estados al disponer que ella corresponde a los gobiernos “en la medida de lo posible” (art. 7.1), “siempre que haya lugar” (art. 7.2), o “cuando se consideren necesarios” (art. 16.2).

⁷ Destacan en este sentido los informes especiales sobre la situación particular de los pueblos indígenas en Colombia (1993 y 1999), Guatemala (1993), Ecuador (1997), Brasil (1997), México (1998) y Perú (2000).

militar discriminatorio a indígenas y el derecho a la protección judicial. Reconociendo sistemáticamente la necesidad de otorgar una protección especial a los fundamentales de los indígenas, debido a su particular situación de vulnerabilidad. Asimismo, han reconocido la especificidad que estos derechos tienen en el caso de los indígenas en razón de su diversidad cultural. La naturaleza colectiva de los derechos indígenas, los que alcanzan no solo a los individuos indígenas, sino que a las comunidades y pueblos, ha sido subrayada en numerosos informes, resoluciones y fallos (OEA, 2000).

Respecto de los pronunciamientos de la Comisión sobre el derecho de propiedad indígena, en 1970 refirió a la obligación de defender las tierras indígenas (caso de los *guahibos* en Colombia). En 1985 emitió una resolución en el caso de los *yanomami* del noroeste de Brasil, recomendando delimitar y demarcar el Parque *Yanomami*, incluyendo más de 9 millones de hectáreas de bosque amazónico, hábitat de aproximadamente 1.200 *yanomami*. En virtud de no haber ratificado Brasil entonces no la convención, el fallo se basó en el derecho a la vida, libertad, residencia y tránsito, salud y bienestar de la Declaración Americana de Derechos Humanos. Siendo quizás el caso más importante abordado por el sistema interamericano en esta materia el de la comunidad de *Awás Tingni* de la Costa Atlántica de Nicaragua, en el que ventiló que este estado no había adoptado las medidas necesarias para asegurar el derecho a la tierra de las comunidades indígenas *mayagna* (*Sumo*) de *Awás Tingni* y de otras comunidades indígenas de la Costa Atlántica de Nicaragua frente a una concesión de explotación maderera otorgada a una empresa coreana por dicho estado. En 1998, se acogió la petición de los indígenas y se interpuso una demanda en contra del estado de Nicaragua ante la Corte. Ésta se refiere a la violación por parte de dicho estado de los artículos 1 (obligación de respetar los derechos), 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno), 21 (derecho a la propiedad privada) y 25 (protección judicial) de la Convención Americana en razón de la falta de demarcación y de reconocimiento oficial del territorio de esta comunidad. La Comisión también solicitó a la Corte, en base al artículo 63 (1) de la convención, la reparación de las consecuencias de la violación.

El 31 de agosto de 2001, la Corte dictó sentencia en este caso, sosteniendo que Nicaragua violó el artículo 21 de la Convención Americana en perjuicio de los indígenas en conexión con los artículos 1.1 y 2 de la misma convención, condenándolo a que delimite, demarque y tittle el territorio de propiedad de la comunidad. El fallo de la Corte Interamericana dejó establecido en sus considerandos el valor de la propiedad comunal de los pueblos indígenas a la luz de la norma referenciada, la validez de la posesión de la tierra basada en la costumbre indígena, aun a falta de título, para que se les reconozca la propiedad sobre ellas (par. 151) y la necesidad de que la estrecha relación que los indígenas tienen con sus tierras sea reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica (par. 149)⁸.

Que es el proyecto de Pascua Lama?

Es un proyecto minero que se encuentra ubicado en la frontera entre Chile y Argentina, a una elevación de 3800 a 5200 metros sobre el nivel del mar y a aproximadamente unos 10 kilómetros de la mina Veladero (ubicada en la provincia de San

⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la comunidad *mayagna* (*Sumo*) *Awás Tingni* vs. Nicaragua, sentencia de 31 de agosto de 2001.

Juan inmediatamente al sur de Pascua Lama) que también explota el grupo canadiense de la minera Barrick Gold.

Pascua Lama se encuentra en los Altos Andes, próximo a los glaciares que dan de tomar e irrigan a comunidades en el Valle del Huasco, donde la principal actividad es la agrícola, en la cabecera de los ríos del Estrecho y el Toro, en la zona fronteriza con Argentina, a unos 150 kilómetros al sureste de la ciudad de Vallemar. Se asienta específicamente al interior del territorio comunitario de la Estancia de los Huascolatinos, en la Estancia Chanarcillo o Chollay, adquirida por la empresa Nevada Ltda, para su emplazamiento. En el territorio de nuestro país está ubicado a 300 kilómetros al noroeste de la ciudad de San Juan.

Las principales preocupaciones son: el impacto en los glaciares, en las humedades de alta montaña, en las áreas pertenecientes a las comunidades indígenas, en la biosfera de San Guillermo (internacionalmente protegida) y riesgos de contaminación y sobre explotación de los recursos acuíferos. La compañía minera, es una filial indirecta de Barrick Gold Corporation, que tiene su casa matriz en Toronto, Canadá, y pretende explotar yacimientos de oro, plata y cobre. Las reservas mineras a explotar, en 20 años – que es la vida útil prevista- ascienden a 328 millones de toneladas, de las cuales 17,4 millones corresponden a onzas de oro, 656 millones a onzas de plata y 250.000 toneladas a cobre. Estimándose la inversión entre mil cuatrocientos y mil quinientos millones de dólares, ocupando aproximadamente a 6000 personas en la etapa de construcción y 1660 personas en la etapa de operación (entre los dos países).

En Chile el proyecto fue sometido al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, en agosto del año 2000. Obteniendo calificación favorable por parte de la COREMA de la III Región el 3 de julio de 2001. Como la empresa a partir de nuevos estudios de geología y mineralización del área identificó mayores reservas, se replanteó el proyecto y en diciembre de 2004 se presentaron las modificaciones al Proyecto PASCUA Lama que fue aprobado exitosamente por la autoridad ambiental chilena por resolución de Calificación Ambiental, emitida por la COREMA el 15 de febrero de 2006.⁹

El caso.

La comunidad agrícola de Huascolatinos en el valle de Huasco, de origen diaguita, en el marco que permite el art. 44 de la Convención Americana, se presentan ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con el fin de denunciar al Estado de Chile que ha violado los artículos 21 (derecho a la propiedad privada), 8 (garantías judiciales) y 25 (protección judicial) que de dicha norma, en relación al incumplimiento de las obligaciones establecidas en los artículos 1.1. (obligación de respetar los derechos) y 2 (deber

⁹ Actualmente se tramitan diferentes recursos, entre los que se destaca un juicio pendiente del año 2001 en el Juzgado de Vallemar por usurpación de tierras, ante la cual la Comunidad Agrícola de los Huascoaltinos solicita la nulidad de la compraventa por medio de la cual la Compañía Minera Nevada Ltda. Adquirió el dominio argumentando que se trataba de terrenos de derechos pro indiviso que debieron haberse sometido al régimen legal establecido por el D.F.L. nro. 5 para su enajenación, el cual exige la aprobación de la asamblea para la venta de derechos sobre el campo común. También hay una solicitud de la Dirección General de Aguas (DGA) del 23 de setiembre de 2005, presentada por la Clínica de Interés Público de la Universidad de Diego Portales, en representación de la Comunidad Huascoaltina, mediante la cual se busca que la Dirección de inicio a un procedimiento administrativo con el objeto de fiscalizar lo obrado por la Junta de Vigilancia, para poder declarar la nulidad del Protocolo del Acuerdo celebrado entre la Dirección y la empresa minera, porque ésta no está habilitada para disponer de la propiedad de otros usuarios.

de adoptar disposiciones de derecho interno). Se agravan de que la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA) N° 1397 del 7 de junio del año 2006 y la N° 024 de la Comisión Regional del Medio Ambiente (COREMA) del 15 de febrero de 2006, otorgaron la calificación ambiental favorable al proyecto Minero Pascua Lama y sus modificaciones, rechazando los reclamos de la comunidad diaguita por los que se oponían a la ejecución de dicho proyecto en sus territorios ancestrales, porque entienden que altera de manera significativa sus costumbres y formas de vida, generando daños ambientales a su hábitat y finalmente los priva de recursos naturales esenciales para garantizar sus derechos económicos, sociales y culturales, colocándolos en situación de vulnerabilidad alimenticia y económico, afectando de ese modo su supervivencia e integridad territorial y cultural, al poner en riesgo la totalidad del ecosistema que sustenta sus espacios territoriales.

La propiedad de la tierra se regularizó en 1997. Que la estancia con una superficie de 395.000 es mensurada a favor de particulares extraños a la comunidad las Estancias Valeriano o Colorados con 87.332,985 ha y la Estancia Chollay o Chañarcillos, hoy propiedad de Nevada Ltda (filial de Barrick) con 50.172,108 hectáreas, en donde se emplaza la mina de Pascua Lama.

a) Qué normas protegen a la comunidad diaguita? La ley indígena nro. 19253 de 1993 sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los indígenas.

Reconoce que para las denominadas etnias indígenas, la tierra es el fundamento principal de su existencia y cultura. Establece entre uno de los deberes del estado y la sociedad en general proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, su equilibrio ecológico y propender a su ampliación (art.1).

La estructura social de los huascoalinos se articula sobre la base de la ocupación ancestral y el desarrollo de actividades productivas. Es importante en este punto destacar que la actividad silvo pastoril del pueblo hace uso de todos los recursos ecológicos ambientales y naturales existentes en sus territorios, para de ese modo constituir un espacio cultural, social y económico que se localiza en el precordillera y cordillera. Y el proyecto de Pascua Lama se encuentra en el centro del territorio ancestral que ocupan desde tiempos inmemoriales. Y la empresa canadiense ha cerrado el acceso a las veranadas mediante un port{on que impide el libre desplazamiento por el camino público de tránsito vehicular que conduce a la mina y mediante alambradas que atraviesan el río Chollay y las laderas aledañas impidiendo el paso pedestre de personas y animales.

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

Es decir que del juego armónico de la ley 19253 y la de medio ambiente nro. 19300 los instrumentos de gestión como es el sistema de evaluación del impacto ambiental que se aplique al territorio indígena debe evaluar los impactos socio culturales del proyecto, en su

dimensión individual y colectiva, debiéndose constatar que el proyecto no afecte o altere de ninguna manera las costumbres o formas de vida de la población.

Resulta entonces que los derechos indígenas a la tierra y a su equilibrio ecológico han sido protegidos por leyes especiales en el ámbito interno y por las normas de derecho internacional vigentes en Chile, las cuales reconocen que el derecho indígena a la tierra y al territorio involucra el derecho sobre los recursos naturales, la protección del hábitat y el derecho a los recursos hídricos que lo sustentan.

El derecho humano del agua está contemplado en art. 26 de la Convención Americana o Pacto de San José de Costa Rica impone a los estados firmantes el compromiso de "...adoptar providencias, tanto a nivel interna como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de 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". Este pacto lo ratificó Chile el 14 de agosto de 1990.

Quiere esto decir que Chile se encuentra obligado a tomar las providencias descriptas para no incurrir en responsabilidad internacional.

Y la Observación General nro. 15 de la ONU establece¹⁰ en su segundo párrafo que "el derecho de todas las personas a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico..." lo que 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, cocina, higiene personal y doméstica.

Desde la perspectiva de los pueblos originarios la eventual contaminación de los recursos hídricos del valle alcanza una importancia gravitante ya que no solo va a afectar las comunidades aledañas al proyecto, sino también el desarrollo de sus productos agrícolas¹¹.

Vale remarcar entonces que el proyecto en análisis va a impactar directamente en la forma de vida y costumbres de la Comunidad Agrícola de los Huascoaltinos comunidad integrada por descendientes de las comunidades diaguitas que habitan la región desde tiempos precolombinos y que tiene una estructura social que se basa en la ocupación ancestral del territorio desarrollando actividades productivas que se caracterizan por ser silvo-pastoriles, dedicados al pastoreo de ganado caprino y mular y a la agricultura¹².

La importancia de los recursos naturales para los pueblos originarios radica en que a partir de ellos van a configurar su complejo y particular modo de vida. Las constituciones políticas de los países andinos forman parte de una lógica que considera que

10 La O.G. 15 párrafo primero dispone que "el derecho al agua entraña tanto libertades como derechos. Las libertades son el derecho de mantener el acceso al 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 para disfrutar del derecho al agua"

¹¹ Entre dichos productos: 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. Sitio web <http://www.prochile.cl/atacama/>.

¹² Yañez, Nancy, "Fundamentos jurídicos para el reconocimiento de derechos indígenas al agua: Análisis normativo, jurisprudencial y de casos en el contexto chileno. CEPAL, Santiago de Chile, agosto de 2005, p46.

los recursos naturales son del Estado y como éste representa toda la sociedad, los recursos son para beneficio de todos, pero resulta que este beneficio no llega a todos de la misma manera¹³.

Por su parte el Convenio 169 de la OIT estableció en su artículo 15.1 respecto de los recursos naturales situados en territorios indígenas que deberán protegerse especialmente. “Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos”¹⁴.

De lo dicho surge claramente que es imperioso que la autoridad (ambiental) incluya en su análisis este enfoque integral con el que los indígenas se vinculan a su entorno de manera armónica y equilibrada con todos los elementos de la naturaleza y no de manera a sistémica.

b) Que hizo la autoridad chilena en este sentido?

Cabe destacar que el proyecto se emplazaría en sitios arqueológicos que conforman el patrimonio histórico del pueblo diaguita, también que por su ubicación y como quedó dicho contaminaría el agua y también el impacto sobre los glaciares Esperanza, Toro 1, Toro 2 y Guanaco, como consecuencia de la explotación del yacimiento minero que subyace debajo de esos hielos milenarios.

La presentación enfatiza la arbitrariedad de la resolución impugnada por haber omitido pronunciarse sobre las observaciones formuladas en el párrafo 7 del ICSARA II. Y no se hace cargo la resolución ambiental de los efectos que va a provocar sobre la población diaguita. Acogiendo como medida de resguardo la que sería aplicada respecto de la población en general sin atender a las especiales características del pueblo. No se exige de la empresa canadiense los mecanismos concretos con los cuales la empresa desarrollar{a la interacción entre la población indígena respetando la actividad agrícola y ganadera y su estructura sociocultural. Por tanto la resolución es manifiestamente arbitraria.

Tampoco es igualitaria la participación de las partes. Se viola de tal manera el principio de buena fe y también de congruencia propios del procedimiento administrativo. Por medio de la resolución impugnada la CONAMA ha relevado a nEVADA Ltda. De la carga de probar que el proyecto se ajusta a la normativa ambiental, pese a que la comunidad de huascoaltinos y la CONADI demostraron en el procedimiento de evaluación que existían una serie de elementos que el Estudio de Impacto Ambiental presentado por Nevada Ltda no consideraba, ni en su impactos ni en las medidas de mitigación.

Es posible concluir que la autoridad ambiental consideró acabadamente todas y cada una de las circunstancias que podrían redundar afectando los recursos hídricos del valle y de la vida de los pueblos que lo habitan. Interrogantes tales como: en qué medida se restringiría la cantidad de agua disponible en los diferentes períodos del año?, qué distancia deben recorrer las comunidades en caso de desabastecimiento?, sabrán las comunidades como tratar el agua si se vuelve insalubre?, tendrán los medios para hacerlo?

¹³ 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, cita a pie de página n° 6, p.6. Sitio web <http://www.eclac.cl/drmi/proyectos/walir/doc/walir10.pdf>.

¹⁴ El convenio 169 de la OIT fue adoptado el 27 de junio de 1989 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en Ginebra. En este convenio se ha especial relevancia de los derechos de los pueblos indígenas, y a la especial relación que ellos mantienen con la tierra y el debido respeto que los Estados deben guardar a ellos y a sus recursos naturales. Este convenio no ha sido ratificado por Chile.

Que evidentemente a pesar de que es un intento de proteger las características socioculturales de la comunidad de los Huascoaltinos, es incompleto, deficiente, porque prescinde de un enfoque integral que comprenda la especial relación que los indígenas tienen con el entorno natural. Hubiera sido necesario que la autoridad hubiera prestado mayor atención a los planteos de la CONADI.

A través del documento ICSARA N°2 la autoridad hace una serie de requerimientos al titular del proyecto relativos a la aclaración y ampliación de la información entregada respecto de los efectos de la dimensión antropológica, concerniente a los siguientes aspectos: a) la estructura social y económica de esta población y especialmente la actividad silvo pastoril, la agricultura, y a la trashumancia (invernadas y vernadas), b) mecanismos concretos con los que la empresa va a desarrollar la interacción entre la población indígena del sector, respetando la actividad agrícola y ganadera y la estructura sociocultural e incorporando medidas de mitigación en el supuesto que dichas actividades se vieran afectadas. Y se le requirió información relativa a la potencial afectación de los recursos naturales por parte del proyecto debido a su localización en las nacientes de los ríos del Estrecho y Toro, tributario de los ríos Tránsito y el Carmen, siendo el Transito el que alimenta los territorios de cultivo de los huascoaltinos.

También es ilegal porque viola lo que dispone la ley de Bases del Medio Ambiente (19330) cuando dispone que la autoridad ambiental aprobará el Estudio de Impacto Ambiental si este cumple con la normativa de carácter ambiental y haciéndose cargo de los efectos, características establecidas en el art. 11 propone medidas de mitigación, compensación o reparación adecuadas. Caso contrario tiene que ser rechazado.

c) Garantías constitucionales vulneradas en el ámbito interno. 1) derecho a un medio ambiente libre de contaminación (art. 9 n°8). Que asegura a todas las personas el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y que le impone al estado el deber de velar para que este derecho no se vea afectado y tutelar por la preservación de la naturaleza. 2) derecho de igualdad ante la ley (art. 19 n°2) la autoridad debe proceder de manera imparcial al aplicar la ley. En el caso de >Pascua Lama se viola desde dos aspectos, primero porque no ponderó las observaciones hechas por la CONADI y de la comunidad indígena en igualdad de condiciones que los planteamientos de la minera, y segundo porque como consecuencia de ello la autoridad ambiental no evaluó la dimensión antropológica y social que acarrea el proyecto sobre la comunidad diaguita incumpliendo la norma legal establecida a favor de los recurrentes. 3) derecho a igualdad de trato en materia económica (art. 19 n° 22) no ponderó la afectación a la actividad económica ancestral.

d) La responsabilidad estatal. Restablecer las cosas a su estado anterior, la reparación in integrum se traduce en la suspensión definitiva del proyecto minero en el territorio ancestral diaguita. Y también la reparación integral de las consecuencias que produjeron las infracciones y se establezca el pago de una indemnización como compensación por los daños. Cabe hacer presente que la obligación está contemplada y perfectamente delimitada por el derecho internacional, y el Estado no puede soslayar, invocando cuestiones de derecho interno.

Pascua Lama del lado argentino.

En nuestro país se promulgó en el año 2008 la primer norma nacional de protección de glaciares a nivel mundial. No solo declara reservas de interés público a las masas de hielo, sino que específicamente protege glaciares, glaciares de roca, de escombros y

permafrost de cualquier impacto, incluyendo y especificando en el art. 6 la prohibición de la minería en dichas reservas.

Antes de su promulgación definitiva algunos gobiernos de provincias pro mineras dictarían una ley marco que mejor se adecuara a las necesidades de cada provincia. El caso de San Juan fue muy emblemático, no incluyendo ni el permafrost ni los glaciares inactivos de roca (que pueden albergar grandes cantidades de hielo) y tampoco se prohibió la minería donde se podían destruir glaciares. Barrick tuvo mucho que ver en el veto de la ley, y uno de los motivos es que a la luz de la norma que protege los glaciares, Pascua Lama es ilegal. Luego de la aprobación de la ley en 2010, el sindicato Asociación Obrera Minera Argentina, y las empresas mineras Barrick Exploraciones argentinas S.A. y Exploraciones Mineras Argentinas S.A. presentan un amparo para que se suspenda la aplicación de seis artículos de la ley 216639 para el emprendimiento minero Pascua Lama. Las cautelares se referían a la definición de glaciar (art. 2), a la creación del Inventario Nacional de Glaciares (art. 3), a la realización de un inventario (art. 5), a la prohibición de actividades que impliquen la destrucción de glaciares (art. 6), a la obligación de realizar estudios de impacto ambiental (art. 7) y a la disposición transitoria que establece la obligación de presentar un cronograma para la ejecución del inventario y la obligación de someter a las actividades de ejecución al momento de la sanción de la ley a una auditoría ambiental (art. 15).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación puso en vigencia la Ley de Glaciares que protege los reservorios de agua y limita la actividad minera a cielo abierto, considerada contaminante y deja sin efecto medidas cautelares dictadas por la justicia federal de San Juan que frenaban la aplicación. Se despejó así el camino para llevar a cabo un inventario de glaciares en todo el país y recién a partir de allí se va a conocer con exactitud las áreas que la ley protege.

Conclusiones

Si bien los derechos humanos son inherentes a la naturaleza del hombre y le dan dignidad y valor, su ejercicio es posible cuando ellos se materializan en disposiciones legales que permiten su tutela, poniendo freno al poder del Estado frente a la libertad del individuo. Pero no concluye ahí el ejercicio de los derechos fundamentales, es preciso la existencia de reconocimiento concreto y efectivo, por medio de acciones positivas por parte del Estado.

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 relativos a los derechos y usos tradicionales de los pueblos originarios, y a la gestión de los recursos naturales.

Esta desprotección de facto de los derechos conlleva graves consecuencias no solamente en términos culturales, sino también ambientales y económicos.

En Chile, al igual que en nuestro país y varios otros países latinoamericanos la legislación interna evidencia que no ajusta sus contenidos como para hacer efectiva la protección de los derechos de los pueblos originarios conforme la normativa internacional y tampoco se protege de hecho.

En el caso específico del proyecto Pascua Lama tanto por la notoria vulnerabilidad que sufre el derecho del agua, sea desde el punto de vista del contenido mínimo como de la obligación tripartita, no cabe concluir otra cosa que su violación por parte del estado

chileno, del derecho humano al agua de la comunidad indígena de los Huascoaltinos, al permitir la realización del mismo a la luz de lo que establecen el párrafo 1 del artículo 11 del PIDESC y el art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La afectación del derecho colocaría al estado de Chile en un supuesto de responsabilidad internacional como resultado de la vulneración de los factores que constituyen el contenido mínimo o esencial del derecho de los pueblos originarios.

Una vez más surge palmariamente que el derecho humano reconocido doctrinariamente y en los documentos internacionales como en la jurisprudencia de la CIDH sigue sin ser provisto de efectividad .

De continuarse esta tendencia siguen afectándose derechos fundamentales de las minorías, negando de este modo la existencia de otras formas de vida totalmente diferentes y legítimas, hasta hacerlas prácticamente desaparecer.

BIBLIOGRAFIA:

- Bailón Corres, Moisés Jaime “Derechos humanos, generaciones de derechos, derechos de minorías y derechos de los pueblos indígenas; algunas consideraciones generales”
- Convenio 169 de la OIT fue adoptado el 27 de junio de 1989 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en Ginebra.
- 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, cita a pie de página n° 6, p.6. Sitio web <http://www.eclac.cl/drmi/proyectos/walir/doc/walir10.pdf>.
- Jellinek, George, “La declaración de los derechos del hombre y el ciudadano”, México, UNAM, 2000.
- Ley chilena 19.253 de 1993, Establece Normas sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas.
- Ley chilena 19.330
- O.G. 15 párrafo primero
- Resolución de Calificación Ambiental dictada por la Comisión Regional del Medio Ambiente, el 15 de febrero de 2006, p . 151.
- Rocatti, Mireille, “Derechos humanos, pluriculturalismo e identidad cultural”, en Jorge Alonso et al., El derecho a la identidad cultural, México, Instituto de Investigaciones Legislativas de la H. Cámara de Diputados 1999, pp. 17-43.
- Sitio web <http://www.prochile.cl/atacama/>.
- Sitio web <http://www.eclac.cl/drmi/proyectos/walir/doc/walir10.pdf>.
- STAVENHAGEN, RODOLFO (Relator Especial ONU), *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas*, ONU, Consejo Económico Social, E/CN. 4/2002/97, 4 de febrero de 2002 y E/CN. 4/2003/90, 21 de enero de 2003.
- Yañez, Nancy, “Fundamentos jurídicos para el reconocimiento de derechos indígenas al agua: Análisis normativo, jurisprudencial y de casos en el contexto chileno. CEPAL, Santiago de Chile, agosto de 2005, p46.