



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Ciencias del Derecho

**RECURSOS NATURALES Y COMUNIDADES INDÍGENAS. ANÁLISIS PROYECTO
DE EXTRACCIÓN DE AGUAS SUBTERRÁNEAS EN PARQUE NACIONAL LAUCA, I
REGIÓN**

Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

AUTOR: NATALIA GUTIÉRREZ SOTO
PROFESOR GUÍA: MILKA CASTRO LUCIC

Santiago, Chile.

2006

“Si tu me has dado este licor, yo te devuelvo una gota”..... “para que estés contenta Pachamama”¹

¹ Pedro Umiri, Poeta Aymará, en BENGUA J., “La emergencia indígena en América Latina”. Fondo de Cultura Económica, Santiago, 2000.

*Mis cordiales agradecimientos a la antropóloga y académica Milka Castro
Lucic por su apoyo y conocimientos en la gestación y realización
de esta investigación.*

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN.....	7
PRIMERA PARTE	16
CAPITULO I	
RELACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS CON SUS TERRITORIOS Y	
RECURSOS NATURALES.....	16
I) Historia del tratamiento de las tierras en América.....	18
II) Territorialidad Indígena.....	23
A. Espacio y territorio.....	23
B. Territorialidad.....	30
C. Etnoterritorialidad.....	33
III) El Título Ancestral Indígena.....	36
IV) Análisis Legal.....	40
A. Normativa Nacional.....	40
A.1. Propiedad y Título Indígena.....	43
B. Normativa Internacional.....	46
B.1. Acuerdos Formales.....	46
B.2. Acuerdos Informales.....	50
V) Análisis Jurisprudencial	51
A. Jurisprudencia Nacional.....	52
B. Jurisprudencia Comparada.....	56
B.1. Caso Comunidad Mayagna (sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua.....	57
B.2. Caso Comunidad Yakye Axa del Pueblo Enxet vs. Paraguay.....	59

CAPITULO II

USO Y CONTROL DE LOS RECURSOS NATURALES EN TERRITORIOS

INDÍGENAS.....	62
I) Derecho Consuetudinario.....	62
A. Derecho Consuetudinario Indígena en Chile.....	64
II) Elementos generales del uso tradicional de Recurso Naturales por los pueblos indígenas.....	65
III) Principios generales del Manejo del agua en los pueblos indígenas campesinos.....	67
IV) Reglas generales en el manejo del agua en comunidades en el Norte de Chile.....	71

CAPITULO III

LEGISLACIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES EN CHILE, EN ESPECIAL

DEL RECURSO HÍDRICO. DERECHO DE AGUAS Y PUEBLOS	
INDÍGENAS.....	74

I) Recursos naturales en legislación chilena.....	75
A. Recurso minerales.....	76
B. Recurso hídrico.....	77
II) Normativa específica respecto a las aguas en Chile.....	79
A. Reseña histórica del tratamiento de las aguas en Chile.....	79
B. Legislación vigente.....	81
C. Características sistema actual de aguas.....	82
III) Regulación del recurso hídrico en comunidades indígenas.....	86
A. Estatuto general sobre las aguas en la Ley Indígena.....	86
B. Estatuto particular establecido para las comunidades Aymarás y Atacameñas en materia de aguas.....	88
C. Normas especiales respecto de aguas subterráneas.....	89

SEGUNDA PARTE.....	95
---------------------------	-----------

CAPITULO I	
CUESTIONAMIENTOS TÉCNICOS Y AMBIENTALES RESPECTO DEL PROYECTO DE EXTRACCIÓN DE AGUAS EN PARQUE NACIONAL LAUCA.....	
	97
I) CUESTIONAMIENTOS TÉCNICOS.....	98
II) CUESTIONAMIENTOS AMBIENTALES.....	99
 CAPITULO II	
CUESTIONAMIENTOS EN RELACIÓN A LOS DERECHOS INDÍGENAS VULNERADOS EN EL PROYECTO DE EXTRACCIÓN DE AGUAS EN PARQUE NACIONAL LAUCA.....	
	104
I) FUNDAMENTOS IDEOLÓGICOS Y CULTURALES DEL PUEBLO AYMARÁ.....	104
II) CUESTIONAMIENTOS EN CUANTO AL SISTEMA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL, SEIA.....	107
III) CUESTIONAMIENTOS JURÍDICOS.....	108
A. LEY INDÍGENA.....	108
B. CÓDIGO DE AGUAS.....	111
C. GARANTÍAS CONSTITUCIONALES.....	112
 CONCLUSIONES.....	 113
 BIBLIOGRAFÍA.....	 117

INTRODUCCIÓN

La administración, uso y manejo de los recursos naturales constituyen un área temática que ha generado debates y conflictos en nuestro país, en medio de un proceso de expansión económica que se lleva a cabo en las últimas décadas. En este contexto, destacaremos dos situaciones: una, en la que el Estado tiene el dominio único y exclusivo de la gran parte de recursos que provee la naturaleza, y los particulares en este caso pueden acceder a ellos mediante concesiones. Este argumento tiene su fundamento en la Constitución Política de la República en lo que respecta a las minas, y fundamento legal en los demás recursos naturales. La otra situación alude al derecho consuetudinario indígena, y específicamente, a la facultad de los pueblos originarios para administrar los recursos que se encuentran dentro de su territorio. Es esta segunda situación la que será abordada en esta Memoria.

El trabajo está estructurado en dos partes, finalizando con las Conclusiones y Bibliografía.

En la primera parte, en su primer capítulo, se desarrolla el marco teórico de la investigación, esto es, lo que podría suponer en el avance de la investigación el sustento conceptual respecto del dominio que tendrían los pueblos originarios sobre las tierras habitadas hace siglos por estos, denominado Propiedad Ancestral, término reconocido en el ámbito nacional e internacional. Por otra parte, se analiza también la concepción de tierra y los elementos que la conforman.

En el capítulo tercero se explicarán los principios básicos del manejo y control de los recursos naturales en las comunidades indígenas para diferenciar el manejo del Estado respecto de estos pueblos.

En el siguiente capítulo se desarrollará un marco general que señale el status jurídico de los recursos naturales en Chile, planteando específicamente el tratamiento de las aguas

superficiales y subterráneas en Chile y la regulación de este recurso con relación a los pueblos originarios en Chile.

Realizado este análisis doctrinal, legal y jurisprudencial respecto al tipo y características del título indígena, los rasgos distintivos del uso de los recursos por parte de las comunidades indígenas y la legislación chilena respecto de estos elementos en su conjunto, en la segunda parte de este trabajo se estudiará el caso del proyecto de extracción de aguas subterráneas del Parque Nacional Lauca, enlazando las diferentes ideas desarrolladas en las partes que preceden a este capítulo.

1. Fundamentación.

Con la apertura política que se genera en Chile en el año 1989, se da un nuevo impulso al debate sobre el tema indígena, que en la década de los sesenta y setenta, había sido materia importante en las políticas públicas, especialmente con la reforma agraria y luego con la Ley Indígena N° 17.729 del año 1972, la cual recogió en su normativa las demandas sobre recuperación de tierras, reconocimiento de la pluralidad cultural y desarrollo indígena entre otros puntos. Entre los años 1973 y 1989, bajo el régimen militar, se produce un estancamiento e incluso un retroceso, como consecuencia de las políticas asimilacionistas respecto de los pueblos indígenas y, especialmente debido a la parcelación en lotes individuales de tierras comunitarias y entrega de títulos de propiedad individual, materias normadas por los D.L. 2.568 y 2.750 del año 1979.

El nuevo impulso al que hemos hecho mención generó un proceso de reorganización de los pueblos indígenas del país, necesario para efectos de coordinación y participación en el nuevo orden institucional, y construcción de una nueva relación con el Estado chileno. Precisamente, fue en el año 1989, cuando las organizaciones indígenas suscribieron con el candidato a la presidencia, don Patricio Aylwin, el denominado Acuerdo de Nueva Imperial en el marco del proceso de transición hacia la democracia. Este acuerdo tiene tres hitos primordiales a desarrollar, a) la recuperación de tierras; b) el reconocimiento de derechos a través de una reforma constitucional en conjunto a la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT, y c) la creación de una nueva institucionalidad pública para los asuntos indígenas. Para el

desarrollo de estos puntos el Acuerdo dispuso de creación de una Comisión Especial de Pueblos Indígenas (1990), la que presentaría un proyecto de ley, y un proyecto de reforma constitucional; éste último no fue aceptado por los partidos de oposición. Posteriormente, el 5 de octubre de 1993 se publica la ley N° 19.253, conocida como Ley Indígena, que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI).

Esta ley reguló, además, diversas materias tales como el reconocimiento de ocho etnias del país, y la concesión de personalidad jurídica y protección especial respecto de ciertos temas. Establece la creación de un Fondo de Tierras indígenas para la entrega de tierras no indígenas a comunidades indígenas, y establece áreas de Desarrollo Indígena, entre otras regulaciones. Respecto de los recursos naturales, tema de esta memoria, destacamos el contenido del artículo 1° inciso 3°:

“Es deber de la sociedad en general y del Estado en particular, a través de sus instituciones respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades, adoptando las medidas adecuadas para tales fines y proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación”.

No obstante, en la práctica, se han producido diversos conflictos de derechos entre pueblos indígenas y terceros por el uso de recursos naturales que han sido la base de la economía de estos pueblos y de su reproducción biológica y sociocultural. Es en este contexto, que nos proponemos demostrar que la utilización de los recursos naturales – en especial del recurso hídrico- debiera otorgar a los pueblos originarios que lo utiliza, un derecho preferente de su uso. Ello, en función de la importancia para sus formas de producción y por el significado cultural que han tenido a través del tiempo, y por cierto, por el uso y control ancestral que han ejercido milenariamente, antes de la colonización y la creación de los Estados. Actualmente, observamos que los recursos en disputa terminan por beneficiar a grandes empresas inversionistas - mineras, forestales, hidroeléctricas, entre otras -, e imponer a las comunidades indígenas, un pesado gravamen para usar y gozar de recursos que ancestralmente les pertenecían.

El tema ha adquirido relevancia en nuestro país a raíz de las crecientes demandas indígenas en materia territorial, y al aumento de inscripciones de derechos de aguas a manos de no indígenas, la expansión de plantaciones forestales, la constitución de concesiones mineras en tierras de campesinos indígenas, el patentamiento de germoplasma, el rediseño regional, con grandes obras viales, industriales e hidroeléctricas, y acuerdos transnacionales (TLC, ALCA). Estos hechos no sólo moldean los nuevos espacios de efectiva participación indígena, sino también condicionan el grado de empoderamiento de las localidades y asentamientos rurales, reduciendo o anulando, en parte, el control efectivo que las comunidades pueden tener sobre los recursos naturales². Esta situación conlleva consecuencias negativas respecto de los diferentes ámbitos de vida de las comunidades a las cuales se les desconoce el derecho de uso sobre los recursos con los que han coexistido desde antaño. Para el caso específico del agua, Getches ha afirmado que “la disminución y contaminación de fuentes de agua para el desarrollo de otros, ha limitado la habilidad de los pueblos nativos en efectuar tareas hídrico-dependientes tales como la agricultura o la pesca y a la vez perpetuar culturas que pueden depender de actividades de subsistencia tradicionales y prácticas espirituales que requieren el acceso al agua. Adicionalmente, los gobiernos nacionales típicamente han creado sistemas de leyes del agua que benefician a la utilización no-nativa y permiten la disminución o contaminación de fuentes de agua necesarias para la subsistencia de los pueblos indígenas”³

El tema que nos preocupa en esta memoria, es también de gran relevancia a nivel mundial, debido al desequilibrio hídrico que se ha generado entre la oferta y la demanda, provocando una escasez progresiva de agua dulce en el planeta. En este punto es digno de destacar que son muchas las organizaciones internacionales que se han sumado al nuevo paradigma que reconoce en el conocimiento local e indígena y su visión de mundo, especialmente referida al uso y manejo de los recursos naturales, uno de los tantos tesoros de la

² GENTES I. 2001. Derecho de Aguas y Derecho Indígena.- Hacia un reconocimiento estructural de la gestión indígena del agua en las legislaciones nacionales de los Países andinos. Documento conceptual para el programa WALIR coordinado por la Universidad de Wageningen, Países Bajos y las Naciones Unidas-CEPAL, Santiago de Chile,

³ GETCHES D. [200-] Derechos de los pueblos indígenas al Agua y Normas Internacionales. Documento conceptual para el programa WALIR coordinado por la Universidad de Wageningen, Países Bajos y las Naciones Unidas-CEPAL.

humanidad que hay que cuidar y preservar (UNESCO, OMC, OMS, CBD, UNCCD, OMPI, RAMSAR).

2. Marco Conceptual y Metodológico.

La cosmovisión de las comunidades indígenas es un aspecto central en la relación de reciprocidad y de respeto hacia la naturaleza; en esta cosmovisión desarrollada en las áridas montañas andinas, la “tierra” (Pacha Mama o Madre Tierra) representa los recursos naturales y las fuerzas de la naturaleza. Las relaciones de reciprocidad se tornan por tanto, en un importante medio para intentar controlar las fuerzas sobrenaturales: se le ofrenda y se solicita su protección. La tierra como concepto totalizador, involucra los conceptos de cultura y etnicidad; es decir, además de constituir un recurso productivo o un objeto de trabajo, es fuente de la vida, base de la organización cultural, social y política y cuna de tradiciones y costumbres. La relación con la tierra significa, por ende, una fusión entre el indio y la tierra. La tierra y la cultura son indisociables.⁴

Otro concepto central en nuestro estudio es la territorialidad, concebida como el espacio donde viven las comunidades originarias. La “territorialidad, clave de la política indígena, no es un derecho a realizar en el vacío, ni se limita a aspectos puramente simbólicos, la tierra y sus recursos son su soporte material”⁵. El territorio alude a la tierra como eje material, cultural y político de un pueblo; por ello las demandas indígenas han incorporado no solo la entrega material de tierras, sino también la administración de todos los recursos naturales que en ésta se encuentran. No existe, por tanto, una correlación entre el concepto de territorialidad de los pueblos originarios con el derecho común. Éste no considera a la tierra como un conjunto de elementos que entre sí pueden potenciarse, sino que los fragmenta en diversos regímenes legales creando instituciones propias para ellos.

⁴ BARRE, 1982: 62-64. En: CASTRO LUCIC M. 1998. La cuestión indígena: ¿hacia territorios como base cultural o identidad sin territorio. Actas del Tercer Congreso Chileno de Antropología, Temuco, 9-13 Noviembre 1998, Colegio de Antropólogos, Santiago. Tomo II, pp. 1134-1140.

⁵ TOLEDO L., V. 1996. Todas las aguas. El subsuelo, las riberas, las tierras. Notas acerca de la (des)protección de los derechos indígenas sobre sus recursos naturales y contribución a una política pública de defensa. [en línea] <http://www.xs4all.nl/~rehue/art/aguas1.html>

El dominio sobre la tierra en que habitan estos pueblos se ha denominado “propiedad ancestral”, concepto utilizado en la Ley Indígena en su artículo 3º transitorio a la luz del saneamiento de los derechos de aguas de comunidades aymaras y atacameñas. Así, esta noción de propiedad se establece como un eje al momento de determinar los derechos de uso de recursos dentro de las tierras de comunidades indígenas tanto en la jurisprudencia nacional como internacional tal, constituyendo el uso de este término “un reconocimiento de la dimensión que los derechos indígenas sobre las tierras y los recursos adquiere en el marco del derecho consuetudinario o derecho propio indígena, sistemas jurídicos que desde tiempos inmemoriales han validado la propiedad indígena sobre estos bienes”⁶.

Este estudio parte del supuesto que en el territorio ancestral del pueblo aymara, ubicado en el altiplano, de la I Región de Tarapacá al interior de la ciudad de Arica, se pretende implementar un proyecto del Gobierno de Chile, a través del Ministerio de Obras Públicas, para extraer aguas subterráneas en este territorio que, además, contiene al Parque Nacional Lauca. En conformidad a este proyecto, en 1992 se construyeron 10 pozos destinados a aumentar la dotación de agua potable para la ciudad de Arica; el pozo número 4, evidenció resultados en términos de caudales, inferiores a los estimados a partir de las pruebas de bombeo. A esta situación se sumó cierta degradación aparente del bofedal (humedal de vegetación azonal, con predominancia de juncáceas), adyacente al pozo, sin razón estudiada, concluyendo en la paralización de la operación del pozo número 4.⁷ Estas conclusiones, provenientes del mismo proyecto sometido a evaluación de Impacto Ambiental, demostraron que la extracción de aguas subterráneas del pozo número 4 trajo como consecuencias el deterioro de los humedales de la cuenca del río Lauca⁸.

⁶ AYLWIN O., J. y YAÑEZ F., N. 200?. Informe en Derecho presentado ante la Excelentísima Corte Suprema en autos caratulados Comunidad atacameña de Toconce con empresa de servicios sanitarios de Antofagasta S.A.

⁷ Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto de Explotación de Pozos en Parque Nacional Lauca, publicado en Diario Oficial el 31/07/1998.

⁸ El estudio de Impacto Ambiental del proyecto de pozos en Parque Nacional Lauca, fue elaborado por la empresa consultora AMBAR y sometido al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental por la Dirección General de Obras Públicas del Ministerio de Obras Públicas.

Las comunidades indígenas que viven en la zona donde se encuentran los pozos, más otras organizaciones ciudadanas, formularon observaciones al estudio de impacto ambiental en la etapa de Participación Ciudadana⁹, advirtiendo que una secuela de esta extracción de aguas llevaría al desecamiento de los humedales (bofedales) alimentados por el Río Lauca y el río Vizcachani y, una disminución de sus caudales. Siendo los humedales la principal fuente de forraje para la ganadería, se generaría una disminución de productividad ganadera en el altiplano (4.000m aproximadamente), y también afectaría la agricultura en la zona precordillerana más baja, a 3.500 metros de altura aproximadamente, y ello repercutiría en los bajos niveles de ingreso, que ya poseen los habitantes rurales. Este hecho, a su vez aumentaría el proceso migratorio hacia los centros urbanos, su empobrecimiento, y pondría en riesgo el poblamiento de la población aymará en la zona.

El 18 de agosto de 2004 fue aprobado el proyecto, a través de la resolución número 87 adoptada por la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Tarapacá, y de inmediato las comunidades afectadas interpusieron recursos de reclamación administrativa ante la Comisión Nacional de Medio Ambiente (CONAMA) como instancia superior. Debido a las diversas presiones ejercidas, el titular del proyecto desiste continuar con éste en marzo de 2005, aludiendo razones de falta de consenso en torno al proyecto por los diferentes actores involucrados, acogándose el desistimiento por parte de la Comisión Regional de Medio Ambiente, Región de Tarapacá.

3. Objetivos de la investigación.

Los objetivos de este estudio surgen de los antecedentes expuestos, en el sentido de efectuar una contribución al análisis y discusión de los conceptos de territorialidad y propiedad

⁹ En virtud de los artículos 28 y 29 de la Ley 19300 Bases Generales del Medio Ambiente y de los artículos 49 a 54 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, las organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica y las personas naturales directamente afectadas, podrán imponerse del contenido del estudio y los documentos que se acompañen. Estas organizaciones y personas naturales pueden formular observaciones a este estudio en el plazo de 60 días desde la publicación del extracto del estudio. Deben ser por escrito y en el caso de personas naturales, deben expresar la forma en que el proyecto les afecta. Estas observaciones serán ponderadas en la resolución de calificación ambiental. Si a juicio de estas organizaciones las observaciones no hubiesen sido debidamente ponderadas, podrán presentar recurso de reclamación ante la autoridad superior de la que hubiere dictado dicha resolución dentro de los 15 días siguientes a la notificación de dicha resolución.

ancestral, específicamente del status jurídico de los recursos naturales en Chile y los principios básicos del manejo y control de los por parte de las comunidades indígenas. Básicamente nos centraremos en la discusión sobre el manejo de los recursos naturales, y si éstos debieran o no, ser privilegio del Estado, o bien, debieran incluir a aquellos grupos humanos que utilizan estos recursos, basados en principios de ancestralidad, con fines de subsistencia, en una particular relación de equilibrio y reciprocidad con la naturaleza. Para ello efectuaremos un análisis jurídico del Proyecto de Extracción de Aguas Subterráneas, de la zona del Parque Nacional Lauca, bajo el marco teórico planteado.

Objetivos generales y específicos

1. Elaborar un análisis doctrinal, jurisprudencial y legal de los conceptos de Territorialidad y Propiedad Ancestral.
 - 1.1. Conocer historia del tratamiento de tierras indígenas.
 - 1.2. Determinar concepto de Territorialidad.
 - 1.3. Determinar concepto de Propiedad Ancestral como título fundante de la posesión.
 - 1.4. Efectuar un análisis legal nacional y comparado.
 - 1.5. Efectuar un análisis jurisprudencial nacional y comparado.
2. Establecer los principios básicos del manejo y control de los recursos naturales, en las comunidades indígenas.
3. Determinar marco general sobre el status jurídico de los recursos naturales en Chile.
 - 3.1. Determinar status jurídico de los recursos naturales
 - 3.2. Señalar tratamiento de aguas superficiales y subterráneas en Chile
 - 3.3. Referencia regulación legal de aguas para comunidades indígenas.
4. Efectuar un análisis del caso del Proyecto de “Extracción Pozos Parque Nacional Lauca”, a la luz del marco conceptual planteado.

4. Metodología

El estudio se efectuó a partir de la revisión de fuentes secundarias de información y de instrumentos legales. Se realizó una revisión bibliográfica para la elaboración del marco conceptual, de autores que han profundizado en los conceptos de territorialidad, derechos indígenas, etnoterritorios y título ancestral indígena. Adherimos al concepto de territorio como una apreciación no solo física, sino también social de este, lo que permite identificar un dominio distinto al occidental de los pueblos originarios respecto de sus tierras.

Teniendo precisados los conceptos básicos de nuestra investigación y desarrollados en la primera parte de esta Memoria, se realizó un análisis de normas legales nacionales (Constitución Política, Ley Indígena, Código de Aguas entre otras) e internacionales (Convenio 169 de la OIT, Cartas de organismos como la ONU Y OEA, entre otros documentos) atinentes al tema, en conjunto a jurisprudencia de tribunales nacionales, internacionales; y, en especial, causas actuales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en que se reconoce formas colectivas de propiedad y la ancestralidad del título indígena. Con ello se persigue verificar en la legislación vigente nacional y comparada normas específicas que aluden a la utilización por parte de los pueblos indígenas de los recursos naturales que se encuentran en las tierras que estos habitan, y como esta utilización ancestral sería el antecedente remoto del dominio sobre estas tierras.

Finalmente, respecto al estudio del proyecto de extracción de aguas subterráneas de la zona del Parque Nacional Lauca, se efectuó una completa revisión del expediente del proceso de evaluación de impacto ambiental en CONAMA, y otros documentos que complementan el estudio del caso con el fin de analizar las reales posibilidades legales y fácticas de su implementación sin provocar menoscabos sociales y medioambientales.

PRIMERA PARTE

CAPITULO I

RELACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS CON SUS TERRITORIOS Y RECURSOS NATURALES

Al revisar las diversas reivindicaciones que los pueblos nativos reclaman hoy en día, consta la importancia que le asignan a la relación que mantienen con sus tierras ancestrales, y que determina una forma de vida en los diferentes ámbitos de desarrollo de estas sociedades como el económico, cultural, religioso, entre otros. Esta especial conexión como fundamento de estos pueblos no la encontramos en nuestra sociedad occidentalizada, por lo que se hace difícil el entendimiento de las formas de vida de estas comunidades y por ende las concesiones respecto de las reivindicaciones de estos pueblos nativos. Como ha sostenido Rodolfo Stavenhagen respecto a esta relación especial: “Desde tiempo inmemorial los indígenas han mantenido una relación especial con la tierra, que es su medio de vida y de sustento y la base de su existencia misma como comunidades territoriales identificables. El derecho a poseer, ocupar y utilizar la tierra es inherente a la idea de sí mismos que tienen los pueblos indígenas y, en general, es a la comunidad local, la tribu, la nación o el grupo indígenas a quien se confiere ese derecho. Con fines económicamente productivos esas tierras se deben parcelar y utilizar de forma individual o familiar; sin embargo, el uso de gran parte de ella está generalmente limitado a la comunidad (bosques, tierras de pastos, pesquerías, etc.) y la propiedad social y moral pertenece a la comunidad”¹⁰

Los poderes que conforman los Estados – legislativo, judicial y ejecutivo - han estado adoptando en ciertos casos, en las decisiones que les compete determinar como órganos estatales, este concepto que define la importancia del territorio y sus recursos para el sistema de

¹⁰ STAVENGAHEN, R. Relator especial de ONU. Derechos Humanos y cuestiones indígenas. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Consejo Económico y Social Naciones Unidas, Comisión de derechos humanos, E/CN.4/2002/97, 2002.p. 15

vida de los pueblos indígenas, en lo referente a las redefiniciones de sus relaciones con éstos, especialmente a la hora de conferir los derechos que exigen.

En el ámbito internacional, el Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), reconoce las aspiraciones de estos pueblos para asumir el control de sus propias instituciones, formas de vida, de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven, prescribiendo en su artículo 13 el respeto que deben mantener los Estados respecto de la importancia que reviste para la cultura y valores espirituales de estos pueblos indígenas la especial relación con las tierras o territorios.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha seguido el mismo razonamiento en dos casos emblemáticos. Nos referimos al caso de Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni contra el Estado de Nicaragua y a la Comunidad Yakye Axa contra el Estado de Paraguay. En ambos casos se ha resuelto exigir el respeto de la relación que tienen los pueblos indígenas con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser su forma principal de subsistencia, sino porque constituye un elemento básico de su identidad cultural. En ambas sentencias el tribunal analiza y se pronuncia a favor de la plena vigencia de la propiedad ancestral indígena respecto de los territorios en los cuales han vivido desde tiempos inmemoriales, dándose lugar a que este concepto de propiedad ancestral se considere como posesión regular para los efectos de adquisición del dominio mediante la prescripción.

Vemos así, que en el reconocimiento de los territorios demandados por los pueblos originarios y la relación entre ambos, existen diversos instrumentos y normativa internacional y nacional que admiten en sus letras la relación entre los pueblos indígenas y sus tierras y los recursos naturales que en ella se encuentran. Ello estaría demostrando una tendencia de parte de los órganos pertinentes y de los Estados mismos para reconocer aquella especial relación, así como los conocimientos de los pueblos indígenas, dando muestras del respeto a la diferencia cultural existente entre el Estado y estas comunidades.

I) HISTORIA DEL TRATAMIENTO DE LAS TIERRAS EN AMÉRICA.

Antes de desarrollar los conceptos de territorialidad y propiedad ancestral, estimamos necesario examinar las doctrinas que avalaron la colonización de las tierras del continente americano y la incorporación de las Indias a la Corona Castellana, y para ello nos basaremos en las investigaciones realizadas por el profesor Antonio Dougnac Rodríguez. Este análisis nos parece esencial para comprender los prejuicios culturales que favorecieron la creación de un marco conceptual que legitimaría la presencia de Castilla en las Indias y la consecuente colonización y apropiación de estas tierras y recursos.

Respecto de las nuevas tierras descubiertas y por descubrir, los reyes católicos de León y Castilla, Fernando e Isabel, deseaban igualar sus derechos a aquellos que estaban contenidos en las concesiones hechas por el Papa a los reyes portugueses; fue así como obtuvieron del Papa Alejandro VI el 3 y 4 de mayo de 1493 las bulas pontificias de donación, la *Intercaetera* primera, la *Eximiae Devotionis* y la *Intercaetera* segunda. Dichas bulas contienen a grandes rasgos y a diferencia de las cesiones hechas a los portugueses, la exigencia hacia los reyes católicos de evangelizar a los indios, y se les concede la Investidura sobre las nuevas tierras, es decir, les reconoce a los castellanos la posesión anticipada de ellas, y los derechos de poseerlas y gozarlas libre y lícitamente, con la limitación de que no estuvieren poseídas por otro rey o príncipe cristiano.¹¹

La facultad que se describe en el párrafo anterior respecto de la posibilidad que el Papa pudiese donar tierras que no pertenecieran a príncipes cristianos era reconocida por toda la cristiandad desde que Enrique de Susa el Ostiense, autor del Siglo XIII, así lo había planteado. Para este autor, Cristo, al asumir la naturaleza humana, había sido constituido rey del universo, perdiendo los príncipes existentes sus derechos los que se habrían transferido al Salvador. Éste,

¹¹ DOUGNAC RODRIGUEZ, A. Manual de Historia de Derecho Indiano. 2ª ed. Mexico, McGraw- Hill, 1998, pp. 11-14

constituyendo jefe de la Iglesia a Pedro, le transmitió sus derechos, que pasaron de éste a sus sucesores los papas.¹²

Si nos concentramos tan solo en esta prerrogativa del papa de donar tierras por mandato divino, se puede concluir que no existía ninguna posibilidad de independencia territorial o de reclamación como tierras propias de los pueblos nativos que habitaban América al momento de la colonización, ya que los pueblos prehispánicos y quienes los gobernaban no eran cristianos, siendo inexistente en estos casos la única limitación a la máxima autoridad católica sobre la donación de tierras que se establecía, por lo que el Papa de acuerdo a doctrinas imperantes podía realizar las entregas de territorios según su parecer.

Sin embargo, a pesar de existir esta doctrina que no dejaría espacio para refutación alguna respecto del dominio de las tierras descubiertas, se generó la denominada “Polémica de Las Indias”, formada por discusiones doctrinarias sobre la licitud de la presencia de Castilla en Indias y la de sus relaciones con los aborígenes. El hecho que originó este debate fue una homilía pronunciada por el dominico Fray Antón de Montesinos el 14 de diciembre de 1511 en Santo Domingo, quien señala la molestia de su comunidad por los malos tratos a los indios en especial de los encomenderos, expresando frases que se han transmitido por Bartolomé de Las Casas en su Historia de Las Indias tales como “Decid ¿con qué derecho y con qué justicia tenéis en tan cruel y horrible servidumbre a estos indios? ¿Con qué autoridad habéis hecho tan detestables guerras a estas gentes que estaban en sus tierras mansas y pacíficas, donde tan infinitas de ellas con muertes y estragos nunca oídos habéis consumido?”¹³

Rápidamente llegan los reclamos a oídos de Fernando el Católico de aquellos que creían que existía la posibilidad de perder sus almas, generando un conflicto en los encomenderos ya que eran personas de honda religiosidad. Para evitar problemas entre los habitantes de Santo Domingo, el monarca convoca a una junta de teólogos y juristas, entre los que se encontraba el propio Montesinos. Esta Junta se conoció con el nombre de Junta de Burgos, por haber sido celebrada en esta ciudad. No hay discusión sobre la validez de las bulas papales, solo aclaran que los indios han de ser considerados libres, pero sometidos a la Corona castellana. Se encuentran

¹² Ibid, p.13

¹³ Ibid, pp. 18-19.

sometidos en virtud de las bulas desde antes de la llegada de los españoles por lo que procede requerirles su sometimiento y procurar más tarde su conversión. Como los indígenas no eran conoedores de dicha donación papal, se dispuso que el jurista Juan López de Palacios Rubio redactara un documento en que se les comunicara tal circunstancia, conociéndose éste como el Requerimiento de Palacios Rubio, el cual tenía el siguiente tenor: “De todas estas gentes Nuestro señor dio cargo a uno, que fue llamado San Pedro, para que de todos los hombres del mundo fuese señor y superior, a quien todos obedeciesen y fuese cabeza de todo linaje humano donde quiera que los hombres viviesen y estuviesen [...] Uno de los pontífices que en lugar de éste sucedió en aquella silla y dignidad que he dicho, como señor del mundo, hizo donación de estas islas y tierra firme del Mar Océano a los dichos rey y reina y a sus sucesores en estos reinos, nuestros señores, con todo lo que en ellas hay, según se contiene en ciertas escrituras que sobre ello pasaron, según dicho es, que podéis ver si quisieréis”.¹⁴

Este requerimiento se empezó a utilizar a partir de 1513 leído en lengua aborigen, siendo bastante difícil el entendimiento de los conceptos para los indígenas que en este documento se vertían.

Sin embargo, como afirma Dougnac Rodríguez¹⁵, en un mundo cada vez más laico la invocación de las bulas papales como fundamento del dominio de las Indias resultaba fuera de lugar, por lo que como complemento o en vez del título de donación papal, se comienzan a estudiar la existencia de otros títulos que fundamentaran dicho dominio. Dentro de estos títulos podemos hacer referencia al de la ocupación o invención, el cual significaba que el descubridor de tierras que no pertenecieran a otros -res nullius o res derelictae- podía adquirir el dominio de ellas por aprehensión material e intención de hacerlo. El problema era que muchas tierras ya estaban ocupadas por pueblos nativos de éstas, por lo que algunos arguyeron que por los delitos contra natura de los indígenas como el incesto, antropofagia entre otros, éstos habrían perdido todo derecho sobre estas tierras, e incluso otros agregan que también habrían perdido la libertad de sus personas y por lo tanto el derecho a gobernarse. Otro título basado en el derecho común se refiere a que la calidad de emperador de Carlos V desde 1520 le habría otorgado los mismos

¹⁴ Ibid, p. 19.

¹⁵ Ibid, p. 20

derechos de los antiguos emperadores romanos, los cuales fueron considerados señores de todo el orbe.

Respecto a la invocación de estos títulos basados en el derecho común, revisaremos la posición de algunos intelectuales que acuden al derecho natural para elaborar su crítica y determinar cuales son los correctos títulos¹⁶ (según el derecho natural). Dentro de éstos pensadores se encuentran Fray Bartolomé de Las Casas y Francisco de Vitoria. El primero, no encuentra su fundamento en el derecho común sino en el derecho natural, aludiendo principalmente que por este ultimo, los infieles son legítimos señores de los suyos, aún cuando cometan pecado contra natura, siendo además un acto tiránico el despojo de sus tierras. Considera que hay una donación papal pura y simple a los reyes castellanos, y que en ella hay una condición suspensiva para la adquisición del dominio de las Indias que es la conversión de los indígenas, existiendo antes de este hecho solo una *mera expectativa* de los reyes castellanos. Francisco de Vitoria, dominico, también acude al derecho natural, utilizándolo tanto a favor como en contra de los indios. Comienza a rechazar uno por uno los títulos del derecho común señalando a grandes rasgos que las Indias no eran res nullius, ya que aunque los indios fueran infieles, tales circunstancias espirituales no impiden que sigan siendo Hombres y tengan los derechos básicos que a estos se les asocia por naturaleza. Por otra parte rechaza que el Papa sea señor de todas las tierras ya que Cristo como hombre no tuvo el dominio temporal de todos los bienes por lo que obviamente no puede transmitirlo. Una vez rechazados estos títulos basados en el derecho común, señala nuevos títulos fundados en el derecho natural, conceptos que contribuyen a dar la base a los primeros fundamentos del derecho internacional público. Dentro de los títulos que señala se encuentra el de la sociedad y comunicaciones naturales entre las naciones, ya que los bienes son escasos y están distribuidos por el mundo, pudiendo todas las personas acudir a otras naciones a intercambiar estos bienes sin que nadie les pueda impedir esto, ni siquiera los indios. También expone como otros títulos el del derecho a la predicación del evangelio que tiene los cristianos; el de protección de los convertidos ya que los indígenas podrían volver a su antigua idolatría; el de dar un príncipe cristiano a los convertidos; el de la existencia de tiranía de príncipes indígenas; el de elección voluntaria; el de tratados de alianza y el de la posible amenaza de los indios. Concluye Vitoria que si faltaran todos los títulos

¹⁶ Ibid, pp.21-29

señalados, de modo que los indios no dieran razón para una guerra justa, toda expedición española cesaría.

La solución definitiva al problema de los justos títulos se produce por influencia de Juan de Ovando, con sus Ordenanzas sobre nuevos descubrimientos y poblaciones de 1573, distinguiendo entre territorios ya ocupados por los españoles y los no ocupados. Respecto de los ocupados la autoridad española se basa en la sumisión voluntaria de los indios, ya sea anterior o posterior a la ocupación, y donde no exista tal sumisión, la Corona española solo ejercerá un protectorado, pues quienes continúan siendo señores naturales son los pueblos nativos. Acerca de los territorios no ocupados, se estima que las bulas papales sólo otorgan poder sobre los territorios mismos, mas no sobre las personas que quedarían sometidas a la Corona cuando voluntariamente lo manifiesten.¹⁷

Existiendo entonces una doctrina que entregaba el dominio sobre los nuevos territorios a los conquistadores, dicha colonización comenzó a afectar a los pueblos indígenas de diversas formas. El deterioro demográfico se produjo a raíz de los malos tratos, esclavitud, castigo ante la resistencia, guerras, desnutrición por destrucción del medio ambiente natural o excesiva explotación de los recursos naturales, enfermedades y exterminio directo. Con esta reducción de la población indígena sobrevino la destrucción del orden social tradicional, ya que los colonizadores occidentales trataron de imponer ideas ajenas a la organización social y colectiva de esas comunidades respecto de la división del trabajo, la situación de la mujer, entre otras ideas. Además se agrega a esto la asignación de valor monetario a las cosas que hasta entonces se consideraban no comerciales, entre ellas la tierra, generándose una tensión por un sistema económico opuesto al orden económico tradicional de la mayoría de las comunidades indígenas.¹⁸

¹⁷ Ibid, p.29

¹⁸ DAES, E.I., Relatora especial de la ONU. Las Poblaciones Indígenas y su relación con la tierra. Informe Final, Consejo Económico y Social Naciones Unidas, Comisión de derechos humanos, E/CN.4/Sub.2/2001/21, 2001. p.8

II) TERRITORIALIDAD INDÍGENA

A. Espacio y Territorio.

Al hacer un recorrido de la contingencia en materia indígena por Latinoamérica, se constata que la demanda territorial de los pueblos indígenas es una de las más recurrentes, si no la más importante, dentro del conjunto de peticiones que exigen a los respectivos Estados. La mayor significación obedece a que constituye la base para otras reivindicaciones como el rescate y desarrollo de la identidad como pueblos, manejo de recursos naturales, la reproducción de su cultura, entre otras. Esto se los territorios que habitan y lo han hecho desde épocas remotas, relación basada en la reciprocidad y en el respeto por la naturaleza que acoge bajo su manto a estas comunidades. El territorio es un espacio que alberga a los pueblos, los provee de lo necesario para su subsistencia y los define como tales permitiendo que se desarrollen los diversos ámbitos culturales en este espacio.

Considerando entonces que para los pueblos siempre ha flameado la bandera del territorio propio, fundamental para explicar el pasado y presente, y proyectar el futuro de los pueblos, se efectuará una revisión del concepto y las especificidades que contiene. En el caso específico de los pueblos andinos Castro Lucic ha señalado que el territorio de los pueblos andinos, tiene la particularidad de ser ‘discontinuo’, atendiendo al uso productivo; pero es compacto si se incorporan todas las formas de vestigio cultural. Es un hábitat sacralizado a partir de la tierra misma, la Madre Tierra o *Pachamama*, y del *agua* que la hace fértil. En su interior o en su superficie residen aquellas fuerzas sobrenaturales que conceden o niegan los medios que el hombre necesita para sobrevivir. Cerros y volcanes antropomorfizados, guardianes de la reproducción biológica y cultural constituyen hitos certeros en la delimitación territorial. Con su imponente geografía tienen una doble función, a) reglamentar sobre los límites de cada comunidad, en función de la disponibilidad de recursos productivos, y b) unir culturalmente lejanas comunidades, mediante la apropiación de las fórmulas mágicas que han establecido los hombres para acceder a sus favores a cambio de simbólicas ofrendas a distancia. La territorialidad religiosa que se plasma, no en construcciones fastuosas o catedrales, sino en múltiples accidentes del paisaje, constituye un tema tal vez incipiente en este país, pero que

puede arrojar valiosísimos antecedentes a la cuestión del derecho indígena. Específicamente de la importancia del territorio y la cultura que en él se originó, y se ha recreado con todas las modificaciones inherentes a su desarrollo histórico, continúa siendo una base sólida en la fundamentación del derecho indígena”¹⁹

El territorio, como ámbito en el cual se asienta un pueblo y se desarrolla como sociedad determinada, contiene las siguientes dimensiones: espacial, medioambiental y productiva -la tierra. En esta dirección, seguimos a Alicia Barabas cuando sostiene que “desde ciertas perspectivas, el espacio es una suerte de contenedor, de características particulares, en el cual se van construyendo diferentes significados, prácticas pertenencias y límites, en la medida que un pueblo (o varios) vive allí, se sustenta de él y crea historia, sociedad y cultura en relación a ese medio ambiente. Para otras, no se trata solo de una materia preexistente, que se va “llenando” de significados, sino que comporta sentidos previos, muchas veces dados por la excepcionalidad del dato geográfico. Así el espacio interactúa con la cultura y la historia del grupo étnico”²⁰. Para otros autores, el espacio está en una posición de anterioridad al territorio, el cual es el resultado de una acción conducida por un actor sintagmático. En la apropiación o abstracción de un espacio, el actor “territorializa” el espacio, creando al territorio en un espacio donde se proyecta la acción de los sujetos, la plataforma donde se desenvuelven la energía y la información social. El espacio sería desde esta perspectiva, una suerte de materia prima, la realidad preexistente a todo conocimiento y toda práctica. El territorio no sería el espacio, sino que producción sobre éste, y esta producción es el resultado de las relaciones que están inscritas dentro de un campo de poder.²¹

Parafraseando a Maurice Godelier, diremos que el territorio es aquella “porción de la naturaleza, y por tanto del espacio, sobre el que una sociedad determinada reivindica y garantiza a todos o a parte de sus miembros derechos estables de acceso, de control y de uso que recaen sobre todos o parte de los recursos que allí se encuentran y que dicha sociedad desea y es capaz

¹⁹ CASTRO LUCIC, M. “La cuestión indígena: ¿hacia territorios como base cultural o identidad sin territorio?”, en Actas del Tercer Congreso Chileno de Antropología, Temuco, 9-13 Noviembre 1998, Colegio de Antropólogos, Santiago.

²⁰ BARABAS, A.M., La territorialidad simbólica y los derechos territoriales indígenas: reflexiones para el Estado pluriétnico. *Alteridades*, 14 (27): 112, 2004.

²¹ RAFFESTIN C. *En*: BELLO A. Etnicidad y ciudadanía en América Latina. Santiago, CEPAL, 2004.99p

de explotar”²². El territorio, por tanto, más allá de ser un espacio natural, es el escenario donde una sociedad determinada se desarrolla a través del uso y control especialmente de los recursos naturales que en este se encuentran. Por ello Raffestin señala que “producir una representación del territorio es ya una apropiación, un control dentro de los límites de una conciencia; así, toda proyección en el espacio, construida como representación, revela la imagen de un territorio, esto es, de una red de relaciones.”²³

Sin embargo, una realidad natural solo se convertiría en recurso para el hombre cuando se cumplan dos condiciones conjuntamente: en primer lugar, que pueda satisfacer directa o indirectamente una necesidad humana, que posea una utilidad dentro de una sociedad; en segundo lugar, que el hombre disponga de los medios técnico para separarla del resto de la naturaleza y utilizarla para sus fines. Entonces, lo que reivindicaría una sociedad al apropiarse de un territorio es el acceso, control y uso, tanto respecto a las realidades visibles como a las potencias invisibles que lo componen, que permiten la reproducción del hombre y de los recursos de los cuales dependen, generándose así una apropiación de los recursos de la naturaleza, propiedad que existe plenamente cuando dichas sociedades utilizan sus propias reglas de apropiación que legitiman tal uso.²⁴

Ahora bien, existiendo este territorio en el cual se asienta un pueblo y los recursos naturales que en este se generan, el próximo paso natural es el apoderamiento de los recursos por parte de este pueblo para su supervivencia. En cuanto a formas de apropiación de los recursos, Godelier ²⁵ distingue entre *apropiación abstracta y concreta*. La primera se refiere a un conjunto de reglas que todo el mundo debe conocer dentro de una sociedad y que cada cual aprende durante su juventud y reglas que definen el uso legítimo y normal de un territorio y sus recursos. La propiedad abstracta sería un atributo del parentesco y una forma de propiedad comunal sobre ciertos derechos de porción de tierra dentro del grupo. Sin embargo, la propiedad no existe realmente hasta que se haga efectiva en un proceso de apropiación concreto y mediante ese proceso, ya que si no existe una apropiación concreta, estas reglas abstractas no tendrán ningún peso para dichas sociedades.

²² GODELIER, M. Lo material y lo ideal. Madrid, Taurus, 1990, p.107

²³ BELLO, A. loc.cit

²⁴ GODELIER, M. loc.cit

²⁵ Ibid. pp. 117-118.

Por tanto, articulando las ideas expuestas anteriormente, se puede concluir que Territorio es la “porción de naturaleza y de espacio que una sociedad reivindica como el lugar donde sus miembros han encontrado permanentemente las condiciones y los medios materiales de su existencia”²⁶. Se debe acotar que para Godelier, todas las formas de actividad que ha creado e inventado el hombre para apropiarse de las realidades naturales “contienen y combinan, al mismo tiempo y necesariamente, gestos y conductas *materiales*, para actuar sobre los aspectos visibles y tangibles, y gestos y conductas que actualmente llamamos *simbólicos*, para actuar sobre su trasfondo invisible (ritos que anteceden a la salida a cazar, ritos para asegurar fertilidad del suelo, de las mujeres, etc.)”²⁷.

Habiendo precisado un concepto de territorio, se puede extraer como conclusión que una de las características más importantes y que diferencia al territorio de otras nociones similares, es la relación que se desarrolla entre el pueblo que se asienta y habita con el territorio como espacio que posibilita la vida de estas comunidades, otorgándoles los recursos naturales necesarios, elementos que facilitan la subsistencia de estos pueblos, ya sea en un ámbito material como inmaterial o simbólico. Esta interpretación del concepto territorio es clave para entender las demandas indígenas y las diferencias que surgen al momento de compatibilizarlas con los lineamientos generales del Estado y los conceptos creados por este que se validan jurídicamente y se aplican a toda la sociedad por igual.

El problema sempiterno de real viabilidad de las demandas indígenas de territorio para sus comunidades tiene dos aristas importantes: en primer lugar, la no-coincidencia en cuanto al concepto de territorio o tierras punto que se desarrolla a continuación; y en segundo lugar y como consecuencia de la anterior, es la distinción que se hace en teoría entre tierra y territorio, entendiendo a la primera como simple medio de producción, y el territorio como una unión de tierras y un espacio con importancia histórica y cultural para un determinado pueblo, aliando este concepto con soberanía, por lo que dificulta las posibilidades de entrega de territorios a un pueblo determinado sin el temor antes señalado. Justamente, este es uno de los puntos por los cuales Chile aún no ratifica el Convenio 169 de la OIT, ya que en su artículo 13 numeral 2

²⁶ Ibid. op. cit. p. 108

²⁷ Ibid., loc.cit

señala que la utilización del término tierras deberá incluir el concepto de territorios, *lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera*. Como señala el autor Miguel Alberto Bartolomé²⁸, territorio se refiere al ámbito de la vida, como construcción cultural y referente de identidad, un referente donde inscribir la identidad colectiva, una articulación simbólica no solo material y productiva, sino que en el territorio se conjuga el tiempo y espacio ya que allí ha transcurrido la experiencia vital que da sustento a la memoria histórica de la sociedad.

Por tanto, el Estado estará dispuesto a la entrega de tierras históricas siempre que no afecten sus propios intereses. Sin embargo, la entrega de territorios genera suspicacias, ya que el territorio se refiere a un espacio vivido por los pueblos, los cuales lo hacen suyo mediante apropiaciones abstractas y concretas como señalábamos anteriormente, pasando a formar parte de su identidad como tales.

El otro punto en el cual no existe consenso y debilita las demandas indígenas territoriales por no encontrar en sus interlocutores la misma validez que le dan los pueblos nativos, se refiere a los elementos que engloba el concepto de territorio y los lazos que se generan entre el pueblo que habita con este espacio físico y el significado jurídico para el Estado de este término. Son inseparables para las comunidades el ser humano viviente con el territorio en el cual se asienta, ya que se han creado conexiones materiales e inmateriales que vinculan la tierra con estas comunidades.

Para explicar este fenómeno, el autor Ingo Gentes hace presente que “en América Latina las demandas por un status de propiedad específico para las tierras y aguas indígenas, han sido traducidas legalmente en normativas sobre la propiedad del suelo o del agua, respectivamente, y no en una conjunta que entienda ambos *recursos* como *recursos unidos*. Existe una contraposición elemental entre el concepto indígena de tierra, que engloba todos los recursos – suelo, agua, riberas, subsuelo, bosques y praderas-, y el concepto jurídico que desvincula estos elementos en distintos regímenes de propiedad y concesión a particulares. Esto es una

²⁸ BELLO, A. op.cit., pp.100-101

característica del derecho en general de la región, y no una discriminación específica”²⁹. Reafirmando la idea anteriormente expuesta, Carlos Llancaqueo precisa que “existe una contraposición entre el concepto indígena de Tierra que engloba todos los recursos –suelo, agua, riberas, subsuelo, bosques- y el concepto jurídico chileno que desvincula estos elementos en distintos regímenes de propiedad y concesión a particulares”³⁰. Como resultado del diferente entendimiento de este concepto, las comunidades indígenas en Latinoamérica, con las nuevas disposiciones legales se han visto obligadas a solicitar e inscribir sus derechos de agua que han entendido siempre como suyas.

La normativa occidental disgrega los elementos que conforman el territorio indígena, y los entrega en forma de derechos a particulares mediante sistema de concesiones - régimen ajeno a los usos indígenas para los cuales todo es un solo elemento que no es posible separar, generando como consecuencia la constitución de derechos de uso y aprovechamiento de los recursos a terceros ajenos a estos pueblos, al interior de los territorios ancestralmente habitados por estos. Han surgido así, conflictos entre los terceros que adquirieron derechos sobre el uso de estos recursos y las comunidades indígenas que no conciben la división de sus tierras en las que han habitado desde épocas remotas.

En este sentido, el relator especial de la Naciones Unidas, Rodolfo Stavenhagen sostiene que “a veces se considera que el problema de la tierra está relacionado básicamente con la disponibilidad de la tierra con fines productivos (agricultura, silvicultura, pastoreo, alimentación de animales) para los miembros de las comunidades indígenas. Aún cuando, ciertamente, ello tiene la mayor importancia porque la falta de acceso a la tierra productiva condena a las familias indígenas rurales a la pobreza e impide a sus miembros emigrar en busca de trabajo, no siempre con éxito, existen otros factores que influyen también. Las comunidades indígenas mantienen vínculos históricos y espirituales con sus tierras de origen, territorios geográficos en los que florece la sociedad y la cultura y, por lo tanto, constituyen el espacio social en la que una cultura puede transmitirse de generación en generación. Con demasiada frecuencia las personas no

²⁹ GENTES, I., Derecho al agua de los pueblos indígenas en América Latina. Santiago, CEPAL, División de Recursos Naturales, 2001, p.5

³⁰ TOLEDO L., V. loc.cit

indígenas no comprenden bien la necesidad de este vínculo espiritual que une a las comunidades indígenas y sus tierras de origen y a menudo se ignora en la legislación existente sobre la tierra”. [...]: “Las organizaciones indígenas han pedido con insistencia que se preste atención a esos derechos, puesto que el acceso a los recursos naturales presentes en su hábitat es esencial para su desarrollo económico y social. Con demasiada frecuencia, esos recursos se están extrayendo o aprovechando en beneficio de otros intereses (petróleo, minería, explotación maderera, pesquerías, etc.), con poco o ningún provecho para las comunidades indígenas que ocupan la tierra.”³¹ Concluye el Relator Especial de Naciones Unidas, que a pesar de las directrices emanadas del Banco Mundial para sus propias actividades y que en varias legislaciones incluso se protegen específicamente derechos de las comunidades indígenas, la mayoría de las veces se pasan por alto estos derechos, siendo así uno de los principales problemas en materia de derechos humanos que aquejan a los pueblos nativos.

La diferencia antes descrita respecto al significado de territorio y cuales son sus componentes, unido al no-reconocimiento del derecho de los pueblos originarios sobre sus territorios, trajo como consecuencia la división geopolítica y administrativa del Estado, “homogeneizando territorialidades privadas bajo un número limitado de tipos y sujetos propietarios excluyentes y catastrales: individual (persona natural), corporativa (persona jurídica), nacional (pueblo) y fiscales (Estado); cada una con sus subespecies. La personalidad territorial de la mayoría de los Estado latinoamericanos – incluyendo al chileno- se ha caracterizado, en cierto modo, por un repetido catastrar y dividir estas unidades económicas diferenciadas. Pero las propiedades o parcelas de poder que el fisco siempre está intentando medir, distribuir y redistribuir, son lógicamente anteriores a la noción misma de Estado (que no es sino otra acepción y forma de propiedad)”³².

Esta constante fragmentación de territorios por parte del Estado según nociones occidentales de territorialidad y las exigencias de los funcionarios estatales, por ejemplo, realización de mapas y demarcación de fronteras de los pueblos, fueron cambiando las formas indígenas de pensar el territorio y a través de los años se fue perdiendo memoria de ellos y

³¹ STAVENGAHEN, R., op. cit., pp. 19-21.

³² BARROS VAN H. A., Crónica de una etnia anunciada: Nuevas perspectivas de investigación a 10 años de vigencia de Ley Indígena en San Pedro de Atacama. Revista Estudios atacameños, N° 27: 2004, p. 142.

encapsulando gradualmente las nociones de pueblo y territorio étnico en los niveles comunitarios y agrarios³³. A través del análisis de los resultados del fraccionamiento territorial efectuado por órganos del Estado, “no resulta una novedad señalar que cualquier regionalización es una manera arbitraria de recortar el espacio, que depende de los criterios utilizados para su demarcación. La historia demuestra que las regionalizaciones han congregado o dividido ámbitos espaciales y culturales de acuerdo con factores económicos, ideologías políticas proyectos estatales o intereses de grupos de poder”³⁴.

Con esta actividad demarcatoria, el problema que se genera es la multiplicidad de tipos de propiedad que se entrecruzan. Por una parte, se encuentra el Estado con su división administrativa conforme a los distintos tipos de propiedad que se han determinado por medio de los poderes estatales, y por otra, las comunidades, respecto de las cuales las mismas categorías estatales no toman en cuenta las diversas formas de tenencia y aprovechamiento tierras, formas de propiedad de uso común y/o colectiva, formas de propiedad individual con todas las variantes que puedan tener como comunidades que tienen un sistema jurídico distinto al estatal. Como explican Castro y Martínez, “no nos referimos a las fronteras entre los Estado naciones de la región, ni a los límites políticos administrativos nacionales, todos artificialmente impuestos, sino al manejo que hacen las propias comunidades indígenas para definir quienes pueden y quiénes no pueden tener acceso a determinado espacio productivo...aunque ancestralmente han estado en manos de las mismas comunidades (las tierras) son técnicamente consideradas como fiscales, lo que introduce un factor de inestabilidad”³⁵.

B. Territorialidad

De acuerdo a lo planteado, no se puede entonces realizar un análisis de la territorialidad indígena sin tener presente el tejido territorial que se ha creado a partir de las divisiones y formaciones de Estados, variando el territorio ancestral de las comunidades y formándose nuevas concepciones de territorialidad.

³³ BARABAS, A.M., op. cit., p.108

³⁴ BARABAS, A.M., op. cit., p.110

³⁵ CASTRO, V. y MARTINEZ, J. L., en BARROS VAN H. A., op. cit., p. 140

Una primera aproximación al concepto de territorialidad la extraemos del autor Álvaro Bello, precisado como la sustantivación del territorio, esto significa que es un proceso activo, una dinámica de apropiación simbólica y material. La territorialidad explicaría las relaciones de los grupos humanos con el territorio. Las relaciones con el territorio pueden operar como la representación de una relación de exclusividad e identidad a través de un proceso de subjetivación de factores objetivos, en este caso, el territorio como factor de identidad, pertenencia común o profundidad histórica. Bello transcribe el concepto de territorialidad que señala el autor Claude Raffestin, explicando que esta “se conforma a partir de relaciones sociales entre distintos actores, las que son mediatizadas por el territorio y pueden ser simétricas o asimétricas”. A su vez, realiza una comparación con el concepto que entrega el autor Robert Sack, el cual define territorialidad como “el intento de un individuo o grupo de afectar, influir o controlar gente, elementos y sus relaciones, delimitando y ejerciendo un control sobre un área geográfica”³⁶.

La comparación de ambas definiciones es importante para nosotros ya que se contraponen conceptos que por una parte enfatiza los factores de apropiación y captura material de territorio, y por otra, una definición que más bien explica los procesos culturales y sociales asociados al proceso de apropiación.

Desde la perspectiva del derecho, Alonso Barros, explica que “las territorialidades no vienen dadas, que son procesos que se construyen, delinear, ritualizan y transforman socialmente, sin cesar.” Este autor después de su experiencia en investigaciones junto a comunidades atacameñas, considera que de manera simultánea y no excluyente, “la territorialidad humana es: 1) la estrategia por medio de la cual un individuo o grupo intenta afectar o influenciar a gente, fenómenos y relaciones mediante la delimitación y aserción de control sobre un área geográfica; 2) un proceso de clasificación (diferenciación) activa por área que también envuelve comunicaciones a través de varios tipos de signos y formas, así como una serie de actividades de reforzamiento y reestructuración que a menudo revisten carácter de ritual (p.e., elaboración de títulos y recorridos de linderos); 3) un artefacto de la conciencia humana que cambia con el tiempo, una entidad compuesta por una gama variable de creencias, conocimientos, usos y formas de terratenencia, redes de intercambio y prácticas productivas,

³⁶ BELLO, A. op.cit., pp.100-101

políticas y rituales; 4) una paleta de saberes que emerge de marcos institucionales y prácticas sociales, más que un conocimiento dado o impuesto automáticamente por éstos. [.....]; 5) aunque no se pueda negar que las territorialidades personales y sociales responden casi siempre a una racionalidad económica maximizadora, rara vez se agotan en ella: en contraste con la “propiedad”, territorialidad es, ante todo, un principio de apertura o indeterminación entre dimensiones intelectuales y fenomenológicas de inclusión y exclusión resentidas personal y/o socialmente que, aunque por fuerza inconmensurables, ganan con ser comparadas porque nunca son absolutamente incompatibles, antagónicas o intraducibles (Geert 1983; Rosen 1997); 6) las territorialidades y las nociones espacio-temporales que las subtienden son eminentemente interpretables como procesos de apropiación, acumulación, comunicación e intermediación plasmados en intercambios materiales y transacciones que posibilitan una ulterior verificación [...]; 7) la fenomenología territorial, su simbología y rituales de exclusión e inclusión, se traducen en una economía de “flujos de retornos” o beneficios distribuidos en conformidad a lógicas culturales que reflejan formas de conocimientos local vinculados, entre otros, al acceso y manejo de recursos característicos. Tales conocimientos locales asociados a plantas y a fauna, o sobre recursos minerales, técnicas hidráulicas y manejo agroganadero constituyen formas de soberanía intelectual y vinculaciones afectivas únicas, que van a su vez derivando en formas distintivas de demarcación, gestión y expresión identitarias”³⁷

La territorialidad es un importante organizador de la vida social, ya que permite articular la frontera entre individuo y colectividad, contribuye a afianzar la identidad colectiva que se construye en relación con el medio. El vínculo entre la identidad étnica y la territorialidad es estrecho y vivencial, pudiendo ser la identificación con el territorio la base para la formación de modalidades identitarias ecológicas étnicas e interétnicas³⁸. En definitiva, “Son las acciones y los pensamientos humanos los que dan sentido a una porción cualquiera del espacio y lo convierten en territorio. El territorio, per se, no existe, sino que se hace. En este sentido, es un espacio delimitado (ora por límites, ora por fronteras) con el que se identifica un determinado grupo humano, que lo posee y codicia y aspira a controlarlo en su totalidad. Este sentimiento de deseo y de control es, en definitiva, la expresión humana de la territorialidad”³⁹.

³⁷ BARROS VAN H. A., op. cit. pp. 140-144

³⁸ BARABAS, A.M., op. cit., p.115

³⁹ NOGUE, J., Nacionalismo y territorio. España, Editorial Milenio, 1998, p. 60.

C. Enoterritorialidad

La regla general es que se consideren tierras indígenas aquellas en las cuales habitan comunidades de determinada etnia, no así con aquellas tierras cercanas y adyacentes ocupadas por terceros, pero que los pueblos indígenas si los consideran propios por existir un vínculo supra material, convirtiéndose este espacio como una “porción de la naturaleza simbólica y empíricamente modelada por una determinada sociedad, sobre la que ésta reivindica derechos y garantiza a sus miembros la posibilidad de acceso, control y uso de los recursos allí existente”⁴⁰. Se habla así de un nuevo concepto de territorio que no solo verifica la existencia material de un espacio en el que habita un pueblo, sino que también contiene en sí símbolos que definen a estos pueblos.

Este nuevo concepto que permite avalar en las demandas indígenas la relación especial con el territorio, es el Enoterritorio, que en palabras de la autora Alicia Barabas se “refiere al territorio hablado y culturalmente construido por un grupo etnolingüístico a lo largo de la historia profunda. No sólo provee a la reproducción física de la población sino que en él se desarrollan relaciones de parentesco, culturales, lingüísticos y políticas. El etnoterritorio reúne las categorías de tiempo y espacio (historia en el lugar), y es soporte central de la identidad y la cultura porque integra concepciones, creencias y prácticas que vinculan a los actores sociales con los antepasados y con el territorio que éstos les legaron”⁴¹.

Los Enoterritorios “constituyen una categoría que da cuenta de los espacios habitados por los pueblos indígenas o una parte de éstos, que poseen por característica, encontrarse delimitados por hitos geográficos reconocidos socialmente por una o más agrupaciones de una misma etnia o de otra distinta. Estos territorios son valorizados por los indígenas, al asignarles un contenido político, económico, social, cultural y religioso”⁴². Estamos frente a un nuevo concepto de territorio que no solo verifica la existencia material de un espacio en el que habita un pueblo, sino que también contiene en sí símbolos que definen a estos pueblos.

⁴⁰ BARABAS, A.M., op. cit., p.112

⁴¹ Ibid, pp. 112-113

⁴² MOLINA, R., Reconstrucción de los Enoterritorios. En: Tierra, Territorios y Desarrollo indígena. Temuco, Ediciones Universidad de la Frontera, 1995. p. 113.

Raúl Molina⁴³ separa los contenidos o dimensiones del etnoterritorio. Para este autor, en primer lugar se encuentra la dimensión política, la cual se expresaría como jurisdicción territorial, gobernada por un representante de la comunidad y regida por normas propias, cuya autonomía territorial está determinada por factores y momentos históricos. En segundo lugar, la dimensión económica del territorio se refiere a los recursos naturales que posee el espacio natural y que permiten la subsistencia del pueblo a través de una determinada economía con características especiales dependiendo del desarrollo de las diversas fuerzas productivas. En un tercer lugar, está la dimensión social, relacionada a la población indígena que habita el espacio, “la cual se da una organización no sólo para ocuparlo de acuerdo a normas, derechos y obligaciones de sus miembros, sino que construye un ordenamiento que posibilita su uso y aprovechamiento, que a su vez determina una particular división del trabajo en dos ejes, el primero de carácter sexista y el segundo de tareas y labores que ejecutan cada uno de sus miembros”, variando esta organización social de acuerdo al desarrollo social de la agrupación indígena de que se trate.

En cuarto lugar se debe mencionar el contenido cultural del etnoterritorio, dimensión que diferencia a los territorios unos de otros, ya que a pesar de tener quizás una similitud geográfica, las denominaciones de los pueblos son distintas, al igual que la valoración que estos le dan a la vida natural, flora y fauna, agua, clima, y todas las fuerzas de la naturaleza en general. Se debe hacer mención en este punto que para los pueblos indígenas no existe separación entre hombre y naturaleza, uno contiene al otro y viceversa, punto que justamente diferencia a los pueblos originarios de la visión occidental que separa tajantemente lo social de lo natural.

Por último, la dimensión religiosa relaciona lo terrenal con lo divino, “dentro de él se construyen o erigen lugares sagrados al que concurren una o varias comunidades para conectarse con sus divinidades, donde la rogativa es ofrenda y petición. En el territorio indígena también habitan sus divinidades benéficas o maléficas, cuyas acciones se inscriben en el ámbito social y natural, conectando a su vez las fuerzas de los espacios terrenal y cósmico. Quizás una cuestión que ancla a los pueblos o Comunidades indígenas a un territorio, es un aspecto religioso

⁴³ Ibid. pp. 114-115.

vinculado al paso que se produce con la muerte, del espacio terrenal a otro distinto, pero donde el ritual funerario y el lugar escogido para enterrar los cuerpos, construye otro espacio sagrado en el territorio que da pertenencia, al igual que el lugar en que se nace.”

Deteniéndonos en el ámbito religioso que desarrollan los pueblos indígenas, se infiere la importancia para éstos, ya que determina gran parte de las decisiones y lineamientos que toman los gobernantes. Alicia Barabas concluye que las religiones étnicas son territoriales, cuyos conceptos y prácticas están muy conectados con el espacio natural en que habitan. Señala además que para los pueblos indígenas la naturaleza es concebida como un ámbito sagrado en el cual moran los seres sagrados. “En el proceso de construcción de la territorialidad los lugares sagrados suelen configurarse como sitios de gran poder de convocatoria religiosa y étnica, y pueden ser entendidos como procesos simbólicos dinámicos, entretejidos con las deidades o fuerzas potentes que se manifiestan en ellos y con los rituales que allí se realizan.” Este tejido intersecta todos los niveles de la vida individual, parental y comunitaria, teniendo la concepción sociomorfa del mundo en que la naturaleza y sociedad son semejantes y sus relaciones se basan en la reciprocidad, imaginando además a ambas como modelo de supramundo e inframundo. Los etnoterritorios son considerados espacios poseídos por poderosas entidades territoriales denominadas señores o padres de lugares, correspondiendo así cada lugar con una entidad territorial ante las cuales las personas deberán realizar rituales y ofrendas para favorecer ayudas y favores y aquietar enojos. Estas entidades sagradas son sensibles, ya que si no son atendidas mediante ofrendas y sacrificios de los seres humanos, privan a estos de recursos que les son indispensables, enviándoles calamidades y enfermedades.⁴⁴

Dentro de la esfera religiosa, para Barabas las peregrinaciones a santuarios son manifestaciones a través de las cuales se puede entender las nociones de etnoterritorialidad, ya que son lugares sagrados polifacéticos, que no solo tiene la característica de divino, sino que también son factores de interacción, articulación social de forma general e intra e interétnica en particular. A su vez, las peregrinaciones a estos lugares sagrados se entienden como un ritual de tránsito “que conduce a las personas a un estado psicoemocional que les permite ingresar a un espacio-tiempo progresivamente sagrado y terapéutico. Cada lugar del camino sagrado tiene un

⁴⁴ BARABAS, A.M., op. cit., p.114

ritual diferencial y su importancia es principalmente cognitiva y emocional, pues las redes de peregrinación están ligadas a la reproducción simbólica de un espacio territorial propio. Así, pueblos, redes de peregrinación y santuarios conforman lo que Velasco Toro (1999) ha llamado *región devocional*⁴⁵.

La etnoterritorialidad nos abre un camino para hoy en día lograr determinar cuáles son exactamente los territorios que los pueblos indígenas reconocen como propios, en los procesos de entrega de territorios a las comunidades que solicitan reivindicaciones territoriales. Se requiere una consideración integrada de las distintas dimensiones que concurren a la formación de territorios para los pueblos nativos, teniendo como eje a la historia y el simbolismo que le entregan estas comunidades a los diferentes espacios para la recuperación de éstos. El desafío hoy, en el caso andino, es mostrar evidencias de una forma distinta de derecho, de un territorio que, como se señaló más arriba, es discontinuo, si solo se considera el uso productivo actual, y no toda la trama de significaciones simbólicas y culturales.

III) EL TÍTULO ANCESTRAL INDÍGENA

Actualmente, en la doctrina y jurisprudencia internacional –esta última se expondrá en los siguientes capítulos - se reconoce que la ocupación y uso ancestral de los pueblos indígenas sobre sus tierras y recursos naturales que en ellas se encuentran da origen a un título originario indígena que sería anterior a la colonización y a la creación de los Estados, no pudiendo ser extinguido unilateralmente sin consentimiento de estos pueblos. En opinión de la relatora Irene Daes, “cuando se reconoce este título, los pueblos indígenas tienen por lo menos algún derecho legal que se pueda afirmar en el ordenamiento jurídico interno. Sin embargo, el título aborígen está a menudo sometido al supuesto ilegítimo de que el Estado está facultado para extinguirlo, en contraste con la protección jurídica y los derechos que en la mayoría de los países protegen las tierras y los bienes de los ciudadanos no indígenas, otras personas y las empresas. Este hecho basta probablemente para explicar la abrumadora mayoría de problemas de derechos humanos que afectan a los pueblos indígenas.” Continúa señalando en su informe: “El título aborígen, en muchos de los países que lo reconocen, está también más limitado en su carácter jurídico y en los derechos que entraña, así como de la protección jurídica de que goza, en comparación con

⁴⁵ Ibid., p.114-115

otros títulos de propiedad de la tierra”⁴⁶. Por su parte, el abogado Gonzalo Aguilar Cavallo, conceptúa al título indígena como “una institución jurídica que ampara los derechos ancestrales de los pueblos indígenas a la tierra, territorios y recursos.”⁴⁷

Históricamente los pueblos indígenas han sido antecesores en la posesión y ocupación de sus territorios, lo cual conformaría para estos pueblos según el Derecho propio un título originario ancestral. Lógicamente, los pueblos indígenas, antes de la llegada de los colonizadores se consideraban poseedores únicos de sus tierras, por lo que no excede de la razón común el que estos piensen que por antelación en el uso y ocupación, tiene la preferencia y se conforma según derecho indígena la propiedad ancestral que se funda justamente en la ocupación de estas tierras.

Señala Aguilar Cavallo, “cuando hablamos del título indígena nos referimos al antecedente, remoto o reciente, de la adquisición de la tierra, territorios y recursos que, en el caso de los pueblos indígenas, estaría configurado por la ocupación y utilización inmemorial de estas tierras o de alguna otra manera. Este título histórico de primeros ocupantes les otorgaría el fundamento jurídico inmediato para administrar y disponer de sus tierras y de los recursos que en ellas se encuentran, razón por la cual los pueblos indígenas consideran que ellos son los legítimos propietarios de sus tierras, con o sin título escrito de propiedad. La necesidad de disponer de un título escrito que sirva de prueba de su dominio es una importación europea y coloca a los pueblos indígenas en una situación de franca desventaja” [...] “El título escrito, corolario de la propiedad privada, era desconocido por los pueblos indígenas y, su imposición, condujo al despojo de sus tierras”⁴⁸. Así, frente a la situación de despojo que se ha llevado a cabo por el desconocimiento del uso ancestral de tierras, los pueblos indígenas reivindican su título como histórico, inmemorial y ancestral.

Habiéndose planteado la existencia del título indígena como título que tiene origen en la ocupación y uso inmemorial de las tierras y los recursos que en ellas se encuentran, territorios en los cuales han habitado desde tiempos remotos los pueblos nativos, la validez de este título

⁴⁶ DAES, E.I., op. cit. p. 12

⁴⁷ AGUILAR C, G., El título indígena y su aplicabilidad en el Derecho chileno. Revista Iut et Praxis. V. 11(1): versión on line, 2005

⁴⁸ Ibid

debería depender de las leyes vigentes en cada Estado, en virtud del orden jerárquico de las normas. Al respecto, Aguilar Cavallo ha señalado que “para que el título indígena, que encuentra su justificación en la posesión, ocupación y uso que tradicionalmente hacen o han hecho los pueblos indígenas de sus tierras, territorios y recursos, tenga validez y aplicabilidad en el orden jurídico interno, evidentemente, es necesario un reconocimiento constitucional o legal de dicho título.” Continúa el autor en su análisis sobre la validez de este título ancestral: “Sin embargo, este reconocimiento tendría un carácter meramente declarativo y el real fundamento del título indígena residiría, como se ha dicho anteriormente, en la posesión, ocupación y uso que tradicionalmente han hecho o actualmente hacen los pueblos indígenas de sus tierras, territorios y recursos. Consecuentemente, el título indígena no se encontraría limitado por el derecho estatal en el sentido de que emanaría de él sino sólo en el sentido de que para su aplicación por los tribunales debería ser admitido en el orden jurídico interno y, por lo tanto, este título sería oponible *erga omnes*, incluso al propio Estado. En este orden de cosas, la titularidad de la tierra y territorios tradicionales de los pueblos indígenas es conservada y regida, bajo la forma de título indígena, por sus propias leyes y costumbres. El título indígena, y su fuente es anterior a la existencia misma del estado y preexistente al Derecho del conquistador o colonizador”⁴⁹.

Una de las vías por medio de las cuales los Estados han tratado el tema de la propiedad ancestral indígena es mediante la regularización de ésta cuando la posesión reúne ciertas características tales como posesión ininterrumpida, libre de violencia y clandestinidad y que se encuentre sin reconocimiento de dominio ajeno. Este sería el caso en Chile – tema que se tratará en el próximo capítulo – respecto de las aguas para las Comunidades indígenas del Norte en virtud de la norma del artículo 2º transitorio del Código de Aguas. En este caso en específico, al acreditarse el cumplimiento de estas circunstancias ante un tribunal, “procede que éste declare la regularización del derecho mediante una sentencia judicial. A su entender [abogado Manuel Cuadra], la regularización es un acto meramente declarativo y no constitutivo, que viene a constatar la existencia del derecho, pero no lo constituye, sólo da certeza jurídica sobre la titularidad del mismo y determina la modalidad de su ejercicio, regulando sus características esenciales...”⁵⁰.

⁴⁹ Ibid

⁵⁰ AYLWIN O., J. y YAÑEZ F., op. cit.

Estos autores concluyen respecto del tema de la regularización de propiedad, que no constituye ninguna contradicción desde el punto de vista del derecho común. “Lo que hace el legislador a través de esta fórmula es conciliar dos regímenes jurídicos: el derecho consuetudinario indígena, que asigna al derecho el carácter de propiedad ancestral fundado en la ocupación; y, el derecho nacional, que exige la concurrencia de un título traslativo o constitutivo de dominio y, para el caso de los bienes inmuebles, la competente inscripción. La regla general adoptada por el derecho internacional, el derecho comparado y el derecho chileno, ha sido resolver la controversia dando preeminencia al derecho nacional por sobre el derecho consuetudinario, y a través de la “regularización” acoger las reclamaciones de los pueblos indígenas, procediendo a la titulación de estos bienes fundado en un criterio de justicia”⁵¹.

Por último, concretando el concepto de título indígena señalaremos algunas de las principales características que presenta:

- Tiene una *naturaleza comunal y colectiva*, al igual que la naturaleza jurídica del derecho de propiedad según el derecho propio de estos pueblos. Sería un derecho colectivo basado en la posesión inmemorial de las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han ocupado. La autora Torrecuadrada García Lozano, señala que estos pueblos defienden la propiedad colectiva de las tierras ya que para ellos éstas tierras proporcionan beneficios a toda la comunidad, rechazando por ello su apropiación individual.⁵²

- El título indígena, a diferencia del título de propiedad de derecho común, no solo se refiere a las tierras como bienes inmuebles delimitados, sino *que incluye un concepto más amplio de territorios y los recursos que en ellos se encuentren*. Esta característica se extrae al comprender lo que significa el territorio para los pueblos originarios tal como se explicó con anterioridad. “En suma, los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios y recursos naturales abarcan, además de los aspectos materiales relacionados con el espacio físico o hábitat que los pueblos indígenas ocupan o utilizan de alguna u otra manera y sus recursos, un conjunto de aspectos inmateriales de carácter político, simbólico y cultural que son generalmente

⁵¹ Ibid

⁵² AGUILAR C, G., loc. cit.

ignorados por la legislación y que son fundamentales para la sobrevivencia y desarrollo de sus comunidades”⁵³.

- Es un título *histórico e inmemorial*, por lo tanto es un título *no escrito* que se encuentra basado en la posesión, ocupación o uso tradicional actual o histórico de sus tierras, territorios y recursos.

IV) ANÁLISIS LEGAL NACIONAL Y COMPARADO SOBRE LA TERRITORIALIDAD INDÍGENA.

A. Normativa Nacional

Nuestro ordenamiento jurídico conlleva la subordinación de la norma de grado inferior a la de grado superior, encontrándose la Constitución Política de la República (CPR) en la cúspide del sistema legal. Esta, nos concede los lineamientos centrales para el entendimiento del régimen de propiedad imperante. Básicamente, en nuestra legislación, el agua, el subsuelo y los recursos del mar y de los lagos, se encuentran en un régimen completamente independiente de la propiedad de la tierra.

La CPR en su artículo 19 N° 24, eleva a rango constitucional el derecho de propiedad sobre cosas corporales e incorporales establecido en los artículos 582 y 583 de nuestro Código Civil, pudiendo solamente la ley establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones que correspondan según su función social. Nadie puede ser privado de este derecho, sus atributos o el mismo bien, sino sólo en virtud de una ley que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador⁵⁴.

⁵³ AYLWIN, J., Peritaje presentado en febrero de 2005 ante Iltma. Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Comunidad Indígena Yakye Axa del pueblo Exnet-Lengua contra el Estado de Paraguay

⁵⁴ Para evitar abusos, la CPR se preocupa de establecer de manera exhaustiva lo que comprende la función social de la propiedad privada, es decir, las causales que justifican el establecimiento de limitaciones para hacer efectiva esta función. Estas son: Interés general de la nación, seguridad nacional, salubridad y seguridad pública y conservación de patrimonio ambiental.(Art. 19 No 24)

El derecho de propiedad es reconocido ampliamente en la CPR, pues dispone la norma que lo asegura en sus diversas especies, tales como propiedad fiduciaria, propiedad colectiva, propiedad individual, nuda propiedad entre otras, y sobre toda clase de bienes corporales e incorporeales, o sea, incluso sobre otros derechos y acciones, cuotas, etc. El Código Civil señala que existe sobre las cosas incorporeales una especie de propiedad y esto ha sido corroborado por la CPR.

La norma en comento, prescribe que el Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, no obstante la propiedad de las personas naturales o jurídicas sobre los terrenos en cuyas entrañas estuvieren situadas. La forma por medio de la cual los particulares acceden a estos bienes es mediante las concesiones de exploración o de explotación, constituidas siempre mediante resolución judicial. El titular tendrá el dominio sobre estos derechos, esto es, su concesión minera, y está protegida por la garantía constitucional del derecho a la propiedad. En el mismo caso se encuentra otro recurso natural que puede encontrarse dentro de un territorio determinado, las aguas, las cuales como lo indica el artículo 595 del Código Civil, son bienes nacionales de uso público, esto es, según lo establece este cuerpo normativo, son bienes cuyo uso pertenece a todos los habitantes de la nación.

Imbuyéndonos en la temática que trata esta tesis, y en un rango legal, nos encontramos con la Ley Indígena N° 19.253 de 1993, la cual fue promovida por el Ejecutivo como uno de las tres compromisos primordiales asumidos a través del Acuerdo de Nueva Imperial con el propósito de crear una nueva institucionalidad respecto de pueblos originarios que reconociera sus derechos ignorados hasta el momento por el Estado. En el Mensaje de S.E. el Presidente de la República Sr. Patricio Aylwin a la cámara de diputados, con el cual somete a consideración el proyecto de ley indígena, se precisa que este proyecto surge con la finalidad de cumplir “el imperativo que nos propusimos al iniciar el actual periodo presidencial en el sentido de establecer una relación diferente con los pueblos indígenas de Chile, en la cual primara el respeto y la responsabilidad, y que se diera cabida a los legítimos derechos que pretenden el casi millón de chilenos que forman los pueblos de la tierra, las raíces de nuestra Nación”⁵⁵.

⁵⁵ ACTAS LEGISLATIVAS. Proyecto de ley relativo a la protección, fomento y desarrollo de los pueblos indígenas. Sesión 8ª, 15 de octubre de 1991, p. 503

En dicho Mensaje, Patricio Aylwin manifiesta que con respecto a la defensa y protección de los recursos con que cuentan las comunidades en las tierras que habitan, el proyecto propone una legislación “que permita que se desarrolle la vida de esos pueblos”. Continúa expresando que el anhelo durante su mandato es regularizar la propiedad de las tierras y aguas para así “asegurar a las comunidades posibilidades ciertas de desarrollo.” Agrega que como país se debe aprender mucho de estas culturas, en especial el respeto que tienen por la naturaleza, y la relación armónica que tienen con ella. En este mismo sentido, expresa que “uno de los objetivos principales de esta ley será proteger y ampliar las tierras indígenas, entendiendo por tales, aquellas que éstos tradicionalmente ocupan y sobre las cuales tienen derechos de propiedad y posesión, ya sea de forma individual o comunitaria y que provienen de cesiones realizadas por el Estado colonial o el Estado chileno mediante Títulos de Comisario, Títulos de Merced, cesiones gratuitas de tierras fiscales, y otras formas que se han utilizado o se utilizarán en el futuro mediante esta ley. La nueva legislación asume que los poseedores originarios de la tierra eran los indígenas de Chile y que para ellos, la tierra es el fundamento principal de su vida y su cultura”. Destacamos así, el conocimiento y planteamiento del ejecutivo a la cámara, respecto del alcance de la noción de territorio para los pueblos originarios y el vínculo que se mantiene entre estos y sus tierras, mencionando dentro del mismo mensaje que “se considera que los indígenas requieren para su desarrollo de un espacio ecológico, de un medio ambiente adecuado, que es necesario cautelar. El territorio es entendido como un espacio de creación, desarrollo y vida de los indígenas que excede muchas veces las propias tierras que ellos mantienen en propiedad. Son parte del territorio: las aguas, el aire, los lagos, las riberas del mar, el suelo, el subsuelo, la flora, la fauna” [...] “Los indígenas tienen una especial relación con la tierra, son los pueblos de la gente de la tierra. Es por ello que la depredación de los recursos naturales, la contaminación y otros desequilibrios afectan especialmente su supervivencia. La presente ley establece una estrecha relación entre ecología, medio ambiente y desarrollo de los pueblos indígenas.”⁵⁶ (Subrayado de la autora)

El texto final de la ley Indígena N° 19.253 publicada en 1993, prescribe en su artículo 1° inciso 1: “El estado reconoce que los indígenas de Chile son los descendientes de las agrupaciones humanas que existen en el territorio nacional desde tiempos precolombinos, que

⁵⁶ Ibid, pp. 3622-3624

conservan manifestaciones étnicas y culturales propias siendo para ellos la tierra el fundamento principal de su existencia y cultura.” A su vez manda el inciso 3° de este artículo: “Es deber de la sociedad en general y del Estado en particular, a través de sus instituciones respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades, adoptando las medidas adecuadas para tales finés y proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación”. Así, a nuestro entender, esta norma proporciona la pauta respecto del tema que nos compete en esta tesis, acogiendo el legislador el sentir del ejecutivo expresado en el Mensaje en lo que respecta a la relación especial entre pueblos originarios y los territorios que habitan.

Por tanto, de acuerdo a las normas y el mensaje del Presidente de la República al presentar el proyecto, se puede extraer que uno de los fines de esta ley es la protección de las tierras indígenas, incluyendo sus recursos naturales, reconociendo así la especial relación que tienen los pueblos originarios con su espacio natural, sea individual o comunitario, noción de territorio que es opuesta a la noción occidentalizada del Estado chileno.

A.1. Propiedad y título indígena

A pesar de lo esgrimido en capítulos anteriores sobre título indígena y su dable aplicabilidad a nuestro juicio, concurriendo solo el requisito de posesión ancestral de las tierras, y de que en la propia Ley Indígena se considera tierras indígenas aquellas que históricamente han ocupado y poseen las personas o comunidades, este cuerpo legal en general, mantiene los requerimientos del derecho civil en esta materia, en cuanto a la necesidad de inscripción de los derechos que concede esta ley.

El artículo 12° la ley indígena fija cuales son para el legislador las entendidas tierras indígenas⁵⁷. Aquellas que señala en su número 2 son las que nos interesan desde la perspectiva

⁵⁷ Se pueden mencionar en forma resumida que se consideran tierras indígenas para la ley 19.253 según el Art. 12: 1° Aquellas que las personas o comunidades indígenas actualmente ocupan en virtud de ciertos títulos como los de comisarios, de merced, ciertas cesiones gratuitas entre otros; 2° aquellas que históricamente han ocupado y poseen las personas o comunidades, siempre que sus derechos sean inscritos en el Registro de Tierras Indígenas que crea esta ley, a solicitud de las respectivas comunidades o indígenas titulares de la propiedad; 3° aquellas provenientes de títulos y modos anteriormente expuestos y

de nuestra investigación, y corresponden a “aquellas que históricamente han ocupado y poseen las personas o comunidades mapuches, aimaras, rapa nui o pascuenses, atacameñas, quechuas, collas, kawashkar y yámana, siempre que sus derechos sean inscritos en el Registro de Tierras Indígenas que crea esta ley, a solicitud de las respectivas comunidades o indígenas titulares de la propiedad” (Subrayado de la autora)

A través de este artículo, el legislador exige que el título sea inscrito y que la inscripción se haga en un Registro, concordando ambas exigencias, en primer lugar, con la tradición de escrituración del título, y en segundo, con el sistema registral de propiedad. Además un sector de la doctrina y jurisprudencia afirma que la posesión debe tratarse de aquellas que se encuentran reconocidas por nuestro sistema jurídico, esto es, posesión actual inscrita. Así, esta normativa estaría en plena concordancia, armonía y continuidad con nuestro sistema jurídico. Sin embargo, estos requerimientos alteran la naturaleza original e histórica del título indígena, generando inseguridad jurídica a las comunidades originarias, ya que hace depender el reconocimiento de sus derechos sobre tierras y territorios no de su derecho propio, sino de un requisito que proviene de un sistema jurídico completamente distinto del nuestro y que es extraño a sus costumbres.⁵⁸

Podemos concluir por tanto, que la ley indígena es una normativa que no contradice al derecho común, sino que más bien se apega a los requisitos que éste establece para regulación del tema de bienes. Nuestro Código Civil tiene “una clara preferencia de la propiedad individual por sobre la comunitaria, la cual se considera como un estado transitorio dentro del orden jurídico de los bienes”⁵⁹. Por tanto, después de reconocer que la propiedad indígena es eminentemente comunitaria⁶⁰, la disgregación de sus propiedades, como resultado de una supuesta protección legal, conllevaría a un debilitamiento de estas comunidades en sus formas productivas, culturales, sociales y económica, en tanto realidad pensada y asimilada ancestralmente de su entorno.

se declaren así por postribunales de justicia; y 4º aquellas que indígenas o sus comunidades reciban a título gratuito del Estado.

⁵⁸ AGUILAR C, G., loc. cit.

⁵⁹ LOPEZ ALLENDE en AGUILAR C, G., loc. cit.

⁶⁰ La propiedad comunitaria se explica en un sistema de apropiación y reparto grupal de los recursos naturales que permite un uso equitativo entre la comunidad de estos bienes.

En esta misma materia, la ley indígena intenta proteger a las comunidades indígenas que habitan nuestro territorio otorgándole personalidad jurídica a grupos que tienen determinadas características establecidas en la ley para transformarla en una comunidad con las mismas características que establece el derecho común. Por tanto, “la propiedad indígena comunal no correspondería a la propiedad colectiva indígena ya que ésta última pertenece al grupo indígena en general y a nadie en particular, y corresponde a un arraigado sistema de derechos colectivos a la tierra que hunde sus raíces en la tradición y costumbre indígena. En cambio, la comunidad indígena a la que se refiere la ley 19.253, pudiendo tener bases fácticas naturales, ha sido distorsionada por el legislador asimilándola a cualquier asociación o sociedad que nace y se forma conforme al derecho común, respecto de la cual los comuneros o socios tendrían derechos de dominio en una parte o cuota. Aquí no hay, pues, derechos colectivos sino, simplemente, derechos individuales. En definitiva, esta desnaturalización de la realidad indígena tiende a distorsionar el funcionamiento y aplicación del sistema de reconocimiento y protección de las tierras indígenas”⁶¹.

Por otra parte, respecto a los requisitos de la ley en cuanto tierra indígena, esta sería aquella que históricamente han ocupado o actualmente ocupen, originándose el conflicto de determinar cuáles son tierras indígenas teniendo en cuenta que los territorios que quizás hoy denominemos ancestrales, realmente no son aquellos que los pueblos utilizaron en la época precolombina, ya que desde la llegada de los conquistadores estos territorios han ido variando sus límites por las diversas fragmentaciones territoriales hechas por el Estado, de acuerdo a lo señalado en el capítulo I acápite I, por lo que hoy en día sería correcto hacer la diferencia que realiza la autora Alicia Barabas⁶² entre el denominado territorio inmemorial, aquel territorio histórico de los pueblos indígenas antes de la conquista, y el Territorio de Ocupación Tradicional, el cual es aquel que ocupan en el presente después de más de cinco siglos de expropiación y redistribuciones agrarias del siglo XX.

Efectivamente, se puede establecer que la legislación en materia indígena en nuestro país no concibe ni reconoce el título indígena, aquel que tendría su fuente como se ha señalado en la

⁶¹ AGUILAR C, G., loc. cit.

⁶² BARABAS, A.M., op. cit., p.110 como nota al pie de pagina.

ocupación y el uso histórico de las tierras y territorios y su fundamento en el propio derecho y costumbre indígena, por lo que los medios de prueba se regirían por ambos. En la ley indígena en su artículo 54 solo se reconoce la costumbre como fuente de derecho en las relaciones jurídicas entre indígenas pertenecientes a una misma etnia, “siempre que no sea incompatible con la Constitución Política de la República”.

Finalmente, en relación a mención alguna en nuestra normativa sobre propiedad respecto de pueblos indígenas, debemos hacer presente el artículo 64 de la ley indígena, el cual prescribe que “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 [...], sin perjuicio de los derechos que terceros hayan inscrito de conformidad al Código general de aguas.” Respecto a este punto se hará mención con mayor análisis en el capítulo tercero de esta primera parte.

B. Normativa internacional

La normativa internacional se va a tratar analizando en primer término los acuerdos formales y obligatorios existentes, tanto en el sistema internacional como el interamericano, y ciertos acuerdos informales existentes que nos permiten constatar el desarrollo del tema indígena en las últimas décadas.

B.1. Acuerdos Formales

La temática de los pueblos indígenas en el Derecho Internacional es nueva, pero ha tenido un gran desarrollo en las últimas décadas en los distintos ámbitos como Naciones Unidas y el sistema interamericano, creándose acuerdos interesantes de revisar en cuanto a su aplicación en nuestro país.

En el ámbito internacional, se menciona en primer lugar la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que en su artículo 17 señala que “Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente” También se debe aludir al Pacto Internacional de

Derechos Civiles y Políticos⁶³ y el Pacto de Derechos Económicos, sociales y culturales⁶⁴, que en sus respectivos artículos 1º numeral 2, a propósito del derecho de libre determinación que tienen los pueblos, se establece que para el logro de sus fines, “todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podría privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia”.

La carta Interamericana de Garantías sociales (1948) de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos en su artículo 39, requiere a los estados americanos tomar “medidas necesarias para proteger las vidas y propiedades de los pueblos indígenas, defendiéndoles de la exterminación, protegiéndoles de la opresión y explotación”. Considerando este reconocimiento y requerimiento de protección como un inicio en el marco de nuestro continente en cuanto al respeto de los derechos humanos de los pueblos indígenas, en el año 1957, el Convenio Relativo a la Protección e Integración de las Poblaciones indígenas en Países Independientes N° 107 de la OIT, establece en su artículo 11 la obligación de los Estados de “reconocer el derecho de propiedad colectivo o individual, a favor de los miembros de las poblaciones en cuestión sobre las tierras tradicionalmente ocupadas por ellos, estableciendo el artículo 12 de este Convenio que no deberá trasladarse a las poblaciones en cuestión de sus territorios habituales sin su consentimiento”

El año 1989 exhibe un importante hito con la aprobación del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre los Pueblos Indígenas y Tribales N° 169. En el Preámbulo, se destaca el espíritu del Convenio en cuanto a la exigencia de respeto y protección de los diversos derechos de los pueblos indígenas expresando que reconocen los Estados partes, “las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lengua y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven”.

⁶³ Publicado en Chile en Diario Oficial de 29 de Abril de 1989.

⁶⁴ Publicado en Chile en Diario Oficial de 27 de Mayo de 1989.

Este Convenio desarrolla ampliamente los derechos de los pueblos originarios a las tierras en que habitan y sus recursos naturales. Reconoce el derecho a decidir sobre las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar su propio desarrollo económico, social, y cultural (Art. 7) y en especial, ordena el respeto por parte de los Gobiernos a la importancia que “para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esta relación” (Art. 13.1.). Define territorios indígenas como aquellos que cubren la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna manera (Art. 13.2.), y ordena el reconocimiento y protección por parte de los Estados del derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan (Art. 14).

El artículo 15 ampara el derecho de los pueblos indígenas sobre la utilización, administración y conservación de los recursos naturales existentes en sus tierras, promoviendo la participación de estos pueblos en procedimientos de consulta en casos que al Estado pertenezca la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras. A nuestro entender, esta norma reviste importancia en el sentido de procurar procesos mas participativos de todos los actores sociales a los cuales atañe la toma de ciertas decisiones, lo que finalmente genera decisiones legítimas que provienen de una colaboración efectiva entre los distintos grupos de interés en el tema específico.

Las iniciativas de reforma constitucional y la ratificación del Convenio 169 de la OIT, han sido enviadas en varias ocasiones al Congreso, siendo rechazada las mismas⁶⁵. En su misión a Chile en 2004, el Relator Especial de Naciones Unidas Rodolfo Stavenhagen informa que la posible reforma constitucional tendería al reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, pero su adopción esta siendo demorada por los debates en torno al uso del término “pueblos”. El relator considera que el derecho de los pueblos a la libre determinación –derecho establecido en Pactos internacionales ratificados por Chile- se aplica a todos los pueblos, incluso a los pueblos indígenas. Añade como solución, en el marco de las experiencias en otros países en

⁶⁵ STAVENGAHEN, R. Relator especial de ONU. Derechos Humanos y cuestiones indígenas. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, sobre su visita a Chile, Comisión de derechos humanos, E/CN.4/2004/80/Add.3, 2004.p. 14

los cuales se han realizado estas reformas constitucionales, el establecimiento de condiciones de ejercicio de este derecho según las singularidades de cada país. De esta forma, una nueva relación entre el Estado chileno y los pueblos originarios podría establecer las modalidades del ejercicio de este derecho, en base a consensos democráticos, con amplia participación indígena, sin vulnerar el principio mismo de este derecho universal.⁶⁶

En el ámbito interamericano, se encuentra la Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica⁶⁷, el cual consagra derechos de carácter civil y político y económicos, sociales, y culturales, interpretándose estas disposiciones de acuerdo a la evolución que experimentan los derechos fundamentales, justamente teniendo en especial consideración el dinamismo del derecho internacional⁶⁸.

Por último, dentro de los acuerdos formales, y aún cuando no han sido aprobados como instrumentos internacionales, cabe referirse a dos Proyectos de Declaración de derechos indígenas que se encuentran en discusión hoy en la ONU y la OEA. En el ámbito de la ONU, el borrador de la Declaración sobre los derechos de las poblaciones Indígenas (1994) dispone en su artículo 26 que “los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, desarrollar, controlar y utilizar sus tierras y territorios, comprendido el medio ambiente total de las tierras, el aire, las aguas, los mares costeros, los hielos marinos, la flora y la fauna y los demás recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado de otra forma. Ello incluye el derecho al pleno reconocimiento de sus leyes, tradiciones y costumbres, sistemas de tenencia de la tierra e instituciones para el desarrollo y la gestión de recursos, y el derecho a que los Estado adopten medidas eficaces para prevenir toda injerencia, usurpación, o invasión en relación con estos derechos”. A su vez, reconoce que los pueblos indígenas tienen derecho a la restitución de las tierras y los recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y que les hayan sido confiscados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento expresado con libertad y pleno conocimiento, ordenando que cuando esto no sea posible, tendrán derecho a una indemnización justa y equitativa (Art. 27). Por último, el artículo 28 recalca que los pueblos

⁶⁶ Ibid, p. 14.

⁶⁷ Publicado en Chile en Diario Oficial de 5 de enero de 1991.

⁶⁸ En este sentido ver los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en Primera parte, Capítulo I, acápite V de esta investigación.

indígenas tienen derecho a la conservación, reconstitución y protección del medio ambiente total y de la capacidad productiva de sus tierras, territorio y recursos.

Además, en el ámbito de la OEA, el Proyecto de Declaración Americana sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, reconoce en su artículo XVII que “los pueblos indígenas tienen derecho al reconocimiento legal de las modalidades y formas diversas y particulares de su posesión, dominio y disfrute de territorios y propiedad”. Continúa este artículo en su numeral 2 expresando que “los pueblos indígenas tiene derecho al reconocimiento de su propiedad y de los derechos de dominio con respecto a las tierras, territorios y recursos que han ocupado históricamente, así como al uso de aquellos a los cuales hayan tenido igualmente acceso para realizar sus actividades tradicionales y de sustento”.

Se debe enfatizar que si bien, estos son proyectos de declaración, han sido considerados en la jurisprudencia de la Ilustre Corte Interamericana de derechos Humanos, así como en la Comisión Interamericana de Derecho Humanos, al abordar casos sobre derechos indígenas. Aylwin⁶⁹ nos señala que en 2001 a partir del caso *Awas Tigni vs. Nicaragua*, la Corte aplicó lo que denominó un método de interpretación “evolutivo” que toma en cuenta los desarrollos contemporáneos del derecho de propiedad en relación con los pueblos indígenas y la tierra.

B.2. Acuerdo Informales.

Dentro de los acuerdos informales se hace mención a la Agenda 21, adoptada en la Conferencia de la Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992 en Río de Janeiro, la cual provee un conjunto de estándares para los países en el uso y conservación de los recursos naturales, fomentando la participación de las comunidades indígenas en la formulación de políticas, leyes entre otros respecto a la utilización de recursos naturales.

Otros compromisos de carácter informal que podrían tener injerencia en un marco de adopción de medidas de respeto por los derechos a los territorios de los pueblos indígenas lo

⁶⁹ AYLWIN, J., Peritaje presentado en febrero de 2005 ante Iltna. Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Comunidad Indígena Yakye Axa del pueblo Exnet-Lengua contra el Estado de Paraguay, pp. 2-4

constituyen las políticas operativas del Banco Mundial en sus préstamos para el desarrollo en países en vías de desarrollo, especificando algunos requerimientos a los Estados, tales como que los proyectos asistidos por el Banco Mundial deberán tomar en consideración los derechos individuales y colectivos indígenas para el uso y desarrollo de las tierras que ocupan, para tener acceso no interrumpido a aquellos recursos que les sean esenciales para subsistir y para la sostenibilidad de las culturas. Se requiere además la entrega de planes de desarrollo para pueblos indígenas para asegurar que estos no sufran consecuencias negativas a partir de los proyectos financiados por el Banco Mundial.

En conclusión, como se extrae en los párrafos anteriores, el tratamiento del Derecho Internacional sobre los derechos de los pueblos indígenas ha tenido un avance en las últimas décadas, tanto en el sistema de Naciones Unidas como en el Interamericano, reconociendo no sólo derechos individuales de los indígenas, sino derechos colectivos como pueblos entre los que destacan el derecho a la tierra, dentro del concepto que constituye para estos el territorio, y reconocimiento a la libertad de uso de los recursos naturales que en estas tierras se encuentran. Es destacable además, que estos derechos ya no representan simples declaraciones, sino que permiten ejercer la acción correspondiente al derecho cuando exista una turbación en el ejercicio de éste, a través de reclamos ante órganos competentes, tal como se revela en el sistema interamericano con la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

V) ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL SOBRE TERRITORIALIDAD INDÍGENA.

La posesión y el uso sobre las tierras que los pueblos indígenas ocupan o han ocupado tradicionalmente, su cultura y forma de vida vinculada a la estrecha relación que tienen con sus tierras, y sus derechos a estas y a los recursos que en ellas se encuentran, han sido reconocido en diversos fallos, tanto en el ámbito nacional como internacional.

A. Jurisprudencia Nacional.

El caso más emblemático respecto a la propiedad de los pueblos indígenas, y en especial a la propiedad de las aguas que establece el artículo 64 de la ley indígena, tal como se destacó en este capítulo en la parte anterior, es la causa caratulada “Comunidad Atacameña de Toconce con Empresa e Servicios sanitarios de Antofagasta S.A.”

En 1995 la Consultora Purifica inició un proceso de regularización de derechos de aprovechamiento de agua por un total de 100 litros por segundo a favor de la Comunidad Indígena, proceso iniciado por encargo de la CONADI en el marco del Programa de Regularización de Derechos de Aguas en virtud del mandato de la ley indígena artículo 3 inciso 2° transitorio y 64, en relación al artículo 2° transitorio del Código de Aguas. Con fecha 1° de Diciembre la empresa Essan S.A. presenta oposición, concediendo el fallo de primera instancia en el año 2002, derecho de aprovechamiento de aguas superficiales y corrientes, de uso consuntivo, y de ejercicio permanente y continuo, en el río Toconce a favor de la Comunidad Atacameña de Toconce por un total de 30 litros por segundo, ordenándose la constitución de una servidumbre de acueducto a favor de la Comunidad para el traslado del agua desde la bocatoma Essan. Contra dicha sentencia se deducen recursos de apelación por ambas partes, confirmando el tribunal de Alzada el fallo de primera instancia, pero con la declaración de que los derechos que deben ser regularizados equivalen a 100 litros por segundo. Essan interpuso Recurso de Casación en la forma y fondo con fecha 12 de agosto de 2003, declarando inadmisibile el primero, trayendo los autos en relación para conocer el segundo.⁷⁰

El recurrente del Recurso de Casación en el fondo “explica que una correcta interpretación del artículo 2° transitorio, por aplicación del elemento sistemático de hermenéutica legal, debió llevar a los sentenciadores a concluir que estaban ante un caso especial de prescripción y deducir de ello que no cabía sostener simultáneamente que la Comunidad tenía el dominio legal de las aguas cuya regularización se solicita y que, para hacer lugar a la demanda, debía estar probado el uso del elemento, el cual, para ser determinado, debía

⁷⁰ YANEZ, N., 2004. La propiedad ancestral indígena sobre las aguas constituye dominio pleno. El Caso de la comunidad Lickantay de Toconce. En: SEMINARIO INTERNACIONAL Experiencias y métodos de manejo de cuenca y su contribución al desarrollo rural en los Andes: desafíos y oportunidades para lograr mayores impactos: 8-10 de Noviembre de 2004, Bogota, Colombia. pp. s.p.

estar referido a volumen por unidad de tiempo y también requería probar el transcurso del tiempo. Agrega que los errores se magnifican al reconocer los jueces de segundo grado que el artículo 2° transitorio del Código sobre la materia regula una especie de prescripción adquisitiva del derecho de aprovechamiento a partir del uso legítimo de ellos que opera incluso contra el dueño, sin hacerse cargo de los requisitos y presupuestos mínimos de la prescripción”⁷¹.

Respecto a los antecedentes fácticos, cabe hacer mención de algunos que la Corte Suprema tuvo en consideración en la resolución de la causa⁷²:

a) es un hecho no discutido que la regularización que se pretende se fundamenta en la circunstancia de ser la demandante propietaria ancestral de los derechos de aprovechamiento que reclama en los términos del artículo 3° transitorio de la Ley N° 19.253, habiendo cuestionado la demandada el uso ininterrumpido del recurso por lo menos cinco años contados hacia atrás desde la vigencia del Código de Aguas, lapso en el que asegura la actora no los ha usado, por cuanto la totalidad del recurso pertenece a la demandada;

b) con la testimonial de la demandante se acreditó que desde tiempos inmemoriales los habitantes del Toconce han hecho uso ininterrumpido de las aguas del río para el consumo humano y de las bestias y para el riego, como propietarios y a vista de todo el mundo, con la que se dio por establecido el uso de las aguas en los términos indicados. Ello se corroboró también con el acta de inspección ocular del tribunal;

c) se encuentra establecido, además del uso ininterrumpido, que en la actualidad las familias residentes en el sector y que se benefician con el agua no son más de 25, aunque antes eran 100 y que, en todo caso, los habitantes no exceden del centenar;

⁷¹ Considerando primero de Sentencia dictada por la Excm. Corte Suprema por el recurso de casación en el fondo de autos caratulados “Comunidad Atacameña de Toconce con Empresa de Servicios sanitarios de Antofagasta S.A”. 23 marzo de 2004.

⁷² Ibid.

d) es un hecho no discutido que la demandante ocupa en forma ancestral el recurso de agua proveniente del río Toconce, pues de ello dan cuenta la enorme cantidad de terrazas de cultivo existentes en la zona, los canales de riego con sus correspondientes bocatomas, así como el uso inveterado de dichas aguas en labores de agricultura, pastoreo y para uso humano; tampoco lo está el hecho que la Comunidad ejecuta ese uso libre de violencia y clandestinidad, porque no existió denuncia relativa a usurpación de aguas en perjuicio de la empresa demandada, ni gestión alguna que haya tenido por objeto impedir la utilización de dichas aguas por parte de la demandante;

Con estos antecedentes, se generaron algunas conclusiones del tribunal recurrido, las cuales adopta para sí la Corte Suprema en la resolución del fallo. Una primera conclusión señala que es imposible calificar como ilegal el uso de las aguas sin autorización, esto es, sin títulos concesionales, si esa utilización deriva de prácticas consuetudinarias. Ante esta realidad, la autoridad ha optado por reconocer esos derechos ancestrales en el caso de comunidades indígenas, exigiendo sólo su regularización e inscripción, no para fines de constitución, sino para darles certeza en cuanto a su entidad, ubicación de los puntos de captación de las aguas y precisión del uso del recurso hídrico. Por tanto, conforme a anterior, los jueces recurridos claramente señalaron que el procedimiento contemplado en el artículo 2º transitorio del Código de Aguas, en el caso de que se trata, no tiene por finalidad constituir derechos de aprovechamiento, sino únicamente regularizarlos e inscribirlos. Por esta razón determinaron que la demandante era dueña ancestral de los derechos de agua cuestionados, vale decir, propietaria en virtud de texto expreso de ley, por así disponerlo el artículo 3º transitorio de la ley N°19.253. En este contexto, el vicio invocado en el primer capítulo del recurso de casación de autos, carece de influencia en lo dispositivo del fallo, por cuanto, los sentenciadores no razonaron, como lo entiende el recurrente, sobre la base de admitir que la comunidad Atacameña Toconce es al mismo tiempo propietaria y poseedora a la vez de las aguas.

Una segunda conclusión del fallo en análisis declara: “Que, sin perjuicio de lo anterior, para analizar el procedimiento regulado en el artículo 2º transitorio del Código de Aguas, se debe tener en consideración que antes de la vigencia de la actual normativa sobre la materia, el legislador, con miras a fortalecer el derecho de aprovechamiento de aguas, reconoció expresamente su uso consuetudinario como Derecho, disponiéndolo así en el artículo 7º del

Decreto Ley N° 2.603, de 1979; luego lo consagró constitucionalmente dando protección a los derechos reconocidos en la materia mediante el N° 24 del artículo 19 de la Carta Fundamental.” Finalmente, la Corte reflexiona que “ no puede sino concluirse que el procedimiento del tantas veces citado artículo 2° transitorio del Código sobre la materia, permite regularizar y no constituir derechos, pues los que se normalizan existen previamente y su propiedad no está en discusión, pues emana de la ley. Se trata de una norma procesal no sustantiva, que solo tiene por objeto regular la forma de inscripción de un derecho que, como ocurre en la especie, no está inscrito, pero reconocido legalmente. La regularización importa determinar, en la etapa procesal pertinente, si la petición cumple los requisitos indicados en dicha normativa y si el caudal que se pretende, es el efectivamente utilizado en la forma y términos previstos por el legislador”. (Subrayado es de la autora)

Cabe destacar dentro del proceso ante la Corte Suprema, el informe en derecho presentado por los abogados José Alywin y Nancy Yáñez, en el cual realizan una indagación del significado de “Propiedad Ancestral Indígena” que la Ley Indígena utiliza y el fallo simplemente hace suyo. Expresan que el uso de la expresión “Propiedad Ancestral Indígena”, constituye un reconocimiento de la dimensión que los derechos indígenas sobre las tierras y los recursos adquiere en el marco del derecho consuetudinario o derecho propio indígena, sistemas jurídicos que desde tiempos inmemoriales han validado la propiedad indígena sobre estos bienes. El uso de este término actualmente ha sido consecuencia del intento de revertir la situación de desmedro en la que se encuentran las comunidades indígenas en esta materia, por lo que la Propiedad Ancestral Indígena es el hecho que funda la posesión de estas comunidades sobre las tierras y recursos que en ellas se encuentren.⁷³

Asimismo, en dicho informe, concluyen que la propiedad Ancestral engloba no solo a la tierra, sino que todos los recursos que en ella se encuentren, ya que este es el concepto de territorio para los pueblos originarios, tal como se expresó en párrafos precedentes. Además, este es un concepto cuyo contenido ha sido reconocido en el derecho internacional y ha sido considerada este tipo de propiedad como posesión regular para los efectos de adquirir la propiedad de estos bienes a través de la prescripción. Por último, señalan que el someter la

⁷³ AYLWIN O., J. y YAÑEZ F., op. cit.

Propiedad Ancestral Indígena a un proceso de regularización no genera contradicción alguna en nuestro sistema, sino que simplemente se concilian el derecho consuetudinario indígena, y el derecho nacional, dando preeminencia a este último por sobre el primero, y a través de la “regularización” acoger las reclamaciones de los pueblos indígenas, procediendo a la titulación de estos bienes fundado en un criterio de justicia⁷⁴.

B. Jurisprudencia comparada

En el sistema Interamericano, el Pacto de San José de Costa Rica establece dos órganos competentes para promover y velar la observancia y defensa de los derechos humanos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, debiendo agotarse las instancias ante la primera para que la Corte conozca de un caso que se someta a su jurisdicción⁷⁵.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos conoció el caso del pueblo indígena de los Guahibos en Colombia en 1970, concluyendo que el Estado tiene la obligación de proteger las tierras indígenas, sobre la base del derecho de propiedad reconocido en la Convención Americana de Derechos Humanos. En 1985, la misma Comisión emitió una resolución que favoreció la demanda de los Yanomami del Noroeste de Brasil y recomendó al Estado brasileño que delimite y demarque el Parque Yanomami, cuya superficie excedía las 9 millones de hectáreas de bosque amazónico, fundándose el fallo en el derecho a la vida, a la libertad, a la residencia, al tránsito, a la salud y bienestar reconocidos en la Declaración

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ La Comisión, al recibir una petición en la que se alegue violación de los derechos consagrados en la Convención, y declare su admisibilidad, solicitará informaciones al Gobierno del Estado al cual pertenezca la autoridad que ha sido señalada como responsable de la violación alegada con el fin de emitir un informe, si las partes aun no llegan a una solución amistosa. Si en un plazo de 3 meses, a partir de la remisión del informe a los interesados, el asunto no ha sido solucionado por el Estado que aceptó la competencia de la Comisión, esta hará recomendaciones y estipulará un plazo en el cual el Estado debe tomar las medidas pertinentes para remediar la situación. Si ha transcurrido el plazo sin solución alguna, los Estado interesados o la Comisión tiene derecho a someter el caso a la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Para que la Corte pueda conocer se deben haber agotado las instancias ante la Comisión. (Capítulo VI y VII del Pacto de San José de Costa Rica)

Americana de Derechos Humanos ya que Brasil no había ratificado el Pacto de San José de Costa Rica.⁷⁶

Dentro de los casos resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, destacan dos causas que imprimen una tendencia en la aplicabilidad del título indígena, originado por la relación existente entre los pueblos originarios y el territorio donde habitan y la larga data de esta relación de épocas precolombinas. Se analizarán los casos a nuestro parecer más simbólicos resueltos en la Corte, los cuales en sus fallos respectivos presentan argumentos que a continuación se analizan.

B.1. Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua.

En esta causa, la etnia Mayagna o Sumo asentada en la Costa Atlántico de Nicaragua, alegaron que el gobierno de Nicaragua no había demarcado las tierras comunales de la Comunidad Awas Tigni, ni había tomado medidas efectivas para asegurar los derechos de propiedad de la Comunidad en sus tierras ancestrales y sus recursos naturales. Conjuntamente, en 1996, el Estado otorga una concesión forestal por 30 años a la empresa Sol del Caribe (Solcarsa) en territorio de la comunidad.

El 31 de Agosto de 2001, por siete votos contra uno, la Corte resolvió a favor de la Comunidad Awas Tigni, condenando a Nicaragua a delimitar, demarcar y titular el territorio de la comunidad; invertir 50 mil dólares en obras sociales en concepto de indemnización de daños morales provocados, siendo además condenado en costas de treinta mil dólares. En julio de 2002 se complementa la sentencia a petición de la Comunidad Awas Tigni requiriendo al Estado de Nicaragua para que adopte medidas provisionales para proteger el uso y disfrute de la propiedad de las tierras pertenecientes a la Comunidad y de los recursos naturales existentes en ellas, específicamente las tendientes a evitar daños inmediatos e irreparables resultantes de las actividades de terceros que se han asentando en el territorio de la comunidad o que exploten

⁷⁶ YANEZ, N. y GENTES, I., Derechos locales sobre las aguas en Chile: Análisis jurídico y político para una estrategia de gestión pertinente en territorios indígenas. Salir, 2005, p.9.

recursos naturales existente en el mismo, todo esto hasta que no se produzca la delimitación, demarcación y titulación ordenadas por la Corte.

Es importante destacar el concepto que la Corte elabora sobre propiedad indígena en el fallo al razonar que “entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierras, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho propio de su existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierras no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.”(Párrafo 149). En la línea de la propiedad sobre el territorio, se debe traer a colación un concepto que da esta Corte respecto de Bienes, señalando que pueden ser definidos “como aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor”, concepto que reafirma el significado especial que tiene el territorio para los pueblos originarios, al cual le otorgan un valor material como creador de sus medios de vida, pero también como creador le asignan una personalidad que se explica en diversas formas⁷⁷.

Especifica además en su párrafo 151 que “El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro”⁷⁸, Por tanto, importante es el reconocimiento al título indígena y especialmente que este se encuentra regido por normas del derecho consuetudinario de estos pueblos originarios.

⁷⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia “Caso Comunidad Mayagna(Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua”, 31 de Agosto de 2001.

⁷⁸ Ibid

Advierte además, el voto razonado conjunto a la sentencia de fondo de los jueces Antonio Cançado, Máximo Pacheco y Alirio Abreu señalando en su párrafo 9⁷⁹: “De ahí la importancia del fortalecimiento de la relación espiritual y material de los miembros de la Comunidad con las tierras que han ocupado, no sólo para preservar el legado de las generaciones pasadas sino también para asumir y desempeñar las responsabilidades que ellos asumen respecto de las generaciones por venir. De ahí, además, la necesaria prevalencia que atribuyen al elemento de la conservación sobre la simple explotación de los recursos naturales”.

B.2. Comunidad Indígena Yakye Axa del Pueblo Enxet vs. Paraguay.

Los indígenas Enxet de Yakye Axa reivindicaron más de 18. 000 hectáreas, parte de su territorio ancestral que se encontraba en manos de un empresario. La comunidad acusó al Estado Paraguayo por la violación de las garantías judiciales, a la protección judicial y a la propiedad, según lo establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos.

El Tribunal de Derechos Humanos resolvió por unanimidad que el Estado violó el derecho a la vida, también consagrado en la Convención, de la comunidad indígena. La sentencia menciona además que el Estado deberá crear un fondo destinado exclusivamente a la adquisición de tierras a entregarse a los miembros de la comunidad Yakye Axa. De la misma forma, deberá suministrar los bienes y servicios básicos necesarios para su subsistencia mientras se encuentren sin tierras, e implementar un programa y un fondo de desarrollo comunitario. En otros de los puntos la Corte IDH sentencio que el Paraguay debe adoptar en su derecho interno las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para garantizar el efectivo goce del derecho a la propiedad de los miembros de los pueblos indígenas. Finalmente, la Corte IDH menciona en su sentencia que el Estado Paraguayo deberá realizar un acto público de reconocimiento de su responsabilidad y publicar, a través de periódicos de circulación nacional y radiodifusoras, los puntos resolutivos de la sentencia⁸⁰.

⁷⁹ Ibid

⁸⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia “Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay”, 17 de Junio de 2005.

La corte falla en el mismo sentido del caso de la comunidad de Awas Tigni, y es importante señalar uno de sus considerandos en su párrafo 135: “La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vista particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural⁸¹.”

En suma, del análisis de esta jurisprudencia, se pueden sintetizar los razonamientos doctrinarios que la Corte ha tenido presente respecto los derechos de los pueblos originarios sobre sus tierras: a) existe una estrecha relación entre estos pueblos y sus tierras, debiendo ser reconocida y comprendida como base de su cultura y forma de vida en todos sus ámbitos; b) el uso y posesión de estas tierras incluye el uso de los recursos que en ella se encuentran ya que la tierra no es entendida según parámetros civilistas, sino como un concepto que incorpora todos los elementos que dentro de ella se encuentran c) esta relación se ha construido desde tiempos inmemoriales en que los pueblos indígenas han habitado estas tierras; d) en base a la costumbre, el uso y la posesión de la tierra serian los antecedentes necesarios para que las comunidades indígenas que carezcan de titulo real sobre la propiedad de la tierra, obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad.

La importancia de ambas causas llevadas ante la Corte IDH son las enseñanzas, como las denomina el autor Aguilar Cavallo, que nos puede entregar el razonamiento jurídico seguido por la Corte, que de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 21 y 29 de La Convención Americana y en virtud de medios de interpretación como el principio de desarrollo progresivo, el principio pro homine y el principio del efecto útil, no sólo amparó los derechos de la comunidad indígena sobre sus tierras, sino que lo hizo incorporando el derecho propio indígena. Aguilar afirma que “debido a que el Estado de Chile se encuentra vinculado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y debe respetar y aplicar sus disposiciones, siguiendo los criterios y orientaciones de la Corte Interamericana, conviene recordar un principio ya consagrado de

⁸¹ Ibid.

hermenéutica jurídica consistente en que el intérprete debe hacer todos los esfuerzos, dentro de lo permitido por la Ley Suprema del respectivo Estado, por encontrar una interpretación conciliatoria entre las normas de un tratado y los preceptos de la Constitución.” Concluye así refiriéndose a la validez de estos tratados en Chile, expresando que se debe tener presente que la Convención Americana se encuentra amparada por la norma contenida en el artículo 5 inciso 2 de la CPR, y que en conformidad con el artículo 62 de la convención Americana, desde el 21 de Agosto de 1990, Chile reconoció como obligatoria de pleno derecho la competencia de la Corte Interamericana sobre todos sus casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención⁸².

⁸² AGUILAR C, G., loc. cit.

CAPITULO II

USO Y CONTROL DE LOS RECURSOS NATURALES EN TERRITORIOS INDÍGENAS.

I) DERECHO CONSUETUDINARIO

Los pueblos originarios se apropian y utilizan los recursos naturales de acuerdo a costumbres y normas establecidas dentro de su propia comunidad que han ido variando con el paso del tiempo. Al realizar esta afirmación se hace necesario determinar claramente los conceptos de Costumbre y Derecho Consuetudinario.

El significado de Costumbre según la Real Academia de la Lengua especifica: “Hábito. Modo habitual de obrar o proceder establecido por tradición o por la repetición de los mismos actos y que puede llegar a adquirir fuerza de precepto”

De acuerdo a la concepción dominante de origen romano canónico, Costumbre Jurídica es la repetición de una determinada conducta realizada por la generalidad de los miembros de un grupo social, de manera constante y uniforme y con la convicción de cumplir un imperativo jurídico. La Costumbre está constituida entonces por ciertos elementos: en primer lugar, elementos *objetivos, materiales o externos* que se refieren a la generalidad, constancia y uniformidad de los actos en que se traduce la conducta; en segundo lugar, el elemento *interno, psicológico o espiritual* que es la convicción de cumplir un imperativo o necesidad jurídica⁸³.

Rodolfo Stavengahen señala que por Derecho Consuetudinario debe entenderse a “un conjunto de normas legales de tipo tradicional, no escritas ni codificadas, distinto del derecho positivo vigente en un país determinado.” Caracteriza al derecho consuetudinario el tratarse precisamente de un conjunto de costumbres reconocidas y compartidas por una colectividad

⁸³ ALESSANDRI R., Arturo, SOMARRIVA U., Manuel, y VODANOVIC H., ANTONIO. Derecho civil. Parte Preliminar y Parte General. 5ª ed. Santiago, Editorial Conosur, 1990, p. 143.

(comunidad, pueblo, tribu, grupo étnico, etc.), a diferencia de las leyes escritas que emanan de una autoridad política constituida que vela además por su cumplimiento⁸⁴.

Existe otro concepto de Derecho Consuetudinario Indígena más completo a nuestro parecer ya que menciona el cumplimiento obligatorio de las normas a través de un sistema de sanciones, esto es, se encuentra presente de alguna forma la coercibilidad, lo que permite que el sistema se pueda sustentar sin el peligro de sucumbir por la falta de observancia de estas conductas jurídicas. El concepto al cual nos referimos expresa que por Derecho Consuetudinario se puede entender: “Aquellas normas y reglas de comportamiento y de convivencia social que existen en el interior de cada comunidad o de cada pueblo indígena, y que contribuyen a la integración de cada sociedad, al mantenimiento del orden interno y a la solución de conflictos que puedan surgir, incluyendo por lo tanto, un sistema de sanciones para quienes violen estas normas”⁸⁵.

Es importante destacar que el Derecho Consuetudinario, no es un derecho invariable en cuanto al tiempo, sus normas se renuevan y en especial cambian según sea la comunidad, es un derecho particular a cada pueblo, que se nutre de las experiencias, creencias, aspectos geográficos, sistemas de producción, entre otros, para su generación y cambios.

En sociedades en las cuales impera un sistema consuetudinario jurídico, se hace necesario determinar de alguna forma qué es lo que constituye lo legal o jurídico, entregándonos en este sentido Rodolfo Stavengahen⁸⁶ aspectos que constituyen lo legal o jurídico en estas sociedades, basándose en categorías de la ciencia jurídica y derivaciones hechas de los usos y costumbres de la sociedad misma. Las diversas temáticas, sin agotar esta lista las materias posibles de lo jurídico en el derecho local, son las siguientes:

- 1) Normas generales de comportamiento público;

⁸⁴ STAVENHAGEN, Rodolfo e ITURRALDE, Diego. Derecho Consuetudinario en América Latina. En: Entre la Ley y la Costumbre, México, 1990, p. 29.

⁸⁵ HERVE Y URREJOLA (1994) en ALBORNOZ, Patricia., Derecho Indígena y Derecho de Aguas. Tesis (Licenciatura en Derecho). Santiago, Chile. Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho, 2000. p. 48.

⁸⁶ STAVENHAGEN, Rodolfo e ITURRALDE, Diego, p. 31.

- 2) Mantenimiento del orden interno;
- 3) Definición de derechos y obligaciones de los miembros;
- 4) Reglamentación sobre el acceso a, y la distribución de, recursos escasos (por ejemplo, agua, tierra, productos del bosque);
- 5) Reglamentación sobre transmisión e intercambio de bienes y servicios (verbigracia, herencia, trabajo, productos de cacería, dotes matrimoniales);
- 6) Definición y tipificación de delitos, distinguiéndose generalmente los delitos contra otros individuos y los delitos contra la comunidad o el bien público;
- 7) Sanción a la conducta delictiva de los individuos;
- 8) Manejo control y solución de conflictos y disputas;
- 9) Definición de los cargos y las funciones de la autoridad pública.

A. Derecho Consuetudinario Indígena en Chile

La ley Indígena N° 19.253 hace mención a la costumbre Indígena solo en su artículo 54 a propósito de la aplicación de justicia, prescribiendo que “la costumbre hecha valer en juicio entre indígenas pertenecientes a una misma etnia constituirá derecho”, pero estableciendo como limitante al uso de la costumbre que esta no sea contraria a la Constitución Política de la República.

Analizando el texto de la norma, destaca a nuestro parecer, el uso del término Costumbre, en vez de Derecho Consuetudinario, palabra más exacta al concepto de sistema jurídico de los pueblos originarios, ya que el término Costumbre no tiene la certeza que el Derecho Consuetudinario logra tener en la comunidad misma. Como afirma el autor Rodrigo Muñoz aplicando el término costumbre y no Derecho Consuetudinario, se “restringe en forma grosera el ámbito de su aplicación, y con ello el criterio del juez, a ciertas relaciones de mayor o menor importancia en el ámbito sociocultural de las comunidades indígenas chilenas”⁸⁷. Acogemos como nuestra la afirmación que realiza este autor al indicar que de aceptarse el

⁸⁷ MUNOZ, R., 2000. Aproximaciones al Derecho consuetudinario entre los aymará del norte de Chile: vigencia y cambios en áreas altiplánicas. En: ACTAS XII CONGRESO INTERNACIONAL Derecho consuetudinario y pluralismo legal: desafíos en el tercer milenio: 13-17 de marzo de 2000. Arica, Universidad de Chile y Universidad de Tarapacá. p. 626.

derecho consuetudinario en toda su extensión, nos encontraríamos con que se debería reconocer la facultad jurisdiccional que pudiesen tener las autoridades indígenas, y se generarían conflictos de jurisdicción en virtud del mandato constitucional del artículo 73 de la exclusividad de los tribunales establecidos por ley de conocer causas civiles y criminales, resolver y hacer ejecutar lo juzgado, agregándose el principio de inexcusabilidad, a través del cual, en situaciones que ha sido reclamada la intervención de los tribunales en forma legal y en negocios de su competencia, no pueden excusarse de ejercer su autoridad aún por falta de ley que resuelva el asunto sometido a su decisión.

Otra conclusión que se puede extraer de la limitada aplicación de la costumbre indígena y de la lectura de la Ley 19.253, es la diferencia evidente de conceptos respecto al Territorio, ya que como señalamos en el capítulo anterior, los pueblos originarios plantean una estrecha relación con su espacio físico, el cual es considerado como un todo, esto es, tierra y recursos naturales son inseparables ya que estos se complementan, y ha permitido este espacio físico el desarrollo de un sistema productivo de tipo colectivo, representando además elementos importantes de la religiosidad de estos pueblos.

II) ELEMENTOS GENERALES DEL USO TRADICIONAL DE RECURSOS NATURALES POR LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Compleja sería la tarea de generalizar formas de usos tradicionales de los recursos naturales para todas las economías de subsistencia, que sean compartidas por todas las comunidades indígenas. No obstante las diferencias culturales, geográficas, sociales y económicas entre los diversos pueblos originarios, se pueden establecer ciertos patrones de los que han dependido desde tiempos inmemoriales hasta el presente.

Para Julio Tresierra, los elementos culturales que forman parte de la estrategia tradicional de subsistencia de los pueblos indígenas son la *propiedad colectiva* y el *parentesco*. Añade además como un elemento clave los *valores, creencias y rituales*, que ayudan a mediar en los conflictos entre lo humano y lo natural⁸⁸.

⁸⁸ TRESIERRA, J. C., Derechos de uso de los recursos naturales por los grupos indígenas en el bosque tropical. Banco Interamericano de Desarrollo, Washington, USA, 2000. p. 7.

Tresierra, citando a M.A. Mckean⁸⁹ plantea que la propiedad colectiva representaría un sistema propicio y señala razones de ello. Entre estas destaca que sobre aquellos bienes indivisibles tales como el recurso de biodiversidad y actividades como protección de cuencas, serán mejor manejados a escala de territorio intacto en vez de a escala de recurso dividido. Además, expone que en las cosechas de ciertos productos pueden variar de una zona a otra en un año dado, por lo que muchos grupos indígenas permiten que ciertos recursos sean utilizados por todo el grupo en un área extensa, de manera que las posibilidades de obtener los recursos en cualquier año se aseguren.

Por otra parte, el carácter limitado de los recursos naturales y la dificultad de su renovación pudiendo no existir o disminuir con el tiempo, hacen necesaria la cooperación y el reparto dentro de cada grupo local, obligando a todas las bandas locales a cooperar entre sí, generándose así la apropiación comunitaria del territorio y recursos, ya que la propiedad común garantiza a todos los miembros del grupo (jóvenes, viejos, enfermos, etc.) el acceso a los recursos explotables y su participación. Consiguientemente, se puede concluir que existe entre estas comunidades dos formas de apropiación de los recursos: la forma comunitaria, que son las más amplias, sirven para la apropiación de la naturaleza silvestre; y las formas más reducidas, centradas en grupos domésticos locales, incluso en individuos, sirven de apropiación de la naturaleza domesticada. Luego, la obligación de reservar a todo el grupo el acceso a recursos comunes como el agua y los pastos favorece al mantenimiento de cierta igualdad social.⁹⁰

El sentido de la propiedad privada tal como se concibe en el Derecho Civil, no sería por tanto compatible con el concepto y práctica de la propiedad colectiva dentro de un pueblo indígena, la cual permite, al contrario de la primera, un sistema de cooperación entre las diversas familias que favorece mantener una equivalencia social.

El parentesco constituye, por un lado, un importante eje ordenador para acceder y controlar los recursos naturales productivos, y por otro, la unidad básica al interior de la

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ GODELIER, M., op.cit., pp. 133-139.

comunidad al establecer funciones en el uso y conservación de los recursos naturales, y en el mantenimiento de relaciones con otras agrupaciones humanas⁹¹.

Por último, se debe recalcar como elemento clave los valores, creencias y rituales, ya que en la tradición indígena las reglas y sanciones están estructuradas dentro del sistema de creencias y valores, y no en instituciones formales, siendo justamente uno de los valores básicos de muchos grupos indígenas el compartir y restringir la acumulación de bienes⁹².

III) PRINCIPIOS GENERALES DEL MANEJO DEL AGUA EN LOS PUEBLOS INDÍGENAS-CAMPESINOS

Si bien no es posible, como se ha señalado con anterioridad, establecer características en torno al derecho consuetudinario en materia de aguas que se puedan establecer como regla general para todos aquellos pueblos originarios de un determinado territorio, si se pueden especificar algunas particularidades del derecho local en materia de aguas aplicables a ciertas comunidades indígenas⁹³:

1. Los derechos de aguas son *expresiones de relaciones sociales*, que definen quienes pueden y quienes no pueden utilizar el agua. Por esta razón, los derechos de agua tienden a ser dinámicos y en gran parte flexibles, y están íntimamente relacionados con los grupos sociales de los cuales emergen.

2. Los derechos de aguas *no solo implican un derecho de uso y acceso de una determinada cantidad de agua de una fuente, también importan los derechos a participar en la toma de decisiones sobre la gestión del agua*, admisión de nuevos usuarios, sanciones, limitaciones, etc. Por otra parte, estos derechos conllevan ciertas obligaciones que consisten en participar en tareas que han de realizarse para el mejor uso y aprovechamiento de las aguas respecto de la comunidad como limpieza de canales, fiestas rituales, entre otros. Así, el agua es un recurso pleno de aspectos colectivos, lo que hace que una gran parte de las facultades,

⁹¹ CASTRO L., Milka. Agua, derecho y cultura en los Andes del Norte de Chile. Un enfoque desde la antropología jurídica. *Revista Chungara*. 29(1), 1997. p. 70.

⁹² TRESIERRA, J. C., op. cit. p. 7.

⁹³ GENTES I. 2001.

normalmente relacionadas con la propiedad de un cierto bien, no se presenten a escala individual o familiar sino al nivel de usuarios.

3. Existen *obligaciones* que se deben cumplir para mantener el derecho al agua. Hay una estrecha relación entre la gestión del agua y las demás funciones sociales que se cumplen en las comunidades indígena-campesinas y, a la vez, es una expresión de la visión holística, de cooperación, gestión de recursos y formas de seguridad social propias y comunitarias. Por ende, los usuarios de un sistema de riego no solo están interrelacionados como regantes, sino también como parientes, vecinos, copropietarios, comuneros, deudores, etc.

4. Las diversas interrelaciones entre usuarios explica también la necesaria *flexibilidad y circunstancialidad* que se halla en la aplicación de obligaciones y sanciones vinculadas con su respectivo incumplimiento de la “normativa legal local”, es decir, aunque existe una lista de sanciones para infracciones de todo tipo, en la práctica parece ser igualmente común que su aplicación dependa de la situación, persona y la infracción misma, para darse o no.

En cuanto a los derechos de agua en el contexto de sistemas autogestionados dentro de una comunidad indígenas, se pueden definir como “la exigencia autorizada sobre el uso de (una parte de) un flujo de agua, que incluye ciertos privilegios, restricciones, obligaciones y sanciones que acompañan esta autorización, entre los que resalta la facultad de participar en la toma de decisiones colectivas sobre la gestión y el destino del sistema”⁹⁴.

Los derechos de agua de riego se presentarían en dos formas según sea el sujeto que los posea: como *derechos de agua colectivos* y como *derechos de aguas individuales*. “Los derechos de agua colectivos son la exigencia del uso del agua de la organización de usuarios de un sistema de riego frente a otras personas (individuales y colectivas), cuyos intereses, eventualmente, pudiesen colisionar con los suyos. Estos derechos determinan también las formas y condiciones colectivas de acceso a la fuente de agua y prerrogativas y cargas asumidas como grupo frente a terceros. A su vez, los derechos de agua individuales, que existen dentro de cada sistema, establecen las relaciones de acceso al agua entre los diferentes usuarios y sus respectivos

⁹⁴ BECCAR, L., BOELEN, R., Y HOOGENDAM, P., Derechos de Agua y acción colectiva en el riego comunitario. En: BOELEN, R., Y HOOGENDAM, P. (Eds.) Derechos de Agua y acción colectiva. Lima, Instituto de Estudios Peruanos, 2001. p. 23.

derechos y obligaciones. En los sistemas comunitarios andinos, generalmente el titular de estos derechos es la unidad familiar representada por uno de sus miembros”⁹⁵.

Estos derechos de agua se pueden diferenciar según los niveles de acción de éstos según un esquema elaborado sobre la base de los autores Schagler y Ostrom⁹⁶:

LOS DERECHOS DE AGUA EN TERMINOS CONCRETOS	
<p>Cuando se habla de derechos de agua, suele referirse a un conjunto de derechos, que incluye:</p>	
Derechos Operativos	Derecho de participar en la toma de decisiones colectivas
Derecho de uso de una parte del flujo de agua	<p>Derecho de participar en la decisión sobre la gestión.</p> <p>Definir los detalles del reparto de agua, fechas de largadas, caudales, cargos en la organización, etc.</p>
Derecho de uso de la infraestructura de conducción y distribución para llevar el agua hacia un terreno definido	<p>Derecho de Participar en la decisión sobre inclusión/exclusión de miembros.</p> <p>Definir quiénes pueden y quiénes no pueden ser miembros del sistema.</p>
Derecho de ser elegido y ocupar cargos en la organización del sistema y para ejecutar las decisiones con respecto al reparto de agua y la gestión del sistema.	Derecho de participar en la decisión sobre el cambio o la ampliación del sistema hidráulico y la tecnología de riego
	Derecho de participar en la decisión sobre el enajenamiento de los derechos de uso del agua, de la fuente o de la infraestructura hidráulica

⁹⁵ Ibid, p. 24

⁹⁶ Ibid, p.26.

Los sistemas locales de manejo de agua son una representación de la característica colectiva del derecho consuetudinario indígenas en cuanto al manejo de recursos naturales, ya que el recurso hídrico no solo se divide en su uso por regantes, sino que para tener derecho a este uso los regantes deben realizar diversas tareas que favorecen a la comunidad en cuanto al riego ya sea limpiezas de canales, ofrendas que se deban hacer, etc.

Por tanto, el uso y goce individual no es un derecho absoluto de los usuarios, sino que se encuentran dentro de un sistema de decisiones colectivas sobre el manejo del recurso hídrico. Existe entonces una noción de propiedad compartida y de responsabilidades colectivas entre usuarios en torno al manejo y la gestión de las aguas que son extraídas de una fuente. Se trata de un sistema colectivo de uso de aguas, el cual podemos definir como “el conjunto de derechos y obligaciones, formas de gestión y elementos infraestructurales compartidos que determinan la existencia y funcionamiento de una colectividad específica de un grupo de usuarios en torno a (una parte de) una o mas fuentes locales de agua y/o uno o mas puntos de captación”⁹⁷.

Por último, específicamente, dentro del derecho consuetudinario indígena sobre el agua, podemos identificar elementos que se pueden agrupar en los siguientes niveles que se insertan la organización social, política y cultural debido a que el agua es un eje regulador en la vida de estos pueblos⁹⁸:

- a) Marco normativo general:
 - Mantenimiento del orden interno en el acceso a y distribución del agua
 - La definición de formas de transmisión e intercambio del recurso
- b) Control Social y usuarios
 - Definiciones de derechos y obligaciones
 - Sanciones

⁹⁷ HENDRIKS, J., 2004. Legislación de aguas y gestión de sistemas hídricos en países de la región andina. Documento de trabajo elaborado en el marco del Proyecto WALIR. p. 40.

⁹⁸ CASTRO L., Milka. El agua en derecho consuetudinario de aymaras y atacameños en el norte de Chile. Revista de Derecho Administrativo económico de Recursos naturales, 3 (2), Facultad de Derecho de Pontificia Universidad Católica de Chile, 2001. p. 348.

- Manejo, control y solución de conflictos
- Definición de delitos contra el agua como bien comunitario
- c) Autoridades
 - Definiciones de cargos
 - Funciones de las autoridades en torno al uso del agua
- d) Dimensión mágico-religiosa como principio ordenador, interrelacionado con cada uno de los niveles señalados.

IV) REGLAS EN EL MANEJO DEL AGUA EN COMUNIDADES EN EL NORTE DE CHILE⁹⁹:

El recurso hídrico constituye un elemento esencial en la organización social, política, cultural y económica de los pueblos andinos en especial, creándose una estructura que permite identificar normas en las cuales se establecen derechos, obligaciones, distribución del agua, sanciones, etc. Cada comunidad delimita su territorio en función, básicamente, de un criterio de control y manejo de una cuenca o microcuenca, donde cobra especial importancia el derecho reconocido por la costumbre ancestral sobre vertientes, ríos y lagunas, y los correspondientes espacios productivos agrícolas y ganaderos en el área circundante.

Los pueblos andinos del norte de Chile y todos aquellos que habitan la Cordillera de los Andes, tienen una especial relación con el agua, lo que se traduce en una cohesión cultural por la gestión comunitaria del recurso hídrico. Por esta razón Castro, M., utiliza el concepto de “Cultura Hídrica”, el cual se refiere a un contexto conformado por tres planos: 1) Plano Ideacional (ideas, normas y creencias asociadas al agua); 2) Plano Organizacional (acciones sociales manifiestas); 3) Plano tecnológico productivo (objetos materiales). Estos tres planos “pueden ser descritos como una trama de significaciones, con las cuales los hombres comunican, perpetúan y desarrollan sus conocimientos y aptitudes frente al recurso hídrico.”

⁹⁹ Tema basado en investigaciones de la antropóloga Milka Castro Lucic en: CASTRO L., Milka. El agua en derecho consuetudinario de aymaras y atacameños en el norte de Chile. Revista de Derecho Administrativo económico de Recursos naturales, 3 (2), Facultad de Derecho de Pontificia Universidad Católica de Chile, 2001. pp. 345-353

Esta cultura hídrica se plasma en dos áreas diferentes: una primera que se refiere al espacio de la cuenca o microcuenca, donde nacen las aguas; una segunda se refiere al espacio que se genera desde el lugar de captación que es aquel en que el hombre interviene el curso natural de las aguas para desviarlas hacia los suelos cultivables, continuando por redes de conducción, a través de canales que guían el agua hasta los predios bajo diversas formas de distribución al interior de cada terraza, manejándose el agua en tiempos y cantidades según el producto, estableciendo en este caso formas de aplicación. La investigadora Milka Castro ha constatado la presencia de estos tres planos o niveles culturales en los distintos puntos señalados.

En el plano material tecnológico-productivo se encuentran, por ejemplo, las formas particulares de distribución del agua dependiendo de las etapas y actividades del calendario agrícola, como son la siembra, las formas de riego según pendiente y calidad de suelo (riego por inundación, por derrame, entre otros). El método de riego más común entre los poblados aymarás es por derrame, conocido también como riego por chipaya, el cual se aplica en predios con pendientes suaves, realizándose conducción del agua a través de pequeños surcos, denominados *contras*, *chipañas*, y *lloraderos*, desde los que se aplica el agua con una vara o chipaña, con la se guía el agua desde un canal principal hacia el interior del predio o terraza. También se identificaron sistemas de riego por inundación usado para terrazas de superficies planas de bordes levantados, en los cuales una vez irrigado el predio se corta el agua y se continúa con la terraza inferior.

El plano organizacional es aquel que hace posible que la tecnología realmente sea eficiente respecto al fin al cual sirve. Este plano está dado por los reglamentos y autoridades que se ha dado la comunidad, así como el conjunto de familias que gestionan comunitariamente sus recursos. El período de mayor control y en el cual se verifica esta organización de la comunidad es entre los meses de octubre a marzo, correspondiente al ciclo agrícola. Un ejemplo del control comunitario sobre la distribución de las aguas se expresa en las reuniones que cada año efectúan todos los regantes para acordar sobre el sector en que realizarán los cultivos temporales, cuáles serán estos cultivos, entre otras decisiones. La organización de la comunidad depende de ésta misma, es decir, puede variara tal como se ha señalado dependiendo de las costumbres de los diferentes pueblos. Por ejemplo, en Socoroma existen dos autoridades de aguas, un Comisario o

repartidor quien organiza el mantenimiento de la infraestructura, y un Delegado de Aguas quien tiene una función de control.

En el plano ideacional o ideológico, se reconoce los aspectos valorativos, normativos y los cognitivos de la cultura. El agua se presenta como un recurso práctico funcional y productivo y a la vez como un elemento o ser ritual y metafísico. Además de la correcta aplicación de la tecnología, del cumplimiento de obligaciones productivas, la comunidad también debe cumplir con rituales para mantener a los dioses conformes, expresándose en la reciprocidad de los pueblos indígenas con el territorio en el cual habitan, “esto porque al campesino andino no le es suficiente la técnica cotidiana, ni la científica. No le basta construir represas, canales y mantenerlos. El ejercicio de una serie de ritos mágico-religiosos es absolutamente necesario para asegurar no sólo la calidad de la obra sino también para contar con todas las bondades de la naturaleza, como abundancia de aguas lluvias y vertientes, asegurar la fertilidad de tierras y animales, controlar las plagas y heladas”.

CAPITULO III

LEGISLACIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES EN CHILE, EN ESPECIAL RECURSO HÍDRICO. DERECHO DE AGUAS Y PUEBLOS INDÍGENAS

El propósito de este capítulo es recabar aquellas normas dentro del sistema jurídico chileno que nos permitan examinar y conocer la regulación de los recursos naturales en nuestro país, con especial énfasis en el recurso hídrico.

El gobierno militar a partir del año 1973 potencia la libertad económica y la no discriminación en esta materia como uno de los bastiones institucionales mediante la promulgación de diversas normas, y en especial en la Constitución política de la República de 1981, reconociendo este principio como una de las garantías constitucionales (19 N° 22) y fomentando la intervención de los grupos intermedios, los cuales estructuran y organizan la sociedad otorgándoles la CPR la autonomía necesaria para la realización de sus actividades, siempre que no sean contrarias a la carta política. (Principio de Subsidiariedad, Art. 1 inciso 3° CPR)

Conjuntamente, la Constitución Política garantiza la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres y los que pertenezcan a la Nación y la ley lo declare así. No obstante, la carta política especifica que las excepciones anteriores son sin perjuicio de lo prescrito en otros preceptos de este cuerpo normativo. (Art. 19 N° 23°)

Por último, una de las garantías fundamentales que corona los principios anteriores, es el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales. Prescribe la Carta Fundamental que solo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social, esto es, cuando lo requieran los intereses generales de la nación, la seguridad nacional, la utilidad y salubridad pública y la conservación del patrimonio ambiental. (Art. 19 N° 24° inciso 1° y 2°)

I) RECURSOS NATURALES EN LA LEGISLACIÓN CHILENA

En nuestra carta política de 1981, en el artículo 19 que enumera en forma no taxativa las garantías constitucionales, se menciona en su numeral octavo, que se garantiza el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, siendo deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza. Procede el Recurso de Protección según lo prescrito en el artículo 20 inciso 2°, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un *acto arbitrario e ilegal imputable a una autoridad o persona determinada*.

Con el fin de proteger el medio ambiente y de una regulación formal de proyectos y actividades susceptibles de causar un impacto ambiental y sancionar aquellos que realicen un daño al medioambiente, se dicta la Ley N° 19.300, publicada el 9 de marzo de 1994, que aprueba la Ley sobre bases generales de medio ambiente. Esta ley tiene como fin regular el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, la protección del medio ambiente, la preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental. (Art. 1)

Es interesante a modo de acotación para el análisis de nuestro tema, conocer ciertos conceptos que este cuerpo legal nos concede. En primer lugar explica que se entenderá por Medio Ambiente el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones. Un segundo concepto se refiere a los recursos naturales que esta ley precisa como los componentes del medio ambiente susceptibles de ser utilizados por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades o intereses espirituales, culturales, sociales y económicos. (Art. 2 letra II y respectivamente).

A. Recursos minerales

Específicamente respecto de los recursos naturales como elementos separados de la tierra que los concibe, el artículo 19 N° 24° de la Constitución política de la República ya mencionado respecto al derecho de propiedad garantizado, establece que el Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, en las cuales se comprenden las covaderas, arenas metalíferas, salares, depósitos de carbón e hidrocarburos y las demás sustancias fósiles, con excepción de las arcillas superficiales. No se afecta la propiedad de los terrenos en cuyas entrañas estuviesen situadas estas minas, sin embargo, estos predios superficiales estarán sujetos a las obligaciones y limitaciones que la ley señale para facilitar la exploración, explotación y beneficio de dichas minas.

Los derechos que se le otorgan a la sociedad civil respecto de los recursos minerales se denominan *concesión minera*, la cual es un derecho real e inmueble; distinto e independiente del dominio del predio superficial, aunque tengan un mismo dueño; oponible al Estado y a cualquier persona; transferible y transmisible; susceptible de hipoteca y otros derechos reales y, en general, de todo acto o contrato; y que se rigen por las mismas leyes civiles que los demás inmuebles, salvo en lo que contraríen disposiciones de la ley orgánica constitucional o del Código de Minería (Art. 2° Código de Minería). La concesión minera tiene por objeto todas las sustancias concesibles que existen dentro de sus límites. (Art. 26 Código de Minería)

Las concesiones se constituyen siempre por resolución judicial, la cual constituye el título de propiedad sobre ella y da originariamente su posesión. Inscrita la sentencia, la concesión quedará sometida al régimen de posesión inscrita. (Art. 91 Código de Minería) Los plazos de duración, derechos y obligaciones los indica la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones mineras, Ley N° 18.097/1982. La concesión minera obliga al dueño a desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento. El dueño de ésta deberá cancelar una patente anual la cual es de beneficio fiscal.

Respecto de los recursos no susceptibles de concesión –hidrocarburos líquidos y gaseosos- la exploración, explotación o beneficios podrán ejecutarse directamente por el Estado o por sus empresas, o por medio de concesiones administrativas o de contratos especiales de

operación con los requisitos y bajo las condiciones que el Presidente de la República fije para cada caso por decreto supremo. (Art. 19 N° 24 inciso 9)

Una norma muy importante del Código de Minería que tiene estrecha conexión con el recurso hídrico la expresa el artículo 110: “El titular de concesión minera tiene, por el solo ministerio de la ley, el derecho de aprovechamiento de las aguas halladas en las labores de su concesión, en la medida en que tales aguas sean necesarias para los trabajos de exploración, de explotación y de beneficio que pueda realizar, según la especie de concesión de que se trate. Estos derechos son inseparables de la concesión minera y se extinguirán con ésta”. Esta norma se relaciona con los derechos sobre las aguas de uso inmemorial que pudieren tener las comunidades indígenas, las cuales se ven afectadas con este uso que concede en su totalidad a los dueños de las concesiones mineras respecto del predio superficial, no tomando en cuenta el uso tradicional de las aguas de comunidades que habiten la zona desde tiempos remotos.

Por último, se debe señalar que el Código de Minería prescribe en el artículo 13 que no se considerarán sustancias minerales y, por lo tanto, no se rigen por el presente Código las arcillas superficiales, rocas, y demás materiales aplicables directamente a la construcción.

B. Recurso Hídrico.

La mención en nuestra legislación sobre el dominio de las aguas la hace el Código Civil en su artículo 595 al señalar que todas las aguas son bienes nacionales de uso público, definiendo este código como bienes nacionales de uso público aquellos cuyo dominio pertenece a la nación toda y su uso pertenece a todos los habitantes de la nación (Art. 589 Código Civil) El Código de Aguas en su artículo 5° repite esta afirmación, teniendo en consideración que ese cuerpo normativo solo rige respecto de las aguas terrestres y no respecto de las marítimas, por lo que si se generó alguna duda en el Código Civil respecto a que tipo de aguas se refería queda despejada con esta norma del Código de Aguas.

Esta categoría de bienes se encuentra fuera del comercio humano. El Código de Aguas establece que una vez constituido el derecho de aprovechamiento de aguas, éste se incorpora al patrimonio de su titular, quien posee facultades del dominio civil sobre este. El problema de

fondo que opinamos existe, se refiere a que aunque el Código del ramo diferencie entre el *derecho* de aprovechamiento de aguas y las aguas mismas, de todas formas se va a transar en el mercado un bien que debiera pertenecer a la nación toda y que es intransferible, inalienable e imprescriptible.

Las aguas, según el Código de aguas, se reputan muebles, pero destinadas al uso, cultivo o beneficio de un inmueble se reputan inmuebles.

Los derechos que se le otorgan a los particulares respecto de este recurso es el derecho de aprovechamiento de aguas, el cual, es un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellas, con los requisitos y en conformidad a las reglas que fija el Código de Aguas.(Art. 6º Código de Aguas). La Constitución Política de la República, en su única mención a las aguas en el artículo 19 N° 24 inciso final, prescribe que los derechos de los particulares sobre las aguas, estando reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgan a sus titulares la propiedad sobre ellos, razonando en la misma forma el artículo 6º inciso 2º del Código de Aguas.

Es curioso que del análisis de estas normas se destaque que el dominio del Estado sobre las aguas no se encuentre protegido a escala constitucional y solo en el ámbito legal, lo que a nuestro parecer puede crear cierta incertidumbre por la facilidad respecto de la modificación de leyes por el quórum más bajo exigido a la ley en vez de una reforma constitucional. Nuestra inquietud no se dirige a un conflicto latente o que exista, ya que un cambio de esa magnitud la creemos difícil en la coyuntura que se vive. Sin embargo, creemos que se debiera establecer la condición de dominio del Estado de las aguas a escala constitucional por la protección que merece este escaso recurso.

II) NORMATIVA ESPECÍFICA RESPECTO A LAS AGUAS EN CHILE

A. Reseña histórica del tratamiento de las aguas en Chile

Desde la independencia nacional, aparte del tema político, los demás ámbitos de la sociedad se siguen rigiendo por leyes coloniales. En materia de aguas se dictan ciertas disposiciones especiales tales como: Senado Consulto de 1819 que trata materias fundamentales para la época como el establecimiento del regador como medida común en el país, y establecimiento del servicio de acueducto como obligatorio y gratuito. La Constitución de 1833 en su artículo 12 N° 5, reconoce los derechos de propiedad adquiridos antes de su dictación incluidos los de aguas. Por su parte, la ley municipal de 1854, norma sobre las aguas en cuanto a su administración, expresa que las primeras estarán bajo administración municipal cuando sean comunes y aquellas que dividan departamentos o provincias, las administrará el Presidente de la República.

En la etapa inicial del derecho de aguas nacional, se pueden nombrar las normas más importantes a nuestro parecer que hacen alusión a este recurso. Primeramente se debe hacer mención al Código Civil dictado 1855 y que comienza a regir en el año 1857, el cual señala que existen aguas comunes, públicas y privadas. La forma de acceder a las aguas públicas será mediante el sistema de riberaneidad y el sistema de concesión por autoridad, otorgando este último sistema derechos a los particulares tales como derecho de dominio sobre estas aguas, derecho de defensa y derechos accesorios que permitan su uso como son las servidumbres. En segundo lugar, el Código procesal Civil del año 1902 establece un capítulo de Juicios de distribución de aguas, señalándose por primera vez una fórmula para organizar las Comunidades de Aguas. Finalmente, en el año 1908, se dicta la ley 2.139, la cual crea las Asociaciones de Canalistas como una forma de enmendar los problemas originados por la construcción de numerosos canales, de gran recorrido y capacidad y por la subdivisión de muchos predios por ventas parciales o herencias. Se estableció que los usuarios de aguas debían organizarse como persona jurídica, cobrar cuotas para el mantenimiento y conservación de canales y distribuir aguas según derechos. Se crea el Registro de Regadores que llevaría el Conservador de Bienes Raíces por medio de la Inscripción.

En un período intermedio del derecho de aguas se dicta en el año 1948 el primer Código de Aguas, el cual nunca se aplicó debido a las críticas constantes, prorrogándose su entrada en vigencia, hasta marzo de 1951, año en el que se dicta la ley N° 9.896 que modifica al código de 1948. Prescribe esta nueva ley que las aguas son bienes nacionales de uso público, existiendo también aguas de dominio particular, otorgando las concesiones el Presidente de la República. Se mantienen las preferencias para la utilización del recurso, estando en primer lugar el riego.

En el año 1967, y en el contexto de la reforma agraria que se estaba llevando a cabo, se dicta un nuevo Código de Aguas que entra en vigencia en 1969. Se establece que todas las aguas del territorio son bienes nacionales de uso público, y para ello se expropiaron las aguas que eran de dominio particular, declarándolas de utilidad pública.

“El Código del año 1969 prohibía ceder el derecho de aprovechamiento de aguas, so pena de caducidad o extinción del derecho por acto de autoridad (Director General de Aguas). Las aguas se radicaron al predio o industria al que estaban destinadas. Así, la enajenación del inmueble implicaba la transferencia de las aguas destinadas a su uso, cultivo, o beneficio. El derecho de aprovechamiento de agua era concedido para un uso determinado (riego, uso doméstico, energía eléctrica, etc.). Si el titular variaba su uso, la autoridad podía declarar la caducidad de ese derecho real administrativo. Además, el Estado tenía la potestad planificadora de la gestión del recurso, pudiendo reasignar las aguas junto con los cambios del uso de la tierra de acuerdo con el criterio técnico de las denominadas tasas de uso racional y beneficioso de las aguas”¹⁰⁰.

La derogación de dicha legislación y el establecimiento del nuevo sistema que nos rige se instituye al dictarse el Decreto Ley N° 2.603 de 1979. “Este decreto ley fortaleció la propiedad de los derechos de aprovechamiento, separó la propiedad de los derechos de aguas de la tierra a fin de permitir la libre transferencia de los derechos de agua independientemente

¹⁰⁰ ALEGRIA C., M., LILLOS Z., A., VALDES H., F., 2001. El mercado de aguas: análisis teórico y empírico. En: IV JORNADAS DE DERECHO DE AGUAS: 20 ANOS DEL CODIGO DE AGUAS: noviembre de 2001. Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho Administrativo Económico, p. 1.

del inmueble al que beneficiaban. En otros términos, otorgó a dicho derecho real el carácter de bien principal suprimiendo su calidad de accesorio, permitiendo su transferencia como cualquier bien raíz o inmueble”¹⁰¹.

B. Legislación vigente

Tal como se señaló en la letra B, acápite I, capítulo III de la primera parte, los particulares pueden acceder al uso del agua a través del derecho de aprovechamiento de aguas, el cual se constituye originariamente por un acto de autoridad, y excepcionalmente, por el solo ministerio de la ley. Los derechos de aprovechamiento pertenecen al propietario de las riberas en los casos que se señalan en el artículo 20 inciso 2º del Código de Aguas: las aguas que correspondan a vertientes que nacen, corren y mueren dentro de una misma heredad; aguas de lagos menores no navegables por buques de más de cien toneladas; de lagunas y pantanos situados dentro de una sola propiedad y en las cuales no existan derechos de aprovechamiento constituidos a favor de terceros a la fecha de entrada en vigencia del Código de Aguas¹⁰².

Los derechos de aprovechamiento pueden ser: i) consuntivos o no consuntivos, dependiendo si existe facultad para consumir totalmente las aguas o no; ii) de ejercicio permanente o eventuales, dependiendo si faculta al portador a utilizar agua en la dotación que corresponda o solo autorice para usar el agua en las épocas en que el caudal matriz tenga sobrante después de abastecidos los derechos permanentes; iii) continuo, discontinuo y alternado, permitiendo el primero usar agua las 24 horas del día, el segundo durante determinados períodos de tiempo, y derechos alternados aquellos en los cuales el uso del agua se distribuye entre dos o más personas que se turnan sucesivamente. La regla general si en el acto de constitución nada se dice, es que el ejercicio sea continuo.

El procedimiento de constitución del derecho de aprovechamiento se rige según las normas establecidas para estos efectos en Libro segundo, Título primero del Código de Aguas. La solicitud para adquirir el derecho de aprovechamiento se presenta ante la Dirección General

¹⁰¹ Ibid, p.1.

¹⁰² Publicado en el Diario Oficial de 29 de Octubre de 1981.

de Aguas con requisitos formales descritos en el artículo 140 del Código de Aguas. Esta solicitud se publicará dentro de los 30 días siguientes a su presentación en el Diario Oficial por una sola vez según la forma que señala el artículo 131 de este cuerpo legal. Si no se presentaren oposiciones dentro de los 30 días contados desde la última publicación, se constituirá el derecho mediante resolución de la Dirección General de Aguas, siempre que exista disponibilidad del recurso y fuere legalmente procedente. Esta resolución que otorga el derecho debe reducirse a escritura pública que suscriben el interesado y funcionario que se designe al efecto, debiendo inscribirse una copia en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces competente.

C. Características sistema actual de aguas

El sistema que nos rige en materia de aguas tiene ciertas características interesantes de examinar y que son consecuencias a nuestro parecer de la tendencia liberal en materia económica que se traslada al tema de aguas, las cuales se pueden constatar por la práctica que ha permitido el tiempo transcurrido desde la dictación del Código de 1981.

1) *Gratuidad del derecho de aprovechamiento.* La asignación del derecho de aprovechamiento no significa ningún costo para el peticionario, no incurriendo tampoco en el futuro en ningún gasto en lo concerniente a pago de una tarifa, patente o algún gravamen a beneficio fiscal por el uso de las aguas y conservación del derecho. Para constituir el derecho la Dirección General de Aguas sólo deberá verificar que se cumplan las formalidades exigidas por la ley, que exista disponibilidad del recurso y que no se perjudiquen derecho de terceros.

El único pago de una patente a beneficio fiscal se contempla en el Código de Aguas, Título XI, obligación introducida con la reforma de este cuerpo legal en junio de 2005. Los derechos de aprovechamiento respecto de los cuales su titular no haya construido las obras necesarias para su captación o restitución según sea el tipo de derecho, o no haya utilizado las aguas, deberán cancelar una patente anual a beneficio del fisco según las normas que se señalan a partir del artículo 129 bis 4 de dicho código.

2) *No existen prioridades para el uso del agua.* No se señala priorización para los distintos usos de agua, sean estos destinados para agua potable, minería, agricultura, industria, etc. Existe una libertad de uso respecto de las aguas, no siendo necesario tampoco justificar el uso para el cual se requieren las aguas al momento de solicitar la constitución del derecho. Si existe libre disponibilidad de agua en la fuente, y no hay derechos constituidos sobre ésta, se otorgará el derecho de aprovechamiento al solicitante. Sin embargo, si un tercero se opone o existe otra petición dentro de cierto plazo, el Código establece un procedimiento de subasta al mejor postor.

3) *Facultades del dominio civil respecto de los derechos de aprovechamiento.* Se les concede a los titulares de este derecho las facultades de uso, goce y disposición, por lo que se permite a libre transferibilidad del derecho por acto entre vivos (venta, donación, dación en pago, etc.), trasposos (arriendo) y la transmisibilidad por causa de muerte (herencia, legado, etc.). Se protege además estos derechos por la garantía constitucional del derecho de propiedad del artículo 19 N° 24.

4) *Limitado Rol del Estado.* Este carácter limitado a constituir originariamente el derecho de aprovechamiento de aguas, se desprende de las facultades que con el Código de 1981 le fueron despojadas al Estado con el fin de privilegiar la libertad económica. El Estado no influye en la asignación de las aguas y la distribución de éstas la realizan las organizaciones de usuarios. Por otra parte, tampoco tiene atribuciones para resolver los conflictos de agua, los cuales están entregados en una primera instancia a las organizaciones de usuarios y luego a los tribunales ordinarios de justicia, teniendo por último facultades reguladoras muy débiles.

Habiendo descrito estas características generales de nuestro sistema de aguas actual y del examen de la aplicación de la normatividad desde su vigencia, se pueden concluir ciertas condiciones del sistema actual:

1) *Escasez del recurso hídrico.* “En Chile el alto consumo de agua y el aumento de la demanda en los sectores productivos están ejerciendo fuerte presión sobre este recurso finito. Según estadísticas de la DGA, los recursos hídricos superficiales desde la I a la VIII Región del

país, donde vive más del 80% de los chilenos, están totalmente utilizados”¹⁰³. El problema de la escasez del recurso proviene principalmente de la inexistencia de un órgano que controle el uso de este recurso, por lo que se puede utilizar indiscriminadamente, originándose así un uso deficiente del recurso. Tal como lo señalan Alegría Calvo y otros “En general, las regulaciones que se aplican a los países para asignar el recurso entre distintos usuarios buscan que dicha asignación sea eficiente y evitar que se agote rápidamente en presencia de una demanda creciente. El riesgo de agotar una fuente de agua es particularmente concreto y real en el caso de las aguas subterráneas que se pueden explotar a tasas superiores a los causales de recarga”¹⁰⁴.

La ineficiencia en el uso de las aguas se verifica por el actual sistema de concesión de este recurso, ya *que no se condiciona la entrega de este derecho al uso efectivo y beneficioso*. Esta fórmula favorece el acaparamiento y la especulación del recurso, restando recursos a su vez para la economía y bienestar social¹⁰⁵.

2) *Mercado de aguas*. En el contexto ideológico del neoliberalismo, ciertos economistas señalaron en su momento que la intervención estatal podía proteger los recursos y el despilfarro económico, pero se traduce en definitiva en ineficiencias costosas para el erario nacional. Por lo anterior decidieron introducir el mecanismo del mercado en la gestión de las aguas, otorgando a los particulares la propiedad sobre los derechos de aprovechamiento de aguas que contempla el uso y goce de estas, facultades propias del dominio civil¹⁰⁶.

Si en las regulaciones anteriores del agua la caducidad del derecho por el no uso era la principal forma de reasignación del recurso, a partir del año 1981, la reasignación de los derechos de aprovechamiento opera mediante la libre transferencia de los derechos en el mercado, el cual fija el precio en consideración a la demanda y oferta del recurso hídrico. Esta receta se llevó a cabo bajo la idea de promover la eficiencia de los recursos y la inversión privada. Sin embargo, como nos señalan Alegría y Calvo¹⁰⁷, la introducción del mercado del

¹⁰³ BRAVO, Patricia, AEDO, María Paz, LARRAIN, Sara. Agua: ¿Dónde está y de quién es? Santiago, Lom Ediciones, 2004, p. 45.

¹⁰⁴ ALEGRIA C., M., LILLO Z., A., VALDES H., F., p. 7.

¹⁰⁵ Ibid, p. 13.

¹⁰⁶ Ibid, p. 2.

¹⁰⁷ Ibid, p. 5.

agua no constituye la panacea a los conflictos sobre la gestión de este recurso, ya que a pesar de ser un medio que facilita la reasignación del recurso en función de su rentabilidad, sólo funcionará si existe un buen sistema de gestión, conocimiento del recurso hídrico y regulaciones con el fin de no afectar el medio ambiente y derechos de terceros, entre otras condiciones y supuestos. Si no se cumplen algunas de las condiciones antedichas, los precios se desviarán del verdadero costo de oportunidad del agua y no transmitirán señales claras ni fomentarán decisiones eficientes para usarlas y transferirlas.

El mercado de aguas y el sistema de asignación en conjunto al no cobro de una tarifa a beneficio fiscal, finalmente ha favorecido al acaparamiento del recurso y la especulación. Esta última se presenta en el caso de aquellas personas que solicitan derechos sin interés de desarrollar algún proyecto inmediato, y de aquellos que ya adquirieron el derecho y lo mantienen, a pesar de no darle ningún uso, y en ambas situaciones con la intención de retenerlo hasta que aparezca un interesado en comprarle el derecho. Se considera que la especulación ha traído consecuencias negativas para los campesinos y comunidades indígenas, grupos que en la mayoría de los casos por el desconocimiento de la existencia de un nuevo código y su normativa que señala procedimientos para la regularización de los derechos de aprovechamiento, y también por razones de no poseer asesoría jurídica y recursos monetarios, se han visto perjudicados por la inscripción de sus derechos por parte de otros usuarios, ya sean personas naturales o grandes empresas, quedando sin el reconocimiento legal de sus derechos de aprovechamiento inmemoriales, causando impacto medioambiental y provocando la migración a las ciudades¹⁰⁸.

Por último, y dentro del sistema de mercado de aguas existente que no tiene regulación alguna en cuanto a eficacia del uso y beneficios sociales, se ha favorecido la concentración de la propiedad de estos derechos en manos de grandes empresas, lo que ha perjudicado a los pequeños campesinos que no son incapaces económicamente de competir con estas. Estas circunstancias han provocado la destrucción de ecosistemas y de comunidades locales, ya que el accionar de las grandes transnacionales muchas veces no tiene como fin velar por la no afectación de estos grupos.

¹⁰⁸ Ibid, pp. 14-15.

III) REGULACIÓN DEL RECURSO HÍDRICO EN COMUNIDADES INDÍGENAS.

Con la aplicación del Código de Aguas a partir del año 1981 se vieron afectados negativamente los derechos de los pueblos indígenas en lo que respecta a los nuevos conceptos de corte privatista y liberal del aprovechamiento de las aguas, las cuales tienen un sentido comunal y tienen carácter de eje estructurador dentro de las comunidades.

Por lo anterior, el nuevo gobierno democrático, promulgó dos cuerpos legales que tendieron a la protección de las comunidades indígenas, su ecosistema y los derechos de estos sobre las aguas que ancestralmente habían utilizado. Así se dicta en el año 1992 la Ley N° 19.145 que modificó el Código de Aguas limitando la exploración y explotación de aguas subterráneas en zonas acuíferas que alimenten vegas y bofedales de la I y II Regiones de Chile. Una segunda norma de gran importancia para las comunidades indígenas de todo el país es la Ley N° 19.253 de 1993 que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena.

A. Estatuto general sobre las aguas en la ley indígena.

El segundo Título, Párrafo segundo, de la Ley Indígena norma lo relativo al Fondo para las Tierras y Aguas Indígenas, señalando el artículo 20 letra c) que uno de los objetivos de este fondo será “financiar la constitución, regularización o compra de derechos de aguas y financiar obras destinadas a obtener este recurso”, costeándose cada año a través de la Ley de Presupuesto que destina un monto a este fondo. (Art. 21)

El derecho de aprovechamiento de aguas, tal como se ha señalado con anterioridad, se constituye originariamente por acto de autoridad, esto es, por resolución del Director General de Aguas. Una copia de dicho acto administrativo debe reducirse a escritura pública e inscribirse en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces competente.

En cuanto a las solicitudes de regularización de derechos ancestrales por el artículo 2º transitorio del Código de Aguas, se podrán regularizar dichos derechos cuando los usuarios hayan cumplido 5 años de uso ininterrumpido, contados desde la fecha en que hubieren comenzado a hacerlo y con ciertos requisitos:

- La utilización deberá haberse efectuado libre de clandestinidad o violencia, y sin reconocer dominio ajeno;
- La solicitud se elevará a la Dirección general de Aguas
- Los terceros afectados podrán deducir oposición
- Vencidos los plazos legales, la DGA remitirá la solicitud y todos los antecedentes más la oposición si la hubiere, al Juez de Letras en lo Civil competente.

El juez conocerá y fallará de acuerdo al procedimiento establecido en el artículo 177 Código de Aguas, esto es, en juicio sumario. La inscripción en este caso en el Conservador de Bienes Raíces competente es la sentencia judicial ejecutoriada que reconoce la existencia del derecho ancestral de las aguas (Art. 114 N° 7, 117 y 2º transitorio del Código de Aguas y Art. 174 del Código de procedimiento Civil)

La compra de los derechos de aprovechamiento inscritos se perfecciona por escritura pública debiendo inscribirse el título traslativo respectivo en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces competente. (113, 114 N° 5 y 117 del Código de Aguas)

Los derechos de aprovechamiento adquiridos con este fondo tienen la limitante establecida por la ley de no poder ser enajenados durante 25 años contados desde el día de su inscripción. Dicha prohibición deben inscribirla los Conservadores de Bienes Raíces, por el sólo ministerio de la ley coetáneamente al inscribir el título del derecho de aprovechamiento de aguas. (Art. 22, inciso 1º).

La clara finalidad de esta prohibición legal de enajenar es evitar el lucro indebido de terceros ajenos a este beneficio que se establece a favor de los pueblos indígenas ya sea como personas naturales o comunidades jurídicas y agrupaciones.

B. Estatuto particular establecido para las comunidades aymarás y atacameñas en materia de aguas.

Aunque la gran mayoría de los terrenos de las regiones I y II pertenecen al Fisco, el artículo 3° transitorio, inciso 1° de la Ley Indígena, ordenó a la CONADI, en conjunto con el Ministerio de Bienes Nacionales, desarrollar un plan de saneamiento y constitución del dominio de las tierras de las comunidades aymarás y atacameñas, conforme a lo dispuesto en el Art. 63 del mismo cuerpo legal. Esta última norma, establece que la CONADI en los procesos de saneamiento y constitución de las propiedades aymarás y atacameñas, debe salvaguardar los siguientes tipos de dominio: individual, comunitario y patrimonial. Las tierras comunitarias son aquellas de propiedad de la comunidad indígena legalmente constituida y que corresponden por lo general a pampas y laderas de cultivos rotativos; por su parte, las tierras patrimoniales son aquellas de propiedad de varias comunidades indígenas tales como pastizales, bofedales, cerros, vegas y otras de uso de ganado auquénido¹⁰⁹.

Este reconocimiento a las tierras comunitarias y patrimoniales necesariamente debe vincularse con la norma contenida en el inciso 1° del artículo 64 de la misma ley, prescribiendo que se considerarán bienes de propiedad y uso de la comunidad indígena establecida por esta ley las aguas que se encuentren en los terrenos de la comunidad. La clara voluntad del legislador explica el abogado Manuel Cuadra, es que las comunidades aymarás y atacameñas sean en el corto plazo, poseedoras inscritas de sus tierras comunitarias y patrimoniales, no considerándose como un simple pedazo de tierras, sino que constituirían espacios territoriales que abarcan pampas, cerros, vegas, bofedales, entre otros ecosistemas, correspondiéndole a las comunidad la propiedad y el uso de las aguas que se encuentren en su interior¹¹⁰.

La interpretación aislada del artículo 64 de la ley Indígena podría llevar a concluir que esta norma consagra un caso especial dentro de nuestra legislación de dominio privado de las aguas que se encuentren dentro de los terrenos de la comunidad. Sin embargo, en virtud de la

¹⁰⁹ CUADRA LIZANA, Manuel. La protección de las zonas de vegas y bofedales del Norte de Chile: una perspectiva indígena. Revista de Derecho Administrativo económico de Recursos naturales, 3 (2) Facultad de Derecho de Pontificia Universidad Católica de Chile, 2001. p.360.

¹¹⁰ Ibid, p. 361.

aplicación de las normas del Código Civil de interpretación, en especial del artículo 22 que indica que el contexto de la ley sirve para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre ellas una debida correspondencia y armonía, debemos llegar a otra conclusión que tenga en cuenta el contexto jurídico en el cual se desenvuelve la norma, teniendo presente entonces la calidad jurídica de las aguas de bienes nacionales de uso público. Una interpretación entregada por Manuel Cuadra¹¹¹ es la que se ajusta a nuestro pensamiento, ya que se interpreta en relación con el artículo 3º transitorio inciso 2º de la ley indígena, explicándonos que la ley le otorgó legitimidad a los usos consuetudinarios de agua de estas agrupaciones étnicas. Los reconoció como derechos, sobre los cuales las comunidades indígenas tienen propiedad, aunque no cuenten con títulos o concesiones. Luego, las aguas en que recaen estos derechos reconocidos no se encuentran disponibles para la constitución de nuevos derechos a favor de terceros.

Para llevar a cabo el plan de saneamiento de títulos de dominio prescrito en el artículo 3º transitorio de la Ley Indígena, el inciso 2º de esta norma reglamenta que la CONADI y la DGA establecerán un convenio para la protección, constitución y restablecimiento de los derechos de aguas de propiedad ancestral de las comunidades aymarás y atacameñas de conformidad a lo señalado en el artículo 64¹¹².

El fallo ya analizado en este trabajo de la causa caratulada “Comunidad Atacameña de Toconce con Empresa de Servicios Sanitarios de Antofagasta S.A.” refleja un criterio del razonamiento por parte de los tribunales en lo referido a la propiedad ancestral indígena en los términos del artículo 3º transitorio de la ley indígena.

C. Normas especiales respecto de aguas subterráneas.

La reforma introducida al Código de Aguas acerca a los artículos 58 y 63, tuvo como finalidad el establecer una prohibición de nuevas exploraciones y explotaciones de aguas en tierras públicas y privadas de zonas que correspondan a acuíferos que se alimenten de vegas y bofedales en las Regiones I y II, con la clara intención de proteger la biodiversidad de la zona ya

¹¹¹ Ibid, p. 356.

¹¹² Dicho convenio se suscribió el 30 de Mayo de 1997.

que “uno de los problemas mas graves que ha afectado a las comunidades étnicas aymaras y atacameñas, en la I y II Región del país, es la perdida de sus aguas, utilizadas ancestralmente con libertad y sin peticiones o concesiones especiales, desde antes de la llegada a nuestro territorio del conquistador español”¹¹³.

Formalmente la reforma plantea las siguientes innovaciones, entendiéndose el artículo 58 respecto de la exploración de aguas subterráneas, y el artículo 63 respecto de la explotación de estas aguas:

Art. 58. Se agrega el siguiente inciso:

“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”.

Art. 63. Se agregan los siguientes inciso tercero y cuarto:

“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. La Dirección General de Aguas deberá previamente identificar y delimitar dichas zonas.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, la Dirección General de Aguas podrá alzar la prohibición de explotar, de acuerdo con el procedimiento indicado en el artículo siguiente”.

Las áreas que se tenían como objetivo proteger son las vegas y bofedales y las zonas de acuíferos que los alimentan. Las primeras son áreas vegetacionales o humedales que se originan

¹¹³ ACTAS LEGISLATIVAS. Modificación del Código de Aguas en lo relativo a la extracción de aguas subterráneas en la I y II regiones del país. p. 6342.

por el escurrimiento subsuperficial o casi afloramiento de aguas subterráneas, y que se caracterizan por los cojines de pastos forrajeros que se forman. Los bofedales son característicos de las I Región y las vegas de la II, encontrándose además las vegas en una altitud menor, lo que se traduce en un clima más benigno. Las zonas de acuíferos que los alimentan, son aquellos sectores en cuyo subsuelo se almacenan y escurren las aguas que irrigan las vegas y bofedales¹¹⁴.

En el Mensaje del Presidente de la República a la Cámara de diputados al someter el proyecto de la ley N° 19.145¹¹⁵, se explica que el proyecto persigue evitar la desaparición de vegas y bofedales en la zona de la I y II regiones. La consecuencia de este problema es la emigración de poblaciones hacia los centros urbanos, lo cual hace peligrar la presencia nacional en el altiplano y aumenta problemas de pobreza. La zona de vegas y bofedales utilizada en el altiplano para pastoreo de camélidos, ovinos y otras especies, cuya existencia se debe al agua subterránea que aflora en el altiplano, ha sufrido una restricción de este recurso hasta generar el desecamiento total, en algunos casos; ello como consecuencia de una legislación que, en ese momento, no consideraba debidamente la conexión e interdependencia entre zonas de pastoreo y aguas subterráneas, con grave perjuicio de las comunidades indígenas.

En la sesión segunda del Senado de 3 de junio de 1992, en la cual se estudiaba la aprobación de este proyecto, el senador Gazmuri interviene señalando que además del objetivo de importancia social y ecológica planteado por el ejecutivo de evitar la desaparición de vegas y bofedales y con ello la mantención de las comunidades aymarás y atacameñas que desarrollan toda su actividad económica y procuran la persistencia de su cultura en el altiplano, se le agrega otra fundamentación: la utilidad, no solo social y cultural, sino económica, que implica conservar los ecosistemas originarios altiplánicos, lo que considera una obligación por consideraciones sociales y en función de que el capital genético que tenemos en los sistemas altiplánicos constituye también un importante factor económico de progreso en el mundo contemporáneo y en épocas futuras. El patrimonio genético de un país debe considerarse como un recurso económico esencial, por cuanto el desarrollo moderno de la vida genética supone que

¹¹⁴ CUADRA LIZANA, Manuel. p. 359.

¹¹⁵ ACTAS LEGISLATIVAS. Modificación del Código de Aguas en lo relativo a la extracción de aguas subterráneas en la I y II regiones del país. p.6342.

se preservan en su medio natural las variedades originarias, permitiendo el mejoramiento de algunas especies o incluso la introducción de otras nuevas¹¹⁶.

En el Mensaje del Presidente de la República a la Cámara de diputados se explica que los bofedales son turbas pantanosas, cuyo crecimiento y desarrollo están estrechamente relacionados a la disponibilidad de agua, pero fundamentalmente, de agua corriente, que permita lograr una adecuada oxigenación y el lavado de sales, acción favorecida por la población local mediante un singular sistema de canales y represas. Por tanto, la extracción o desvío de las aguas que alimentan los bofedales significa una disminución, cuando no su desaparición (secado). Ilustra esta situación con diversos ejemplos: la construcción del canal Lauca que significó la disminución del bofedal en el área sur de la bocatoma del río Lauca; extracción de aguas en el siglo pasado para abastecer el ferrocarril Antofagasta-La Paz, secándose las vegas de Ojos de San Pedro Las consecuencias de estos hechos serían despoblamiento de las partes altas del territorio de la I y II regiones; emigración de la población hacia centros urbanos, asentándose en barrios marginales; abandono de terrazas de cultivo y ganadería, perdiéndose un valioso patrimonio tecnológico, que fue capaz de transformar en productiva un área con fuertes restricciones para la actividad agrícola y ganadera¹¹⁷.

Las reformas legales siempre se llevan a cabo con las mejores intenciones de mejorar una situación actual que genera perjuicios para un grupo de personas o al país mismo. Sin embargo, con el paso del tiempo desde la entrada en vigencia de estas nuevas leyes, se pueden identificar las falencias en la práctica. En el marco de esta afirmación, el abogado Manuel Cuadra Lizana¹¹⁸ expone ciertas críticas a las modificaciones al Código de Aguas y a su aplicación práctica las cuales hacemos de nuestro sentir en la materia.

En primer lugar, señala el abogado que la particularidad que las limitaciones para la exploración y explotación de las aguas subterráneas se apliquen únicamente en las áreas previamente delimitadas por la DGA, ha restringido la aplicación de estas normas, ya que las superficies de las áreas delimitadas por la DGA en la Resolución N° 909 de 1996 son muy

¹¹⁶ Ibid, 1992, p.86.

¹¹⁷ Ibid, p. 15.

¹¹⁸ CUADRA LIZANA, Manuel, op. cit. p. 360.

reducidas. Estas áreas difícilmente se extienden más allá de los límites visibles del respectivo humedal, generando como consecuencia que se han otorgado permisos de exploración y derechos de aprovechamiento, especialmente a empresas mineras, en sectores muy próximos, casi en el borde, de las áreas delimitadas por la DGA, siendo evidente que se trata del mismo humedal.

En segundo lugar, la limitación de explotar se resume en que la concesión del permiso sea fundado, en cuanto justifique el particular que con la extracción de agua subterráneas que se extraerá no desequen las vegas y bofedales. Tal como señala Cuadra Lizana, no ha conocido resolución alguna infundada, provocando que esta limitación realmente no sea una restricción para la protección de estas zonas ecológicas.

En tercer lugar, el nuevo inciso tercero del artículo 63 del Código de Aguas, agrega que las zonas señaladas estarán se entenderán prohibidas para nuevas y mayores extracciones de aguas subterráneas sin necesidad de declaración expresa. Sin embargo, el nuevo inciso cuarto estableció que la DGA puede alzar esta prohibición en los casos y según el procedimiento que indica, lo cual significa que este organismo puede dejar sin efecto esta prohibición legal, a solicitud de parte, mediante una simple resolución, si así lo aconsejan los resultados de nuevas investigaciones. Estas circunstancias generan dudas de la razonabilidad dentro de nuestra normativa que una prohibición establecida por la ley pueda ser alzada a través de un simple acto administrativo.

Por último, y a modo de aporte a las críticas enumeradas por el abogado Manuel Cuadra, es importante destacar que el proyecto presentado por el ejecutivo en su artículo 1º para modificar el artículo 58 del Código de Aguas señalaba que las nuevas exploraciones debían ser con autorización de la DGA – norma actual – pero “previa audiencia a la Comisión especial de Pueblos Indígenas o su continuadora legal”¹¹⁹.

¹¹⁹ ACTAS LEGISLATIVAS. Modificación del Código de Aguas en lo relativo a la extracción de aguas subterráneas en la I y II regiones del país. Sesión de 1991.p. 6342.

Al eliminar esta parte de la norma inicial propuesta por el ejecutivo, según nuestra opinión, por una parte despoja a las comunidades indígenas de participar en la toma de decisiones en aquellos proyectos que les pudiesen afectar en su vida como comunidades y en especial respecto a un bien que a los pueblos aymarás y atacameños les permite subsistir de la forma que lo han hecho ancestralmente. Por otra parte, se descartó la posibilidad de una forma de integración y participación de las comunidades en el ámbito público como grupo étnico que conforma la nación, participando solo estas desde el lado de la oposición al accionar del gobierno en aquellas políticas, actos administrativos o privados que las afecten.

SEGUNDA PARTE

La siguiente parte de la investigación, examina un caso relativo a la explotación de aguas subterráneas en el altiplano chileno habitado por comunidades aymarás, a través del cual se pretende volcar los conceptos explicados en la primera parte.

El proyecto de “Explotación de Pozos en el Parque Nacional Lauca, I Región” se ubica geográficamente en la Región de Tarapacá en el acuífero de la hoya del Río Lauca y Vizcachani a 4000 metros de altura.

Dicho proyecto se remonta al año 1992, año en que se perforaron 10 sondajes de reconocimiento y explotación en el sector altiplánico de Arica por parte de la Dirección de Riego del Ministerio de Obras Públicas, hoy Dirección de Obras Hidráulicas. De los 10 sondajes se identificaron 7, que desde el punto de vista hidráulico, justificaron su explotación para extracción de aguas subterráneas, pudiendo aportar en total un caudal aproximado de 300 litros por segundo (l/s). Dichos 7 pozos se encuentran dentro del Parque Nacional Lauca.

Durante 1994, de los 7 sondajes explotables se implementó y operó el pozo N° 4 el cual se habilitó con bomba, postación eléctrica y se conectó con el canal Lauca. Este pozo durante el año 1995 fue explotado por la empresa eléctrica Edelnor S.A., bombardeando el recurso subterráneo al canal Lauca para anunciar la generación de la central Chapiquiña. La implementación de dicho pozo tuvo resultados en términos de caudales inferiores a los estimados a partir de las pruebas de bombeo, y además generó el deterioro del bofedal inmediato, por lo que se paralizó la operación de este pozo.

Se suscita entonces la importancia de realizar un Estudio de Impacto Ambiental de este proyecto, presentándose el formato final de dicho estudio, efectuado por la consultora Ambar S.A., en el año 1999, sometándose así al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental por la Dirección de Obras Públicas del Ministerio de Obras Públicas.

Este proyecto se pretendía desarrollar en la ribera poniente del Río Lauca entre Chucullo y Misitune y en la ribera Oriente del río Vizcachani en el sector de Pampa Tejene, al interior de las comunidades Aymarás de Parinacota y Guallatire, Comuna de Putre, Provincia de Parinacota, I Región de Tarapacá, todo al interior del Parque Nacional Lauca¹²⁰.

El objetivo del proyecto es la captación de agua desde el acuífero de la hoya del Río Lauca y Vizcachani (tramo bocatoma Canal Lauca – confluencia Vizcachani), para ser conducida desde seis pozos de explotación (Nº s 5, 6, 7, 8, 9, 10) con derechos de aprovechamiento consuntivo, de ejercicio permanente y continuo de aguas subterráneas, a lo largo de 10 Kms. sobre el río al canal Lauca, y de ahí a riego de la cuenca de Azapa. Para la realización del objetivo anterior, el proyecto considera la ejecución de un programa de operación continuo, con un caudal de extracción máxima de 300 l/s para la revitalización de la actividad agrícola del Valle de Azapa, cercano a la ciudad de Arica, sin descartar otros usos, dependiendo de lo que decida la Comisión Regional de Recursos Hídricos¹²¹.

De acuerdo a al sistema de evaluación de impacto ambiental de un proyecto, diversos actores sociales, tanto representantes del Estado – en este caso tales como la Dirección General de Aguas, Corporación Nacional Forestal, Servicio Agrícola y Ganadero, entre otros – como comunidades indígenas en la etapa de Participación Ciudadana del sistema presentaron sus observaciones respecto de este proyecto.

Finalmente el 18 de Agosto de 2004, la Comisión Regional de Medio Ambiente de Tarapacá, resuelve calificar favorablemente el Proyecto de Explotación de pozos en el Parque Nacional Lauca del Ministerio de Obras Públicas, especificando que se cumplen con los requisitos ambientales y normativa legal, instaurando respecto de ciertas consecuencias negativas sobre la biodiversidad, medidas de mitigación, restauración y compensación apropiadas.

¹²⁰ Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto de Explotación de Pozos en Parque Nacional Lauca, publicado en Diario Oficial el 31/07/1998.

¹²¹ Ibid.

Sin embargo, en el Ordinario 95 del 19 de enero de 2005, el Ministerio de Obras Públicas se desiste de la solicitud que originó este procedimiento de evaluación ambiental, fundado en una falta de consenso en torno al proyecto por lo diferentes actores involucrados, acogándose el desistimiento por parte de la Corporación Regional de Medio Ambiente de la Región de Tarapacá (COREMA) el 29 de marzo de ese año por medio de la resolución exenta No 00051.

CAPITULO I

CUESTIONAMIENTOS TÉCNICOS Y AMBIENTALES RESPECTO DEL PROYECTO DE EXTRACCIÓN DE AGUAS EN PARQUE NACIONAL LAUCA

El proyecto de extracción de aguas subterráneas en el Parque Nacional Lauca generó un debate en la sociedad civil respecto de ciertos puntos controvertibles del proyecto y del estudio de impacto ambiental mediante de cuestionamientos de carácter ambiental, técnicos y antropológicos respecto de la vida de las comunidades aymarás de la zona y como se verían afectadas. Estas controversias se plasman en las presentaciones hechas por diversas comunidades indígenas organizadas y personas naturales en la fase de Participación Ciudadana¹²² del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental dispuesto en la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente y el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental

Una de las polémicas respecto al proyecto se refiere a la ambigüedad de los fines que se presentan en el estudio. Esto se origina porque en el año 1992 cuando se inicia la perforación de los diez pozos originales, la ciudad de Arica sufría una gran escasez del recurso hídrico, por lo que el gobierno adopta medidas tendientes a intentar mitigar esta crisis, dentro de las cuales se encontraba la explotación de dichos pozos. Por tanto, el fin original de esta actividad extractiva del recurso hídrico fue abastecer a la ciudad de Arica de agua potable. Sin embargo, “hoy en día no se justifica la extracción de las aguas del subsuelo del lecho del río Lauca y Viscachane, puesto que la situación se encuentra totalmente superada por el proyecto *Ampliación de la Capacidad de Agua Potable de Arica: captaciones Costeras y Sondajes, Lluta Bajo y Planta*

¹²² Ver Nota al pie de pagina No 7

Desalinizadora, presentado y ejecutado por ESSAT, el que asegura la demanda de agua de Arica hasta el año 2.025”¹²³

En la resolución exenta N° 000087 de fecha 18 de Agosto de 2004, que aprueba el proyecto de Explotación de Pozos en Parque Nacional Lauca, declara en su considerando 3.2. que el objetivo del proyecto es la captación de esta agua con el fin de regar la cuenca de Azapa. Sin embargo, a continuación en el considerando 3.3, señala que se considera en el estudio un caudal de extracción máxima de 300 l/s para la revitalización de la actividad agrícola del valle de Azapa, cercano a la ciudad de Arica, *sin descartar otros usos*, dependiendo de lo que decida la Comisión regional de Recursos Hídricos, en su oportunidad. Por tanto, se deja abierta la posibilidad de que el fin sea modificado en el intermedio del proyecto por un órgano administrativo tal como es la Comisión regional de Recursos Hídricos.

I) CUESTIONAMIENTOS TÉCNICOS

Horas de medición. La medición de caudales se realizó en un tiempo de 70 horas, lo que a opinión de muchas organizaciones que formularon esta observación, es insuficiente, ya que las normas técnicas recomiendan un mínimo de una semana de pruebas para tener una determinación global del impacto. A esta observación la COREMA responde: “Ahora bien, si la consulta ciudadana se refiere a si la prueba de bombeo fue suficiente para determinar los eventuales daños a provocar en el ecosistema, se puede señalar que la información presentada en el Adenda N° 1, señala que no existe conexión, *en general*, entre las aguas superficiales y subterráneas por lo que no habría impacto en el ecosistema. Además, el titular del proyecto ha señalado en el Adenda N° 2 que no explotará el pozo N° 4, *por considerar que puede tener conexión con las aguas superficiales*”.

El término “en general” utilizado, refleja que no existe seguridad total respecto de la conectividad entre las aguas subterráneas y las superficiales, ya que se reconoce con esta afirmación que existe la posibilidad de que haya conexión como regla especial.

¹²³ Ord. 447/98, 14 de octubre de 1998, del Sr. Eduardo Pérez Rodríguez, Jefe Oficina Conadi Arica, dirigido al Sr. Fernando Lagunas J., Director CONAMA Región de Tarapacá. p. 4.

Meses de prueba. Las pruebas fueron tomadas entre los meses de enero y abril, a pesar de que este período es el de mayor precipitación en la zona, debiéndose hacer entre los meses de Octubre a Diciembre, meses de menor precipitación. Las conclusiones de este estudio serían entonces de carácter parcial ya que el estudio no cumple con las condiciones técnicas adecuadas para lograr unas conclusiones que se deriven de circunstancias reales y a través de las cuales se pueda estudiar las consecuencias en el medio ambiente con mayor seriedad para determinar su verdadero impacto en el ecosistema.

II) CUESTIONAMIENTOS AMBIENTALES.

Intervención directa sobre el Parque Nacional Lauca. A través de los considerandos del proyecto presentado, se mencionan diversas intervenciones materiales que se realizará dentro del Parque con el propósito de ejecutar los objetivos del proyecto, el cual es en un primer momento la extracción de aguas con el fin de irrigar el Valle de Azapa para potenciar la agricultura. Se hace mención a un trasvase que se realizará a través del parque mismo, así como la instalación de tendido eléctrico subterráneo, y en los casos en que no puedan ser de esta forma, el tendido será superficial intentando visualmente mimetizarse con su entorno al no usar colores brillantes. El fin de la creación de estas áreas protegidas tanto internacional como nacionalmente se refieren a rasgos generales al mantenimiento de una zona especial por su fauna, flora, rasgos escénicos, etc., los cuales no debieran ser alterados para conseguir los fines planteados.

Fines comerciales del proyecto. En el considerando 3.3 del proyecto, se especifica que la captación mencionada con anterioridad y que se trasvasará al valle de Azapa tiene como fin revitalizar la actividad agrícola de dicho valle, sin descartar otros usos, dependiendo de lo que decida la Comisión regional de recursos Hídricos en su oportunidad.

En su calidad de Parque Nacional, se hace necesario precisar si la legislación vigente permite o no efectuar dicha explotación, ya que al ser Parque Nacional existe un régimen jurídico especial aplicable, estando en la categoría de Área protegida, por lo que pertenece al Sistema Nacional de Áreas Protegidas por el Estado (SNASPE). Para una mayor precisión

conceptual, la ley 18.362 que crea un sistema Nacional de Áreas Silvestres protegidas del Estado, denomina como Parque Nacional en su artículo 5° a “un área generalmente extensa, donde existen ambientes únicos o representativos de la diversidad ecológica natural del país, no alterados significativamente por la acción humana, capaces de autoperpetuarse, y en que las especies de flora y fauna o las formaciones geológicas son de especial interés educativo, científico o recreativo” En su inciso 2° continúa la norma especificando que “los objetivos de esta categoría de manejo son la preservación de muestras de ambientes naturales, de rasgos culturales y escénicos asociados a ellos; la continuidad de los procesos evolutivos, y, en la medida compatible con lo anterior, la realización de actividades de educación, investigación o recreación”.

El artículo 3° del D.S. N° 531 de 1967, del Ministerio de Relaciones Exteriores, denominado Convención para la Protección de la Flora y la Fauna y las bellezas escénicas Naturales de América, denominada también Convención de Washington, señala: “ Los gobiernos contratantes convienen en que las riquezas existentes en los parques nacionales no se explotarán con fines comerciales”. Respecto de esta circunstancia, Eduardo Pérez Rodríguez Jefe Oficina CONADI Arica en sus observaciones al proyecto dirigidas al director de CONAMA Región de Tarapacá, expresa que “al efectuarse la explotación de los pozos, el caudal que ellos generen, será transformado en acciones de agua, las que son bienes comerciables, y por tanto, susceptibles de ser transados”.

Impacto ecológico sobre la biodiversidad del Parque Nacional Lauca. Del proyecto presentado, de las observaciones realizadas y sus ponderaciones se desprende un impacto ambiental importante en la flora, fauna y diversas existente en el Parque, además de los estudios que han presentado organizaciones no gubernamentales para el apoyo de sus observaciones.

En este sentido, la Ley 19.300 sobre bases generales del medio ambiente, establece en su artículo 34 la labor del Estado de administrar un Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas, que incluirá los parques y reservas marinas, *con objeto de asegurar la diversidad biológica, tutelar la preservación de la naturaleza y conservar el patrimonio ambiental*

El artículo 15 del D.L. 1.939 respectivo a normas sobre adquisición, administración y disposición de bienes del Estado¹²⁴, prescribe que las reservas forestales, parques nacionales y los terrenos fiscales cuya participación y trabajo, en cualquier forma, comprometan el equilibrio ecológico, solo podrán destinarse o concederse en uso a organismos del estado a personas jurídicas regidas por el título XXXIII del libro I del Código Civil para finalidades de conservación y protección del medio ambiente. “Obviamente la extracción de aguas subterráneas del Parque Nacional Lauca no contribuye de manera alguna a la mantención y conservación del medio ambiente, sino muy por el contrario, como así lo deja entrever, no en toda su magnitud el EIA, al referirse a la disminución notable del caudal de aguas superficiales del acuífero del Lauca y sus consecuencias directas como son, la desaparición de áreas de bofedales y la extinción de especies animales y vegetales”¹²⁵.

Por otra parte, reforzando la protección que el Estado debe tener con ciertas áreas con fines de protección y preservación del patrimonio prescrito por el mismo orden jurídico, la Convención sobre Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural suscrita en la UNESCO en 1972, considera como patrimonio mundial: “los monumentos de la naturaleza, las formaciones geológicas, y las zonas que sirven de hábitat de especies animales y vegetales amenazados, que tengan valor universal y los lugares que desde un punto de vista de la ciencia, de la conservación de las bellezas naturales, sean interesantes, patrimonio que debe conservarse, protegerse y transmitirse a las generaciones futuras, tomando las medidas jurídicas, científicas y técnicas para la defensa del Patrimonio Natural de valor universal”. Justificadamente, en consideración a esta convención en el año 1983 el Parque Nacional Lauca fue declarado Reserva de la Biosfera, por lo que estaría sometido a un régimen internacional de protección.

Existe igualmente jurisprudencia de la Corte Suprema que ratifica la protección y conservación que requiere el Parque Nacional Lauca, correspondiendo a un fallo del año 1985 respecto a un recurso de protección interpuesto por agricultores de la zona alta del valle de Azapa por la extracción realizada por el Ministerio de Obras Públicas de aguas del lago Chungará – el cual se encuentra al interior del Parque Nacional Lauca- y la contaminación salina generada en las aguas que ellos utilizan. Invocan que se encuentran amenazados por actos de

¹²⁴ Publicado en Diario Oficial de 11 de octubre de 1977.

¹²⁵ Ord. 447/98, op. cit. p. 3.

autoridad sus derechos de propiedad y de vivir en un medio ambiente libre de contaminaciones, acogiendo el tribunal dicho recurso. Dentro de los razonamientos de la corte para llegar a su decisión final, encontramos que “el medio ambiente, el patrimonio ambiental, la preservación de la naturaleza de que habla la Constitución y que ella asegura y protege, es todo lo que naturalmente nos rodea y que permite el desarrollo de la vida y tanto se refiere a la atmósfera, como a la tierra y sus aguas, a la flora y fauna, todo lo cual conforma la naturaleza con sus sistemas ecológicos de equilibrio entre los organismos y el medio en que viven. El medio ambiente se afecta si se contamina o si se altera de modo perjudicial para el mejor desarrollo de la vida”. Agrega a lo anterior que la Constitución impone al Estado el deber de “velar porque el medio ambiente se mantenga libre de contaminaciones y de preservar o proteger la naturaleza, y evitar, en consecuencia, que por su propia acción o la de sus organismos que lo componen, se efectúen obras o actividades que contaminen aguas o alteren el equilibrio ecológico, tanto más en aquellos lugares que el propio Estado ha declarado como Parque Nacional y se ha dado un régimen jurídico que lo proteja”¹²⁶.

En esta causa el tribunal hace alusión a toda la normativa nacional e internacional respecto de la protección de áreas ecológicas únicas, tales como los Parques Nacionales, explicando que según su razón el estatuto completo de la protección al medio ambiente “se vulnera con la acción de obras públicas, ya que las aguas del lago Chungará únicamente son aptas para los fines naturales de su zona geográfica, y no son útiles para el uso potable o el regadío a que se quieren destinar vaciándolas a los lagos Cotacotani, Las Ciénagas de Parinacota, canal del Río Lauca y Río San José. La disminución del nivel del Lago Chungará repercutirá en las características de toda la extensión geográfica que alimenta, poniendo en evidente peligro la fauna y flora de la región”. Consideramos que es de gran valor esta última conclusión por la similitud del problema con el proyecto de extracción de aguas subterráneas en cuanto a la afectación del recurso hídrico con la implementación del proyecto.

Conexión entre Aguas Subterráneas y ecosistemas de superficie. En esta área geográfica existen los bofedales, tipo de humedales que junto a las vegas están ubicados en

¹²⁶ Sentencia dictada por la Excm. Corte Suprema por el recurso de protección de autos caratulados “Comunidad de regantes de Putre con Dirección General de Riego”. 19 de diciembre 1985.

altiplano del norte del país y sirven como zonas de forraje y abrevadero de especies animales, como la vicuña, el guanaco, la llama y la alpaca, entre otros. Dentro de las observaciones de las diversas comunidades indígenas entre otras en el marco de la participación ciudadana, se señala que “los bofedales son zonas en las que el agua es el principal factor que controla el medio, la vida vegetal y animal relacionada con él. Estas zonas sustentan concentraciones de aves, mamíferos, reptiles, peces, y especies invertebradas, por ende, los bofedales son esenciales para la subsistencia de las poblaciones aymarás y la mantención del ecosistema. En resumen, el proyecto provocará daños en el ecosistema aledaño a las obras”. Además se aclara que “los bofedales cumplen una función vital, como el almacenamiento de aguas, estabilización del litoral, control de la erosión, recarga y descarga de acuíferos y purificación de las aguas”¹²⁷. En las observaciones realizadas por CONADI Arica se plantea directamente que “existe una vinculación de las aguas del acuífero subterráneo, no solo con las aguas superficiales del Lauca, sino que con todas las que conforman el sistema hídrico en la provincia, puesto que estas tiene su origen único en las precipitaciones. El acuífero por su ubicación y altura con relación a las vertientes de la precordillera, permite la afloración y escurrimiento de la misma por medio de las presiones que ejerce sobre estas. De tal manera que si se explota el acuífero, la presión disminuirá, lo que producirá el secamiento de estas vertientes y afloraciones, las que, por lo demás alimentan innumerables acuíferos superficiales”¹²⁸.

¹²⁷ Observaciones al Estudio de Impacto Ambiental Explotación de Pozos en el Parque Nacional Lauca, Comisión Aymara de Defensa del Medio Ambiente CADMA, 12 de marzo de 2004.

¹²⁸ Ord. 447/98, op. cit. p. 5-6

CAPITULO II

CUESTIONAMIENTOS EN RELACIÓN A LOS DERECHOS INDÍGENAS VULNERADOS EN EL PROYECTO DE EXTRACCIÓN DE AGUAS EN PARQUE NACIONAL LAUCA.

I) FUNDAMENTOS IDEOLÓGICOS Y CULTURALES DEL PUEBLO AYMARÁ.

Dentro de este título se establecerán los cimientos de la cultura del pueblo aymará que nos permitirá entender la relación de este pueblo con la naturaleza y por qué es considerado por ellos como atentatorio contra su identidad este proyecto de extracción de aguas subterráneas con los fundamentos de carácter ambiental y legal que se han deliberado en acápite anteriores y que en esta parte se agregarán en virtud del tema a tratar.

Las ideas generales que se verterán en los próximos párrafos en lo concerniente a los fundamentos del pueblo aymará serán extraídas de la reclamación presentada el 14 de septiembre de 2004 ante la CONAMA por la Comisión Aymará de Defensa del Medio Ambiente¹²⁹.

A través de los siglos de existencia del pueblo aymará, se ha ido concretando una forma de sentir, pensar y obrar, formas de vida que se traspasan de generación en generación. Por ello estas comunidades señalan que para entender el sentido de vida en la percepción aymará, se debe apreciar desde los fundamentos de la cultura de este pueblo.

El mundo –Pacha- se ve como una unidad total donde nada existe en forma aislada o independiente. Se distinguen así tres niveles del universo: Alaj Pacha, Aka Pacha y Manka Pacha.

¹²⁹ Observaciones al Estudio de Impacto Ambiental Explotación de Pozos en el Parque Nacional Lauca, Comisión Aymara de Defensa del Medio Ambiente CADMA, op. cit.

Alaj Pacha –el mundo de arriba- es la realidad existente en la inmensidad superior del universo, es el lugar de la morada del creador, del sol, la luna y las estrellas. En la mitología aymará se entiende que solamente tiene acceso al Alaj Pacha el Mallku Cóndor, símbolo de la autoridad máxima y que cuenta con el poder de traspasar el espacio entre el Aka Pacha y el Alaj Pacha.

Aka Pacha –el mundo que habitamos- es este mundo, donde viven los seres humanos, animales, vegetales, de los más pequeños a los más grandes. Es el espacio de los vientos, la lluvia, el granizo, los rayos, de la vida de nuestros antepasados. Es el lugar de la expansión de la fertilidad, vida y abundancia que brota de la energía vital de la pacha mama, donde se hace latente el sentir recreador y conservador de todo lo creado. Es el hogar del ayllu humano y todos los seres vivos.

Manka Pacha –el mundo de la profundidad- son las realidades que existen en la profundidad de este territorio como son las rocas, el suelo, los minerales, el petróleo, el gas licuado, las aguas subterráneas o profundas y el fuego que sale de los volcanes.

Existiendo estos mundos diferenciados para el pueblo aymará, se debe señalar la importancia de la naturaleza para ellos en cuanto al equilibrio de la existencia cultural ideológica está ligado al equilibrio del ecosistema en el cual viven, siendo por tanto el agua, el elemento vital para todo ser viviente, ya sea este recurso superficial o subterráneo.

Para la cosmovisión aymará, cada integrante de un ecosistema juega un rol importante, independiente de su tamaño y características físicas. Los roles de cada elemento de la naturaleza, a diferencia de la cultura occidental predominante, no son sólo de índole utilitarios, sino que va más allá, apunta al plano de la complementación, que lleva a que los aymarás “escuchen” a través de su “hermanos menores” mensajes de la Pachamama, tal como la presencia de la perdiz para anunciar la proximidad del viento, de los flamencos para anunciar la proximidad de la lluvia¹³⁰.

¹³⁰ www.conama.cl/portal/1255/article-29181.html

Para las comunidades aymará que viven en el altiplano, y en el Parque Nacional Lauca tales como las comunidades indígenas en conflictos de nuestra investigación, los bofedales existentes y en general todos los humedales, conforman el principal recursos forrajero para la crianza de llamas y alpacas, principal recurso productivo de la economía pastoril del altiplano¹³¹. Los bofedales, denominados Suma Ch'ojña jok'o en aymará, que significa intensamente verde, no sólo han sido mantenidos, sino también han ampliado su superficie mediante prácticas tecnológicas que han heredado desde tiempos inmemoriales.

Según investigaciones en terreno, la población rural aymará, agricultores y pastores, es de 10000 personas aproximadamente, siendo unas 700 personas las que practican el pastoreo de camélidos. Además, estos sondeos demuestran que un numero mayor de personas que residen en la ciudad complementan sus ingresos con los recursos producidos por los pastores, ya que es común que al migrar a las ciudades o valles bajos, las personas dejen sus animales al cuidado de un familiar o pastor contratado¹³².

Dentro de las razones que entrega la Comisión Aymará de Defensa del Medio Ambiente para su oposición a este proyecto, explican que los bofedales son el sustento de su actividad económica, son los hermanos de los ríos, hijos de la launa y se nutren con las lluvias y los afloramientos de agua del subsuelo, son la síntesis de la madre tierra, y al protegerla a ella, protegen su supervivencia como pueblo. Para los pueblos originarios la pacha –tierra- no pertenece al hombre, sino que el hombre pertenece a ella; el hombre no ha tejido la red de la vida: es solo una hebra de ella, y todo lo que haga a la red se lo hará a sí mismo¹³³.

Por otra parte, entre los argumentos el CADMA plantea para preservar la protección de los bofedales, señalan los beneficios y valores que entregan, como el abastecimiento de agua, pesca, agricultura (retención de capas freáticas y nutrientes que otorga), mantención de flora, fauna y biodiversidad de la zona, entre otras utilidades.

¹³¹ CASTRO L., Milka. Derecho, Territorio y Pastoreo Trashumántico. Paper presentado al 14º Congreso Internacional de Ciencias Etnológicas y Antropológicas, Williamsburg, Virginia. 26 Julio-1º Agosto 1998

¹³² Ibid.

¹³³ Observaciones al Estudio de Impacto Ambiental Explotación de Pozos en el Parque Nacional Lauca, Comisión Aymara de Defensa del Medio Ambiente CADMA, op. cit.

II) CUESTIONAMIENTOS EN CUANTO AL SISTEMA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL, SEIA.

El espacio de participación ciudadana estipulado en la Ley de Medio Ambiente y su propio reglamento, se encumbro como un instrumento esperanzador para aquellas comunidades que lidiaban por la protección de sus territorios.

“Sin embargo, al poco andar, este espacio de participación ciudadana dejó en evidencia sus múltiples vicios y carencias. Más que un sistema para dar tribuna y generar una discusión entre los actores respecto a la afectación versus la protección del medio ambiente y las comunidades, para lograr acuerdos, el espacio era concebido finalmente para legitimar los proyectos en evaluación. Un requisito esencial para toda aprobación”¹³⁴.

Las modificaciones propuestas por la comunidad y las diferentes organizaciones sociales no han tenido efecto sustancial en las modificaciones posteriores a los proyectos, y en vez de ser un instrumento que otorgue algún grado de poder a la comunidad, la participación ciudadana se transformo en una maniobra distractiva que hacia alimentar esperanzas a estas comunidades para mas tarde quedar absolutamente frustradas. A esto se suman elementos que de desigualdad en los medios de gestión, en el acceso a recursos, a espacios de difusión, a ejercicio de derechos, a apoyo profesional, que tienden a desequilibrar la ponderación hacia la parte más poderosa¹³⁵.

¹³⁴ PADILLA ORMENO, D., LUNA QUEVEDO, D. Conflictos mineros en Chile: Poder económico versus Poder social, el caso de Minera Los Pelambres. En: DARIO CORREA, H., RODRIGUEZ I. (Eds.) Encrucijadas ambientales en América Latina. Santiago, Universidad para la Paz, 2005, p. 136.

¹³⁵ Ibid, p. 136.

III) CUESTIONAMIENTOS JURÍDICOS.

A. Ley Indígena

Además de ser un área protegida por diversas normas legales, el Parque Nacional Lauca es también el territorio de la mayor parte de las comunidades indígenas aymarás rurales, las cuales habitan estas tierras desde tiempos inmemoriales.

El artículo 1º de la Ley Indígena prescribe que la tierra es el fundamento principal de la existencia y cultura de las etnias indígenas que componen nuestro país, descendientes de las agrupaciones humanas que existen en el territorio desde tiempos precolombinos, generando deberes para la sociedad en general y el Estado de respeto y protección de las garantías concedidas a estas comunidades, dentro de las cuales se encuentran las tierras. Justamente, las comunidades indígenas aymarás del altiplano andino que habitan esta zona en conflicto, tienen una especial relación con su territorio tal como se explicó en el punto anterior, representando estas tierras su forma de vida y sentir, la cual además les entrega lo necesario para la subsistencia de estos pastores de camélidos y pequeños productores.

Inserto en el tema de las tierras indígenas, el título II de esta ley, trata del reconocimiento, protección y desarrollo de éstas, otorgándoles tratamiento especial en cuanto su adquisición y protección particular respecto de acciones de terceros.

Además, dentro de las disposiciones particulares que especifica la ley indígena para las etnias indígenas, el artículo 64 entrega una protección especial a las aguas de las comunidades atacameñas y aymarás, *considerándolas bienes de propiedad y uso* de la comunidad indígena establecida por esta ley, tales como ríos, canales, acequias y vertientes. Todo esto, sin perjuicio de los derechos que terceros hayan inscrito de conformidad al Código de Agua. Declara además en su inciso segundo, que no se deberán otorgar nuevos derechos de agua sobre lagos, charcos, vertientes, ríos y otros acuíferos que surten a las aguas de propiedad de varias comunidades indígenas establecidas por la ley, sin garantizar en forma previa, el normal abastecimiento de aguas a las comunidades afectadas.

La expresión utilizada en esta norma de que “serán considerados bienes de propiedad y uso de la Comunidad Indígena”, es controvertida en cuanto a su interpretación, respecto a si se refiere al dominio sobre las aguas como bien apropiable o si se refiere al dominio sobre los derechos de aprovechamiento de aguas. A nuestro entender, de la mera lectura de la norma, la lógica nos guiaría a concluir que la norma se refiere a un caso de aguas de dominio privado de las comunidades indígenas constituidas en conformidad con la ley, respecto de aguas que se encuentren en tierras de dominio de las comunidades, ya que la normativa que señala que las aguas son bienes nacionales de uso público está establecida en el artículo 589, inciso 2º del Código Civil, teniendo esta norma rango legal, por lo que el artículo 64 regiría como norma específica por sobre la norma general. Sin embargo, tal como lo expresamos en la letra B, acápite III del Capítulo III de la primera parte de este trabajo, es necesario hacer una interpretación armónica del artículo 64 inciso 1º con el artículo 3 transitorio inciso final, ya que el convenio que la ley manda a celebrar entre la DGA y CONADI tiene como fin proteger los derechos de agua de propiedad ancestral de las comunidades y de las aguas privadas de dominio de éstas.

Respecto de esta norma, es primordial subrayar que el legislador se refiere solo a las comunidades indígenas “establecidas” por esta ley, la cual considera como comunidad indígena, toda agrupación de personas pertenecientes a una misma etnia indígena y que se encuentren en una o más de las siguientes situaciones: i) provengan de un mismo tronco familiar; ii) reconozcan una jefatura tradicional; iii) posean o hayan poseído tierras indígenas en común y, iv) provengan de un mismo poblado antiguo. La constitución de las comunidades indígenas se realiza mediante celebración de asamblea ante ministro de fe, en la cual se aprueban estatutos y se elige directiva. Estas comunidades gozarán de personalidad jurídica con el solo depósito de una copia del acta en las oficinas correspondientes de la CONADI.

Dichas especificaciones de lo que se debe entender por comunidad indígena y los trámites que se deben efectuar para que esta se entienda constituida, no reflejan el concepto real de una comunidad indígena formada en torno a mecanismos propios de agrupación que se han determinado a través del tiempo por estos grupos humanos. Así, se genera una traba para la protección y defensa de los derechos reconocidos en esta ley a los pueblos originarios, limitación que el legislador estableció a partir de ideas occidentales ya internalizadas por este.

Asimismo, al ordenar el artículo 64 que no se deben otorgar nuevos derechos de agua sobre los acuíferos que surten a las aguas de propiedad de comunidades indígenas sin garantizar en forma previa el normal abastecimiento de aguas a las comunidades afectadas, constatamos que en el proyecto de extracción de aguas subterráneas en el Parque Lauca, según observaciones hechas a este por los diferentes actores en la etapa de participación ciudadana, no entrega una garantía a las comunidades indígenas respecto al suministro de aguas en caso que, a través de la extracción de aguas, realmente se genere disminución de los caudales. Escuetamente, el proyecto señala que no existe conexión entre los pozos y el acuífero que alimenta a los bofedales, explicando que si hubiese algún efecto negativo, las labores de extracción se darán por terminadas. Además, dentro de uno de los cuestionamientos indicados, las pruebas de muestreo son insuficientes para determinar los efectos totales en el ecosistema.

La extracción de aguas subterráneas generaría además una contradicción respecto a lo indicado por la ley indígena en su artículo transitorio 3° inciso 2°, en el cual se establece que la CONADI y la Dirección General de Aguas, establecerán un convenio para la protección, constitución y restablecimiento de los derechos de aguas de propiedad ancestral de las comunidades aymarás y atacameñas de conformidad al artículo 64 de la misma ley. Con fecha 30 de mayo de 1997 se suscribe dicho convenio, “el que ha permitido que en la comuna de Arica y Parinacota se hayan regularizado un porcentaje significativo de las aguas a nombre de las personas y comunidades de estas etnias (aymarás y atacameñas). Resulta pues, paradójal que la Corporación y la DGA inicien un proceso de regularización de aguas, casi en su totalidad ubicadas en la precordillera y el altiplano de la provincia de Parinacota y que, por otra parte, se estén extrayendo caudales que abastecen a estas mismas aguas”¹³⁶.

¹³⁶ Ord. 447/98, op. cit. p. 4.

B. Código de Aguas

Según lo ya expuesto en el acápite C.2. del Capítulo III de la primera parte de esta investigación, en el año 1992 se publica la ley N° 19.145, la cual modifica el Código de Aguas respecto de los artículos 58 y 63 para limitar la exploración y explotación de aguas subterráneas de zonas acuíferas que alimentan vegas y bofedales de las Regiones I y II. Como se explicó anteriormente, esta reforma perseguía dos fines, esto es, proteger a las comunidades indígenas que habitan la zona y dependen económicamente de estos acuíferos al dedicarse en su mayoría al pastoreo de camélidos, y la protección del medio ambiente para el resguardo de la biodiversidad existente en la zona.

Así, “en el entendido que el proyecto incide en un acuífero que alimenta vegas y bofedales de la Región de Tarapacá, le es aplicable la prohibición del artículo 63 del Código de Aguas, conforme a la cual no se podrán autorizar nuevas extracciones ni explotaciones salvo que dicha prohibición sea levantada mediante resolución fundada de la Dirección General de Aguas basada en antecedentes técnico que así lo aconsejen”¹³⁷.

Según lo especificado en la Resolución exenta N° 87, el proyecto cuenta con el permiso ambiental sectorial establecido en el Artículo 80 del D.S. N° 95/01 MINSEGPRES (Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental), esto es, autorización para realizar nuevas explotaciones o mayores extracciones de aguas subterráneas que las autorizadas en las zonas de prohibición a las que se refiere el artículo 63 del Código de Aguas.

La controversia que se genera con esta norma en el marco del proyecto, se refiere a que existiendo la prohibición de nuevas extracciones y explotaciones de aguas subterráneas, la Dirección General de Aguas concedió este permiso para la realización del proyecto, siendo que no se ha establecido con la certeza que corresponde a la magnitud de las intervenciones, el hecho de que realmente no se vaya a afectar los acuíferos que alimentan vegas y bofedales tal como se ha expresado en los cuestionamientos ambientales. El artículo 64 del Código de Aguas especifica que el procedimiento para alzar la prohibición de explotar es mediante una nueva

¹³⁷ Resolución exenta N° 87, 18 de agosto de 2004, Comisión regional del Medio Ambiente, Región de Tarapacá, considerando 7 letra d, p. 22

resolución de la Dirección General de Aguas sobre la mantención o alzamiento de la prohibición de explotar, a petición justificada de parte, si así lo aconsejan nuevas investigaciones respecto de las características del acuífero. La incertidumbre que se suscita es si realmente hubo una nueva investigación con resultados serios y verídicos según especificaciones técnicas necesarias. Asimismo, es necesario inquirirse si habiéndose planteado la existencia de un fin ambiguo del proyecto, era necesario desproteger nuevamente estas zonas, hecho que justamente quería evitar la reforma del Código de Aguas del año 1992 como se concluye de las Actas legislativas de este proyecto de ley.

C. Garantías Constitucionales

Según las observaciones de la Oficina Conadi Arica, el proyecto de explotación de pozos en el Parque Nacional Lauca irrespeta los derechos fundamentales de las personas indígenas, entre ellos, el derecho de dominio de los propietarios de los terrenos que cobijan las aguas subterráneas, que se pretenden extraer mediante los pozos y es el lugar donde estos últimos se encuentran. “Sabemos que varias comunidades hereditarias como la sucesión Morales, sucesión Yucra y otras, son dueñas de dichos terrenos, y que, en algunos casos, se ha prescindido de su autorización para realizar actividades de exploración. Incluso para efectuar la perforación misma de los pozos, lo que se justificó en algún momento dado el carácter de emergencia que revestía la necesidad de obtener recursos hídricos para mitigar la escasez de este elemento en la ciudad de Arica, pero que sin embargo, hoy carece de todo fundamento, puesto que dicha emergencia ya no existe y las medidas adoptadas en virtud de ella, eran eminentemente transitorias”¹³⁸.

¹³⁸ Ord. 447/98, op. cit. p. 5.

CONCLUSIONES

Nuestro país presenta una diversidad cultural, e inmersos en esta pluralidad, se constata que las formas de conocimiento del entorno de los diferentes grupos, varían de acuerdo a la historia propia de estos. La forma de relacionarse con el espacio de los pueblos originarios, se diferencia de los modos heredados de los conquistadores occidentales, generando un choque cultural dentro de nuestro mismo territorio, haciéndose necesaria una nueva forma de entendimiento que permita satisfacer las necesidades de estos pueblos.

Se ha subrayado en varias ocasiones en nuestra investigación que existe una relación especial entre los pueblos originarios y las tierras en las cuales habitan, ya que estas últimas son vistas como el espacio que posibilita la vida de estas comunidades, otorgándoles los recursos naturales necesarios, elementos que facilitan la subsistencia de estos pueblos, ya sea en un ámbito material como inmaterial o simbólico. Se genera una apropiación material y simbólica del espacio habitado, proceso que denominamos territorialidad. La territorialidad se presenta como un ordenador de la vida social, ya que permite articular la frontera entre individuo y colectividad, contribuye a afianzar la identidad colectiva que se construye en relación con el medio.

Consiguientemente, los territorios de los pueblos originarios, no solo se refieren a un espacio físico habitado, sino que en él se desarrollan relaciones de parentesco, culturales, lingüísticos y políticas. El *etnoterritorio* es soporte central de la identidad y la cultura porque integra concepciones, creencias y prácticas que vinculan a los actores sociales con los antepasados y con el territorio que éstos les legaron. Estos territorios son valorizados por los indígenas, al asignarles un contenido político, económico, social, cultural y religioso.

Dentro de este marco que crea la territorialidad, el título indígena aparece como el antecedente de la adquisición de las tierras de los pueblos originarios, título que se encontraría justificado en la posesión y uso tradicional que han hecho y realizan los pueblos indígenas respecto de sus tierras y los recursos que en ella se encuentran. Planteamos que el título indígena

tiene su fuente en el derecho consuetudinario, siendo este anterior al Estado e indiscutiblemente al derecho estatal impuesto, por ende, no puede ser extinguido unilateralmente sin consentimiento de estos pueblos.

Los pueblos originarios propugnan el respeto por la conexión que existe con sus territorios y de esta forma son entendidas y avaladas a nuestro parecer por la normativa internacional que ha tenido un importante desarrollo en reconocer los derechos de los pueblos indígenas, en especial el derecho al territorio, a la utilización de los recursos que en estos se encuentran y a la libre administración de estas tierras basados en la posesión ancestral de ellas. Además, existen fallos internacionales, en especial en el ámbito interamericano con casos emblemáticos, en los cuales la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido abiertamente estos derechos territoriales, y que basándose en la costumbre, el uso y la posesión de la tierra serían los antecedentes necesarios para que las comunidades indígenas que carezcan de título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento estatal.

Las demandas territoriales indígenas no apuntan hoy en día a la separación total del estado en el cual viven por la obvia inviabilidad de este hecho. Sin embargo, más allá de las reivindicaciones territoriales en el sentido civil de las tierras en las cuales han vivido ancestralmente, estas demandas conllevan el reconocimiento del uso de los recursos naturales que en estas tierras se encuentren, ya que según conceptos indígenas la tierra no es solo el espacio físico, sino que todos aquellos recursos que la componen y permiten la completa subsistencia de estos pueblos.

Se debe entonces tener en cuenta los conceptos de territorio y título ancestral indígena para la comprensión de las reivindicaciones indígenas en todo ámbito, en especial las territoriales, sin enfocarlas desde el prisma de la cultura estatal occidental, intentando el entendimiento de una cultura distinta que habita el mismo territorio pero que tiene distintas necesidades a la población no indígena.

Al mismo tiempo, para las propias comunidades indígenas, se hace importante recuperar y revalorizar el conocimiento y uso de lugares que han sido determinados como sagrados para los pueblos indígenas desde tiempos remotos y lograr así salvaguardarlos de las amenazas que

hoy enfrentan o pueden llegar a enfrentar y además, para poder reclamar derechos territoriales cuyas fronteras las han establecido la historia de estos pueblos.

Trazados estos lineamientos generales de las bases conceptuales a tener en cuenta al momento de trabajar con comunidades indígenas en lo que respecta a sus demandas, en el presente se hace imperioso cumplir con eficiencia con los mandatos de las leyes que nacieron con el fin de protección y que han degenerado por su ineficacia de los organismos estatales en una desprotección de estas comunidades. La efectiva y oportuna labor de la DGA en conjunto a la CONADI en lo relativo a la protección, constitución y restablecimiento de los derechos de aguas de propiedad ancestral de las comunidades aymarás y atacameñas ordenada por la ley, hubiese evitado problemas de dominio sobre estos derechos con terceros.

El pueblo aymará que habita la zona norte altiplánica de Chile, tiene una cosmovisión de especial relación con la naturaleza, de reciprocidad entre esta y la comunidad. En su cosmovisión la madre tierra (Pacha Mama) provee a sus hijos de los requerimientos para la sobrevivencia en un contexto de relaciones de reciprocidad con ofrendas, ritos y ceremonias. Como se señaló en el capítulo precedente, el pueblo aymará concibe los humedales como parte de su universo (Pacha). Por ello estas comunidades demandan respeto a su forma ancestral de vida y de uso de las aguas con base a los fundamentos de su cultura y en especial en cierta parte de la normativa vigente que nació y se formó como ley inspirado en principios de protección de estas comunidades y sus tierras.

Estas comunidades solicitan se respete una forma ancestral de vida y de uso de las aguas con base a los fundamentos de su cultura y en especial en cierta parte de la normativa vigente que nació y se formó como ley inspirado en principios de protección de estas comunidades y sus tierras.

La Ley Indígena reconoce en su artículo 1º que la tierra es el fundamento principal de la existencia y cultura de los pueblos originarios, señalando como deber de la sociedad en general y del Estado en particular, a través de sus instituciones respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades, adoptando las medidas adecuadas para tales fines y proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio

ecológico y propender a su ampliación. Esta norma demuestra que el legislador tuvo como fin al redactar la ley la especial protección de las comunidades indígenas y sus tierras para dejar atrás las vejaciones y olvido sufridos por los pueblos originarios de Chile.

Efectivamente, un proyecto de obras públicas que no tiene la completa seguridad de que sus consecuencias no serán negativas para el hábitat de las comunidades aymarás que habitan el Parque Nacional Lauca, no debe llevarse a cabo por atentar contra los principios generales que inspiraron la ley indígena, la cual protege a un grupo de personas que son parte afectada de dicho proyecto.

Obviar el fundamento que se tuvo a la vista de una normativa, en conjunto a otras normas que tienden al mismo fin, no puede ser una acción de organismo del Estado en forma de Omisión, ya que los entes estatales deben velar por el cumplimiento de las normas y responder en caso de que no lo hagan.

El término del proyecto de extracción de aguas subterráneas del Parque Nacional Lauca, con el desistimiento Ministerios de Obras Públicas, que tomó en cuenta el desacuerdo de las comunidades perjudicadas, plasma a nuestro juicio la forma de relación que debiera existir entre los pueblos originarios y el Estado de una forma institucionalizada: participación en todo momento de los pueblos originarios de toda actividad que pudiese afectar a dichas comunidades, existiendo una fase de estudio de las reales posibilidades de la realización de esta actividad y el perjuicio que se provocaría. Las plataformas se hacen necesarias para la real participación de todos los actores involucrados, creando una fórmula en que la opinión de cada actor tenga el valor suficiente para que pueda generar un contrapeso a la hora de tomar la decisión final, y que esta decisión tenga la seriedad de una resolución administrativa y que no dependa de cambios políticos.

BIBLIOGRAFÍA

- **Investigaciones**

AGUILAR C, G., “El título indígena y su aplicabilidad en el Derecho chileno”. Revista Iut et Praxis. V. 11(1): versión on line, 2005

ALBORNOZ, Patricia. Derecho Indígena y Derecho de Aguas. Tesis (Licenciatura en Derecho). Santiago, Chile. Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho, 2000.

ALEGRIA C., M., LILLOS Z., A., VALDES H., F.. El mercado de aguas: análisis teórico y empírico. En: IV JORNADAS DE DERECHO DE AGUAS: 20 AÑOS DEL CÓDIGO DE AGUAS:. Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho Administrativo Económico, noviembre de 2001.

ALESSANDRI R., Arturo, SOMARRIVA U., Manuel, y VODANOVIC H., ANTONIO. **Derecho civil. Parte Preliminar y Parte General**. 5ª ed. Santiago, Editorial Conosur, 1990.

AYLWIN O., J. y YAÑEZ F., N. Informe en Derecho presentado ante la Excelentísima Corte Suprema en autos caratulados Comunidad atacameña de Toconce con empresa de servicios sanitarios de Antofagasta S.A. 200?.

AYLWIN, J., Peritaje presentado en febrero de 2005 ante Iltma. Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Comunidad Indígena Yakye Axa del pueblo Exnet-Lengua contra el Estado de Paraguay

BARABAS, A.M., “La territorialidad simbólica y los derechos territoriales indígenas: reflexiones para el Estado pluriétnico”. Alteridades, No 27, Enero – Junio 2004.

BARROS VAN H. A., “Crónica de una etnia anunciada: Nuevas perspectivas de investigación a 10 años de vigencia de Ley Indígena en San Pedro de Atacama”. Revista Estudios atacameños, N° 27, 2004.

BECCAR, L., BOELEN, R., Y HOOGEN, P., Derechos de Agua y acción colectiva en el riego comunitario. En: BOELEN, R., Y HOOGEN, P. (Eds.) **Derechos de Agua y acción colectiva**. Lima, Instituto de Estudios Peruanos, 2001.

BELLO A. **Etnicidad y ciudadanía en América Latina**. Santiago, CEPAL, 2004.

BENGOA J., **La emergencia indígena en América Latina**. Fondo de Cultura Económica, Santiago, 2000.

BRAVO, Patricia, AEDO, Maria Paz, LARRAIN, Sara. **Agua: ¿Dónde esta y de quien es?** Santiago, Lom Ediciones, 2004.

CASTRO L., Milka. “Agua, derecho y cultura en los Andes del Norte de Chile. Un enfoque desde la antropología jurídica”. Revista Chungara. 29(1), 1997.

CASTRO L., Milka. Derecho, Territorio y Pastoreo Trashumántico. En: XIV CONGRESO INTERNACIONAL DE CIENCIAS ETNOLÓGICAS Y ANTROPOLÓGICAS, Williamsburg, Virginia. 26 Julio-1 Agosto, 1998.

CASTRO L., Milka.. La cuestión indígena: ¿hacia territorios como base cultural o identidad sin territorio. Actas del Tercer Congreso Chileno de Antropología, Temuco, 9-13 Noviembre 1998, Colegio de Antropólogos, Santiago. Tomo II, 1998.

CASTRO L., Milka. “El agua en derecho consuetudinario de aymarás y atacameños en el norte de Chile”. Revista de Derecho Administrativo económico de Recursos naturales, 3 (2), Facultad de Derecho de Pontificia Universidad Católica de Chile, 2001.

CUADRA LIZANA, Manuel. “La protección de las zonas de vegas y bofedales del Norte de Chile: una perspectiva indígena”. Revista de Derecho Administrativo económico de Recursos naturales, 3 (2) Facultad de Derecho de Pontificia Universidad Católica de Chile, 2001.

DAES, E.I., Relatora especial de la ONU. Las Poblaciones Indígenas y su relación con la tierra. Informe Final, Consejo Económico y Social Naciones Unidas, Comisión de derechos humanos, E/CN.4/Sub.2/2001/21, 2001.

DOUGNAC RODRIGUEZ, A. **Manual de Historia de Derecho Indiano**. 2ª ed. México, McGraw- Hill, 1998.

GENTES, I. **Derecho al agua de los pueblos indígenas en América Latina**. Santiago, CEPAL, División de Recursos Naturales, 2001.

GENTES, I. Derecho de Aguas y Derecho Indígena.- Hacia un reconocimiento estructural de la gestión indígena del agua en las legislaciones nacionales de los Países andinos. Documento conceptual para el programa WALIR coordinado por la Universidad de Wageningen, Países Bajos y las Naciones Unidas-CEPAL, Santiago de Chile, 2001.

GETCHES D. Derechos de los pueblos indígenas al Agua y Normas Internacionales. Documento conceptual para el programa WALIR coordinado por la Universidad de Wageningen, Países Bajos y las Naciones Unidas-CEPAL. 200?.

GODELIER, M. **Lo material y lo ideal**. Madrid, Taurus, 1990.

HENDRIKS, J. Legislación de aguas y gestión de sistemas hídricos en países de la región andina. Documento de trabajo elaborado en el marco del Proyecto WALIR, 2004.

MOLINA, R., Reconstrucción de los Enoterritorios. En: **Tierra, Territorios y Desarrollo indígena**. Temuco, Ediciones Universidad de la Frontera, 1995.

MUNOZ, R.,. Aproximaciones al Derecho consuetudinario entre los aymará del norte de Chile: vigencia y cambios en áreas altiplánicas. En: ACTAS XII CONGRESO INTERNACIONAL Derecho consuetudinario y pluralismo legal: desafíos en el tercer milenio. Arica, Universidad de Chile y Universidad de Tarapacá, 13-17 de marzo de 2000.

NOGUE, J., **Nacionalismo y territorio**. España, Editorial Milenio, 1998.

PADILLA ORMENO, D., LUNA QUEVEDO, D. Conflictos mineros en Chile: Poder económico versus Poder social, el caso de Minera Los Pelambres. En: DARIO CORREA, H., RODRIGUEZ I. (Eds.) **Encrucijadas ambientales en América Latina**. Santiago, Universidad para la Paz, 2005.

STAVENHAGEN, Rodolfo e ITURRALDE, Diego. **Entre la Ley y la Costumbre: Derecho Consuetudinario en América Latina**, Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de derechos humanos, México, 1990.

STAVENGAHEN, R. Relator especial de ONU. Derechos Humanos y cuestiones indígenas. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Consejo Económico y Social Naciones Unidas, Comisión de derechos humanos, E/CN.4/2002/97, 2002.

STAVENGAHEN, R. Relator especial de ONU. Derechos Humanos y cuestiones indígenas. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, sobre su visita a Chile, Comisión de derechos humanos, E/CN.4/2004/80/Add.3, 2004.

TOLEDO L., V.. Todas las aguas. El subsuelo, las riberas, las tierras. Notas acerca de la (des)protección de los derechos indígenas sobre sus recursos naturales y contribución a una política pública de defensa. [En línea] <http://www.xs4all.nl/-rehue/art/aguas1.html>, 1996.

TRESIERRA, J. C., **Derechos de uso de los recursos naturales por los grupos indígenas en el bosque tropical**. Banco Interamericano de Desarrollo, Washington, USA, 2000.

YANEZ, N., La propiedad ancestral indígena sobre las aguas constituye dominio pleno. El Caso de la comunidad Lickantay de Toconce. En: SEMINARIO INTERNACIONAL Experiencias y métodos de manejo de cuenca y su contribución al desarrollo rural en los Andes: desafíos y oportunidades para lograr mayores impactos, Bogota, Colombia, 8-10 de Noviembre de 2004.

YANEZ, N. y GENTES, I., **Derechos locales sobre las aguas en Chile: Análisis jurídico y político para una estrategia de gestión pertinente en territorios indígenas**. Documento conceptual para el programa WALIR coordinado por la Universidad de Wageningen, Países Bajos y las Naciones Unidas-CEPAL, Santiago de Chile, 2005.

www.conama.cl/portal/1255/article-29181.html

- **Textos Legales tenidos a la vista**

ACTAS LEGISLATIVAS. Modificación del Código de Aguas en lo relativo a la extracción de aguas subterráneas en la I y II regiones del país.

ACTAS LEGISLATIVAS. Proyecto de ley relativo a la protección, fomento y desarrollo de los pueblos indígenas.

Código de Aguas, publicado en Diario Oficial de la Republica de Chile de 5 de Octubre de 1983.

Código Civil, Lexis Nexis, 2005

Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Publicado en Diario Oficial de la Republica de Chile 5 Enero 1991.

Convenio 107 OIT.

Convenio 169 OIT.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, OEA, 1948

D.L. N° 2.568 que modifica Ley 17.729 y radica funciones del Instituto de Desarrollo indígena en el Instituto de Desarrollo Agropecuario, publicado en Diario Oficial de la Republica de Chile de 28 de marzo de 1979.

D.L. N° 2.570, publicado en Diario Oficial de la Republica de Chile de 21 de junio de 1979.

D.S. N° 30 Reglamento del Sistema de evaluación de Impacto Ambiental de 1997, del Ministerio Secretaria General de la Presidencia, que fue modificado por D.S. No 95 de 2001 del mismo Ministerio.

Ley N° 17.729 Establece normas sobre indígenas y tierras indígenas. Transforma la Dirección de Asuntos indígenas en Instituto de Desarrollo indígena. Establece disposiciones judiciales, administrativas y de desarrollo educacional en la materia y modifica o deroga los textos legales que señala, publicada en Diario Oficial de la Republica de Chile de 26 de Septiembre de 1972.

Ley N° 18.362 Crea un Sistema Nacional de Áreas Silvestres protegidas del Estado, publicada en Diario Oficial de la Republica de Chile de 27 de Diciembre de 1984.

Ley N° 19.253 Establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la corporación Nacional de Desarrollo Indígena, publicada en Diario Oficial de la Republica de Chile de 5 de Octubre de 1993.

Ley N° 19.300 Bases Generales del Medio Ambiente, publicada en Diario Oficial de la Republica de Chile de 9 de marzo de 1994.

Ley Orgánica Constitucional N° 18.097 sobre concesiones mineras, publicada en Diario Oficial de la República de Chile de 21 de Enero de 1982.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Publicado en Diario Oficial de la Republica de Chile de 29 De Abril De 1989.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Publicado en Diario Oficial de la Republica de Chile de 27 De Mayo De 1989

Proyecto Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, ONU.

Proyecto Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, OEA.

Resolución DGA No 186 de 11 de marzo de 1996 que establece normas de exploración y explotación de aguas subterráneas.

- **Jurisprudencia tomada a la vista**

Sentencia dictada por la Corte Interamericana De Derechos Humanos, “Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua”, 31 de Agosto de 2001.

Sentencia dictada por la Corte Interamericana De Derechos Humanos “Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay”, 17 de Junio de 2005.

Sentencia dictada por la Excma. Corte Suprema por el recurso de casación en el fondo de autos caratulados “Comunidad Atacameña de Toconce con Empresa de Servicios sanitarios de Antofagasta S.A”. 23 marzo de 2004.

Sentencia dictada por la Excma. Corte Suprema por el recurso de protección de autos caratulados “Comunidad de regantes de Putre con Dirección General de Riego”. 19 de diciembre 1985.

- **Material de expediente CONAMA para análisis Proyecto extracción Parque Nacional Lauca.**

Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto de Explotación de Pozos en Parque Nacional Lauca, publicado en Diario Oficial el 31/07/1998.

Observaciones al Estudio de Impacto Ambiental Explotación de Pozos en el Parque Nacional Lauca, Comisión Aymará de Defensa del Medio Ambiente CADMA, 12 de marzo de 2001.

Ord. 447/98, 14 de octubre de 1998, del Sr. Eduardo Pérez Rodríguez, Jefe Oficina CONADI Arica, dirigido al Sr. Fernando Lagunas J., Director CONAMA Región de Tarapacá.

Reclamación Administrativa a CONAMA de Comunidad Aymará Umirpa, Comunidad Aymará Pakokagua y Sra. Julia Tancara, de 14 de Septiembre de 2004.

Resolución exenta N° 87, 18 de agosto de 2004, Comisión regional del Medio Ambiente, Región de Tarapacá.