

UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS DEL DERECHO



UNIVERSIDAD DE CHILE

**NATURALEZA COLECTIVA, ECOSISTÉMICA Y PLURIDIMENSIONAL DEL
DERECHO DE PROPIEDAD ANCESTRAL SOBRE LAS AGUAS INDÍGENAS EN
CHILE.**

Análisis de la normativa nacional desde la perspectiva de la integridad de los territorios consagrado en el Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo.

Memoria de prueba para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales

Autora:

Ninón Michelle Zalaquett Olmos

Profesora Guía:

Milka Castro Lucic

Santiago, Chile 2022

*

Resumen

El objetivo general de esta Memoria es, desde la epistemología indígena, examinar la naturaleza colectiva, ecosistémica y pluridimensional de la propiedad y posesión de las aguas de los pueblos indígenas en Chile, además de la coherencia o contradicciones con su actual regulación, interpretándola a la luz de los instrumentos internacionales que regulan la materia indígena ratificados por Chile como es el Convenio N°169 de la OIT y complementando con jurisprudencia nacional al respecto. Para ello, se propuso investigar la naturaleza de la protección especial de la propiedad ancestral del agua de los pueblos indígenas en el país y, examinar el alcance efectivo del reconocimiento y protección de la naturaleza colectiva, ecosistémica y multidimensional de la propiedad ancestral del agua, en las comunidades del norte del país, y en las comunidades mapuche del sur de Chile. Para cumplir con estos objetivos se efectuó la comparación y análisis de tres situaciones fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico, sobre el tratamiento de las aguas indígenas; el régimen general de derechos de aprovechamiento de aguas, el régimen especial de propiedad y posesión ancestral sobre las aguas indígenas de las comunidades de pueblos del norte del país, y el régimen de subsidio dado por el Fondo para Tierras y Aguas indígenas de Corporación Nacional de Desarrollo Indígena.

Palabras Clave: aguas indígenas en Chile, propiedad ancestral sobre aguas indígenas, naturaleza colectiva, ecosistémica y pluridimensional, dimensión material y espiritual, derechos consuetudinarios, derechos de aprovechamiento sobre las aguas, cultura hídrica indígena, bienes naturales indígenas.

*

*

Abstract

The general objective of this Report is from indigenous epistemology to examine the collective, ecosystem and multidimensional nature of the ownership and possession of the waters of indigenous peoples in Chile and the coherence or contradictions with its current regulation, interpreting it in the light of the instruments regulations that regulate indigenous matters ratified by Chile, such as Convention No. 169 OIT and complementing national jurisprudence in this regard. To do this, investigate the nature of the special protection of the ancestral property of water of indigenous peoples in the country and, examine the effective scope of the recognition and protection of the collective, ecosystemic and multidimensional nature of the ancestral property of water, in the communities. in the north of the country, and in the Mapuche communities of southern Chile. By comparing and analyzing three fundamental legal situations in our legal system on the treatment of indigenous waters; the general regime of water use rights, the special regime of ancestral ownership and possession of indigenous waters of the communities of peoples in the north of the country and the subsidy regime given by the Fund for Indigenous Lands and Waters of the National Development Corporation Indigenous.

Keys Words: Indigenous water right in Chile, indigenous water right, water consuetudinary rights in Chile, integrated management of water resources. ancestral property over indigenous waters, collective, ecosystem and multidimensional nature, material and spiritual dimension, indigenous culture of water, indigenous natural assets.

*

La relación que tenemos con nuestras tierras, territorios y el agua constituye la base física, cultural y espiritual de nuestra existencia. Esta relación con nuestra Madre Tierra nos obliga a conservar nuestra agua dulce y mares para la supervivencia de las generaciones del presente y del futuro. Asumimos nuestro rol como guardianes, con derechos y responsabilidades, que defienden y garantizan la protección, disponibilidad y pureza del agua. Nos unimos para respetar e implementar nuestros conocimientos y leyes tradicionales; y ejercer nuestro derecho a la libre determinación para preservar el agua y la vida.

Declaración de Kioto de los Pueblos indígenas sobre el Agua

Tercer Foro Mundial del Agua, Japón. (2003)

Contenido

Introducción	7
Capítulo I: La propiedad ancestral sobre las aguas indígenas	11
1. Propiedad ancestral sobre las aguas indígenas; territorio, ancestralidad y cosmovisión, fundada en el derecho propio o local.	12
i) Territorio y Ancestralidad de la propiedad ancestral sobre las aguas indígenas. ..	15
ii) Cosmovisión indígena frente al recurso agua, más allá del valor económico: una relación espiritual y de interdependencia.	18
2. Título declarativo de la propiedad ancestral de las aguas indígenas.	25
Capítulo II: Naturaleza colectiva, ecosistémica y pluridimensional de la propiedad ancestral sobre las aguas indígenas.	28
1. Naturaleza colectiva	29
2. Naturaleza ecosistémica.	31
3. Naturaleza pluridimensional.	36
Capítulo III: Marco normativo internacional sobre protección del derecho ancestral al agua y territorios indígenas. Experiencias comparadas en Constituciones Políticas de Latinoamérica.	40
1. Instrumentos internacionales en relación con la protección de la propiedad ancestral de las aguas y territorios indígenas.	42
2. Protección de las aguas indígenas en la experiencia comparada constitucional latinoamericana.	50
Capítulo IV: Régimen de las Aguas Indígenas en Chile.	58
1. Régimen general establecido en el Código de Aguas de 1981.	59
i) Constitución y Reconocimiento de derechos de aprovechamiento sobre las aguas. 60	
ii) Elementos del derecho de aprovechamiento de aguas del código de 1981.	62
iii) Naturaleza jurídica del Derecho al Agua en Chile; discusión doctrinaria.	64
2. Régimen general de las aguas indígenas; Fondo de Tierras y Aguas indígenas.	67
3. Régimen especial de aguas indígenas: Propiedad Ancestral sobre las aguas de las comunidades indígenas del norte de Chile.	71
Capítulo V: Naturaleza jurídica del derecho de propiedad ancestral de Aymaras, Atacameños y otras comunidades que habitan el norte del país.	76
1. Alcance actual de la propiedad ancestral sobre las aguas del norte	77
2. La paradoja de una situación actual de desprotección	84
Capítulo VI: Propiedad ancestral sobre las aguas de otros pueblos indígenas: el caso de las comunidades del pueblo nación mapuche y la desprotección de sus aguas.	88

1. Naturaleza integral, ecosistémica y sagrada del agua para el pueblo mapuche desde el mapuche kimün.	89
2. Las disputas entorno a la adquisición de los derechos de aprovechamiento de aguas en territorio ancestral mapuche.....	91
3. Conflictos socio-ambientales en territorio ancestral del pueblo nación mapuche.....	95
Capítulo VII: Discusión y conclusiones	99
ANEXO	105

Introducción

El Agua es uno de los bienes naturales más valorados por las comunidades humanas debido a que es esencial para el surgimiento de la vida y la reproducción de seres vivos en una relación interdependiente y simbiótica con el medioambiente.¹ Para los pueblos originarios o pueblos indígenas, el uso sobre el agua también es y ha sido fundamental para su asentamiento y desarrollo de la vida social, cultural y económica en los diversos hábitats o territorios.²

A pesar de su importancia vital, el marco jurídico chileno actual entorno al agua³, se basa en la privatización de este bien, mediante la entrega de concesiones gratuitas a particulares por parte del Estado, a perpetuidad y con independencia de la propiedad sobre el suelo por donde escurre, de este modo la distribución del bien natural es entregada al mercado.⁴ Esta concepción del agua como recurso natural privatizable es contradictoria con la visión integral del agua de los pueblos indígenas y entra en tensión con el excepcional reconocimiento de la propiedad ancestral sobre aguas indígenas del norte del país y con los derechos sobre las aguas de los demás pueblos que no tienen ese nivel de protección.

Si bien, cada pueblo tiene su forma de entender el mundo, las epistemologías o cosmovisiones indígenas del Abya Yala⁵ revisten una matriz cultural común basada en la ciclicidad del tiempo, la agricultura de subsistencia gestionada por saberes tradicionales, el enraizamiento en un territorio-cuerpo donde reside su memoria y, el reconocimiento de sujetos no humanos relacionados a los elementos de la naturaleza, donde incluso minerales, plantas, animales, ríos y bosques pueden ser portadores de conocimiento.⁶

¹ YAÑEZ N. y MOLINA R., Las aguas indígenas en Chile, Santiago de Chile: LOM Ediciones, 2011, p. 13

² Ibid., p. 13.

³ Marco jurídico establecido durante los inicios de la dictadura de A. Pinochet por el DFL N°2.603 (1979) y luego consolidada por el Código de Aguas de 1981 y la Constitución de 1980.

⁴ GUERRA, F., Resolución de disputas de los conflictos en torno al agua en Chile: Una respuesta institucional múltiple. Revista de Derecho Ambiental, IV, 6, 2016, Universidad de Chile, Santiago de Chile. p. 206-207

⁵ Abya Yala es una denominación del pueblo Kuna para referirse al continente americano previo a la llegada de los colonizadores europeos. Único pueblo que se conoce que dentro de su lenguaje tenga una forma de significar a todo el continente. Según Francisca Gargallo (2014) el hecho de que habitaran en los archipiélagos de Panamá, al poder visibilizar desde su geografía el norte y sur, haya sido probablemente la razón del surgimiento del concepto. En TAPIA G., AIMÉ, Mujeres indígenas en defensa de la tierra, Ediciones Cátedra, Madrid, 2018, p.1-23

⁶ TAPIA G., AIMÉ, Mujeres indígenas en defensa de la tierra, Ediciones Cátedra, Madrid, 2018, capítulo 1.

Es así, como en el caso de los pueblos andinos carece de sentido la separación del agua del ambiente. En efecto, considerarla separada de los demás elementos (o seres vivos) como de la naturaleza, la sociedad y las deidades, atenta con su visión holística del entorno, la cual se expresa en la reciprocidad entre los diferentes miembros de una comunidad, lo que implica que su uso no puede ser desligado de la tierra ni de los tipos de suelos, como tampoco del clima, de los cultivos, de las plantas, de los árboles, de los animales, etc., y asimismo del entorno social y religioso.⁷ Concepción muy similar a la de otros pueblos que habitan el territorio chileno como el caso del pueblo Mapuche para quienes las aguas son sagradas y, conscientes de su ciclicidad vinculan el agua dulce con el mar⁸, donde este último surge como un espacio territorial *lafkenmapu*.⁹

A lo largo de este trabajo, se verá que los pueblos indígenas en Chile al igual como se ha demostrado en otros territorios, tienen derechos, responsabilidades y obligaciones según sus normas consuetudinarias, tradiciones, protocolos y costumbres para proteger, conservar y mantener las aguas y los ecosistemas en su estado natural para asegurar la sostenibilidad de todo el medio ambiente.¹⁰ El objetivo es investigar a la luz de la normativa vigente la naturaleza de la protección de la propiedad ancestral del agua de los pueblos indígenas en el país y, examinar el alcance efectivo del reconocimiento y protección de la naturaleza colectiva, ecosistémica y multidimensional de la propiedad ancestral del agua, de los pueblos indígenas del norte y sur de Chile.

En el **primer capítulo** de este trabajo, se revisan referencias bibliográficas sobre la propiedad ancestral que constituyen la gestión y cosmovisión indígena entorno a los usos del agua. Considerando la integridad territorial en que las identidades colectivas se van construyendo en función de prácticas determinadas en un espacio, vinculadas en experiencias paisajistas,

⁷ GRESLOU, FRANCISCO (1990), Visión andina y sus usos campesinos del agua. En. Greslou, Francisco, Beat Dietschy, Paul Gelles y Bea Coolman, Agua: Visión andina y usos campesinos, Ed. HISbol, La Paz, Bolivia, 1990, p.9-74

⁸ TOLEDO LLANCAQUEO, V., Todas las Aguas: El Subsuelo, Las Riberas, Las Tierras, Anuario LIWEN, N°3, Temuco 1997.

⁹ ALVEZ M., AMAYA, Pueblos originarios y el uso de los recursos naturales marinos: desafíos que presenta Canadá como modelo de derecho comparado, Revista de Derecho Universidad de Concepción N°233-235, año LXXXI, 2013, p.31-53

¹⁰ BARBER, Marcus y JACKSON, Sue, Indigenous Water Values and Water Planning in The Upper Roper River, Northern Territory, 2011, p.62. Consulta en línea [12/09/2020] <https://publications.csiro.au/rpr/download?pid=csiro:EP116824&dsid=DS3>

en las que, la relación con el agua toma un valor estratégico en la construcción de sus simbolismos y relaciones recíprocas.¹¹ La ancestralidad define la naturaleza del reconocimiento de esta propiedad como un título declarativo, que constata una situación de hecho sobre la gestión y cultura hídrica indígena, cuestión excepcional para el régimen de propiedad privada que rige el agua en Chile.

A partir de la consideración, de la cosmovisión y prácticas consuetudinarias como origen y contenido del derecho de propiedad ancestral sobre las aguas, **en el segundo capítulo** se relevan tres pilares fundamentales para entender la naturaleza o elementos esenciales que pertenecen a este vínculo, la propiedad ancestral sobre las aguas indígenas tiene la naturaleza jurídica de ser un derecho colectivo, de importancia ecosistémica y pluridimensional. Esto obedece a que entre los pueblos y/o comunidades indígenas, el vínculo ancestral con el agua reviste una dimensión colectiva que no niega su faceta individual, pero que es clave para el funcionamiento del sistema indígena.¹² Este sistema, adquiere además una característica multidimensional o pluridimensional, porque contiene al menos dos aspectos importantes, uno, material (tangible) y otro inmaterial (intangibles)¹³ los que, a su vez, según su hábitat y cultura pueden tener diferentes contenidos o valores. Y finalmente, se sostiene que es un derecho de naturaleza ecosistémica, debido la conciencia que poseen los pueblos del agua, como un bien natural, fundamental para la preservación y subsistencia tanto de sistemas naturales como de su cultura e identidad.

Se abordará **en el tercer capítulo** la forma en que esta particular relación, ha sido considerada en los instrumentos internacionales¹⁴, particularmente por la obligación que tienen los Estados de garantizar debidamente el goce del derecho a los recursos, según la manera que significan para las comunidades, es decir desde la *integridad del territorio* en los términos

¹¹SKEWES, Juan Carlos, et al., Los paisajes del agua naturaleza e identidad en la cuenca del Río Valdivia, Revista de Antropología Chilena Volumen 44, N.º 2, 2012, Chungará, p. 300

¹² BUOB CONCHA, Luis Carlos (2003). En: Algunas reflexiones para la protección del derecho al agua de los pueblos indígenas ante el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, Revista IIDH, Vol. 57, p 146. Consulta en línea [22/08/2021] <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32272.pdf>

¹³ CASTRO LUCIC, M., et. al., Cultura hídrica: un caso en Chile, Departamento Antropología de la Universidad de Chile, La Habana, Cuba: Oficina Regional de Cultura para América Latina y el Caribe – ORCALC, 1982.

¹⁴ Los principales instrumentos internacionales que reconocen la especial relación de los pueblos indígenas con sus territorios y recursos son; Convenio N°169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (1989), Declaración de las Naciones unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (2007), Resoluciones de Relator indígena de las Naciones Unidas y Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

del Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo. Esto, ha incentivado el hecho de que algunos países procuren recoger esta visión integral del recurso agua. Una segunda parte de este apartado expone algunas experiencias comparadas entorno a la adopción de la integridad del agua en Constituciones de Latinoamérica.

En el **cuarto capítulo** se analiza la regulación sobre las aguas indígenas vigente en Chile, desde la base de la regulación general impuesta por el Código de Aguas actual y la inclinación al mercado, toda vez que el derecho real de aprovechamiento de aguas general involucra los derechos de aguas indígenas por medio del reconocimiento, de derechos de aprovechamiento consuetudinarios. En cuanto, a la regulación de las aguas de las comunidades indígenas, la Ley N° 19.253 de Protección, Fomento y Desarrollo Indígena (1993) (en adelante Ley Indígena) además de proteger la identidad, cultura y cosmovisión indígenas, consagra la protección de las *aguas de propiedad ancestral* de solo dos pueblos indígenas del norte del país, estableciendo como un deber por parte de las autoridades administrativas competentes, la “protección, constitución y restablecimiento de los derechos de aguas de propiedad ancestral de las comunidades aimaras y atacameñas.”¹⁵ Es así, como los otros pueblos indígenas reconocidos por la misma ley¹⁶, quedan excluidos de esta protección. La compensación, se encontraría en la creación de un Fondo de Tierras y Aguas Indígenas (en adelante el Fondo) de aplicación general, destinado a la constitución, regularización o compra de derechos de agua para las diez comunidades indígenas reconocidas.¹⁷ Esta regulación, no se aparta del todo del régimen general de aguas, donde los derechos de aprovechamiento como derecho real¹⁸, independiente de la propiedad de la tierra por donde escurre, sujeto al régimen de propiedad privada y “orientado al libre mercado y a la inversión empresarial, con

¹⁵ MINISTERIO de Planificación y Cooperación. Ley N°19.253 de Protección, Fomento y Desarrollo Indígena, Disposiciones Transitorias, Artículo 3°.

¹⁶ MINISTERIO de Planificación y Cooperación. Ley N°19.253 de Protección, Fomento y Desarrollo Indígena, Artículo 1°, inciso segundo “*El Estado reconoce como principales etnias indígenas de Chile a: la Mapuche, Aimara, Rapa Nui o Pascuenses, la de las comunidades Atacameñas, Quechuas, Collas, Diaguita y Changos del norte del país, las comunidades Kawashkar o Alacalufe y Yámana o Yagán de los canales australes. El Estado valora su existencia por ser parte esencial de las raíces de la Nación chilena, así como su integridad y desarrollo, de acuerdo a sus costumbres y valores.*” Actualmente se encuentra en tramitación el Proyecto de Ley que incluye al pueblo selknam en la lista de pueblos originarios de la ley N° 19.253 de Protección, Fomento y Desarrollo Indígena, Boletín 13189-06, ingresado 13 enero 2020, cámara de origen Senado.

¹⁷ MINISTERIO de Planificación y Cooperación. Ley N°19.253 de Protección, Fomento y Desarrollo Indígena, 1993, Artículo 20°

¹⁸ MINISTERIO de Justicia, Código de Aguas, D.F.L. N° 1.122, Chile, 1981, Artículo 6°.

mínimas restricciones a la explotación de los recursos hídricos”¹⁹ entran en tensión con las características especiales de las aguas indígenas y la normativa internacional que la protege. En los capítulos quinto y sexto se desarrolla la naturaleza colectiva, ecosistémica y pluridimensional de la propiedad ancestral, sobre las aguas de los pueblos indígenas del norte del país, y la propiedad sobre las aguas del pueblo mapuche revisando el alcance y los efectos prácticos que la regulación actual genera. Esto, nos permitirá concluir si la regulación actual permite proteger de manera integral el derecho de propiedad ancestral al agua indígena en Chile.

Capítulo I: La propiedad ancestral sobre las aguas indígenas

La importancia del agua ha sido reconocida por Naciones Unidas, especialmente en la declaración del Decenio del Agua Fuente de Vida 2005-2015²⁰. Sin embargo, a pesar de ello, actualmente la distribución del uso no es equitativa para todas las personas. El informe Mundial de Las Naciones Unidas sobre el Desarrollo de los Recursos hídricos, ha observado los bajos niveles en acceso al agua y a los servicios de saneamiento por los pueblos indígenas y señala que para avanzar hacia la inclusión y cumplimiento de derechos humanos es necesario valorar sus conocimientos ancestrales reconociendo la administración de sus tierras y aguas.²¹

Hasta el día de hoy, este recurso continúa siendo de importancia vital para los pueblos indígenas en tres zonas del país. En el norte, desde la región de Arica y Parinacota hasta la cuenca del río Huasco, en el extremo sur de la región de Atacama; en el sur, desde el río Bío-Bío hasta archipiélago de Chiloé²²: y en el extremo sur, en las tierras australes del país. No obstante, el régimen general de propiedad sobre el agua en el país, no sólo ha permitido una

¹⁹ CUADRA Manuel, Teoría y práctica de los derechos ancestrales de agua de las comunidades atacameñas. En: Estudios Atacameños N° 19 – 2000, p.94

²⁰ NACIONES UNIDAS, Resolución N°58/217, Decenio Internacional para la Acción: El agua, fuente de vida, 2005-2015.

²¹ UNESCO, Informe Mundial de las Naciones Unidas sobre el desarrollo de los recursos hídricos 2019: No dejar a nadie atrás, Ginebra, 2019, p.3

²² YAÑEZ N. y MOLINA R. (2011). Ob. Cit., p. 17.

distribución desigual, también ha invisibilizado los conocimientos ancestrales de la gestión del recurso.

Sin duda, el agua y su gestión es importante para todas las civilizaciones. En relación con la naturaleza del recurso agua en general, Bauer plantea que siendo un elemento “[...]vital para la supervivencia biológica y una amplia gama de actividades económicas y sociales. Su fluidez y sus propiedades cinéticas vinculan a diferentes ecosistemas, a la vez que resulta difícil captarla y conservarla”²³, constituyendo un problema para la estructura de los regímenes de propiedad privada. Actualmente, el agua se encuentra circunscrita en un régimen privatizador, donde la propiedad ancestral sobre las aguas indígenas aparece como una especie de excepción a la regla general, como un título meramente declarativo que viene a reconocer las prácticas consuetudinarias en torno a las aguas indígenas como fundamento de la propiedad.

En este capítulo, se analizará el concepto de propiedad ancestral sobre las aguas indígenas, sus fundamentos radicados en el territorio, ancestralidad y cosmovisión así como también la relación con la figura occidental de título de dominio.

1. Propiedad ancestral sobre las aguas indígenas; territorio, ancestralidad y cosmovisión, fundada en el derecho propio o local.

La propiedad ancestral sobre las aguas indígenas es el término que se utiliza a lo largo de esta memoria para referir al derecho de propiedad y uso de los pueblos indígenas sobre las aguas que cursan su territorio. Esta concepción se encuentra expresamente en la Ley Indígena N°19.253, únicamente respecto de la propiedad que tienen los pueblos indígenas del norte del país, sobre las aguas que se encuentran dentro de su territorio.

Se verá que el concepto de propiedad ancestral sobre las aguas, se encuentra íntimamente ligado con los conceptos de “territorio indígena o ancestral”, “propiedad indígena sobre

²³ BAUER, C., Régimen jurídico del agua: experiencia de Estados Unidos. En: Revista de la CEPAL N°49, 1993, p. 78.

tierras indígenas” y “título indígena” toda vez que es el acceso a la tierra lo que permite el uso de los recursos en ella, como es el agua. Si bien, esta memoria no está centrada en la regulación de las tierras indígenas, sino de las aguas específicamente, se puede advertir que en la concepción occidental de la propiedad sobre la tierra, es un derecho civil absoluto, exclusivo, permanente e individual, que difiere notablemente de la concepción de propiedad ancestral territorial donde se vincula al pueblo, al derecho colectivo, más que al individuo, aun cuando persiste el poder de ser exclusivo, absoluto y permanente.²⁴ Es de hecho, la libre disposición sobre la tierra indígena, la característica que no es posible al entender el territorio como espacio político, obligando a incorporar en la reivindicación territorial indígena la garantía de inalienabilidad e inembargabilidad como excepciones, puesto que son incompatibles con la esencia de la institución de la propiedad privada, y que de otra forma pondría en riesgo a la propiedad indígena sobre la tierra.²⁵

En el caso del agua, la propiedad ancestral indígena, es inseparable del territorio y de la cultura de los pueblos indígenas²⁶ ya que encuentra su expresión, en un conjunto de relaciones culturales y sociales en torno al uso y gestión del agua, basado en su cosmovisión o forma de entender el mundo, dando origen a un derecho consuetudinario. Para la literatura jurídica y antropológica anglosajona más tradicional, el derecho consuetudinario se ha entendido como aquel que es “preexistente a las normas codificadas, por ende, no escritas, en íntima relación con la costumbre e interdependiente de otras dimensiones sociales”²⁷, también “es el derecho propio de los pueblos, las costumbres, y ello se da en un espacio geográfico reconocido por el pueblo como su territorio”²⁸. La idea misma de este derecho, ha señalado Stavenhagen “surge en el momento en que las sociedades europeas establecen

²⁴ GARCÍA HIERRO P., Territorios indígenas: Tocando las puertas del derecho, Revista de Indias vol. LXI, núm. 223, 2001, p.622

²⁵ GARCÍA HIERRO P. (2001), Ob. Cit., p. 623

²⁶ CASTRO LUCIC, M., El Agua en derecho consuetudinario de Aymaras y Atacameños del Norte de Chile, Actas III Jornadas de derecho de Aguas, Revista de Derecho Administrativo Económico de Recursos Naturales, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. III N° 2, 2001. p.352

²⁷ BERGH (1986), En URTEAGA, P., El Derecho colectivo al agua. En URTEAGA, P. y BOELEN, R., Derechos colectivos y políticas hídricas en la Región Andina, Instituto de Estudios Peruanos, WALIR, 2006, p. 128

²⁸ CASTRO LUCIC M., et. al., El derecho consuetudinario en la gestión del riego en Chiapa. Las aguas del “Tata Jachura”, Facultad Derecho universidad de Chile, Fundación Konrad Adeunauer, 2017, Chile, p.137

su dominio colonial sobre pueblos no occidentales y tratan de imponer su propio derecho a los pueblos sometidos”²⁹, expresando una tensión de poder. En ese sentido, la concepción de derecho propio como un derecho “tradicional” o antiguo, amerita una explicación, pues si bien son preexistentes, conllevan el dinamismo propio de la cultura, y de los intercambios a consecuencia de la resistencia de los pueblos frente a los Estados, resultando más adecuada la denominación de *derecho local*³⁰ o *derecho propio*. En el proceso de creación de las normas que conforman el derecho propio, confluyen distintos factores: elementos socioculturales y políticos que a su vez dependen de diversas interacciones con otros grupos o con el Estado, la historia local, las necesidades, carencias y abundancia de recursos naturales, el nivel de autonomía respecto de los mismos, como también de las relaciones sociales internas.³¹ Es, en definitiva, un derecho dinámico, pero con una fuerte raigambre ancestral.

Ahora bien, Patricia Urteaga plantea la existencia de diversos sistemas normativos que regulan la propiedad y gestión del agua, basándose en co-existencia de los derechos colectivos al agua de los pueblos indígenas con diversos usuarios de aguas -como campesinos, pequeños emprendedores, o grandes industrias extractivas, donde cada grupo constituye derechos colectivos sobre el agua esto es, un conjunto de derechos y obligaciones, modos de gestión e infraestructura que son compartidas por una colectividad- vinculada a determinada fuente o cauce -, los cuales implican derechos sobre un sistema o sistemas de diversos usos entorno al agua, siendo el riego el más claro ejemplo, pero no el único.³² Resultando al parecer de la autora, más adecuado analizar la gestión de las aguas desde el enfoque del pluralismo jurídico³³, cuestión a la que no se asocia esta memoria, ya que sólo se refiere a los usuarios indígenas, aun cuando aquella perspectiva sirve igualmente para

²⁹ Stavenhagen (1990). En CASTRO LUCIC M. et. al. (2017), Ob. Cit., p. 96

³⁰ URTEAGA, P., El Derecho colectivo al agua. En URTEAGA, P. y BOELEN, R., Derechos colectivos y políticas hídricas en la Región Andina, Instituto de Estudios Peruanos, WALIR, 2006, p. 128-129

³¹ Ibid. p.129

³² URTEAGA, P. (2006), Ob. Cit., p. 148

³³ Patricia Urteaga señala que la realidad de la gestión en torno al agua ofrece una variedad infinita de organizaciones de agua, expresado en una multiplicidad de derechos colectivos e individuales sobre el recurso, la cual se enfrenta tanto a la legalidad del estado como al mercado, de modo que la coexistencia de múltiples ordenes legales en un mismo ámbito social se ha denominado pluralidad legal o pluralismo jurídico. URTEAGA, P. (2006), Ob. Cit., p. 120-121

comprender las peculiaridades entre diversas culturas hídricas indígenas. En los siguientes apartados de este sub capítulo, se ilustra que en el caso de los derechos propios de los pueblos indígenas sobre sus aguas, tienen características específicas que los diferencian del resto de los usuarios como son el vínculo inseparable con el territorio basado en la memoria ancestral, el carácter meramente declarativo de los títulos de dominio sobre las aguas y los diversos valores que le otorgan en función de sus cosmovisiones.

i) Territorio y Ancestralidad de la propiedad ancestral sobre las aguas indígenas.

Como se ha señalado en los párrafos precedentes, la propiedad ancestral sobre las aguas se encuentra ligada a un hábitat de un pueblo. Para García Hierro “[...]esta relación pueblo-hábitat, no es exactamente la relación privada que define la propiedad. Estamos ante un hábitat demarcado por la historia de un pueblo, y no tanto por hitos físicos, una unidad indivisible en su esencia (aunque dividida en usos en la práctica social interna), que define una relación religiosa a veces, espiritual siempre, un patrimonio indisponible, transgeneracional: es por eso que los pueblos indígenas han reivindicado el concepto de territorio como el más apropiado para definir esa peculiar relación.”³⁴ En esa misma línea, tierra, animales, plantas, agua y otras dimensiones espirituales, están firmemente interrelacionados entre sí, formando una unidad física y política de territorialidad. En otras palabras, para los pueblos indígenas “el territorio corresponde más bien a ese concepto de derecho político, que al concepto que emana del derecho civil; al margen de cómo se regule la tenencia de tierras a nivel interno, cada pueblo necesita que se respete su territorio íntegramente.”³⁵

Esta concepción, es coincidente con lo señalado por los instrumentos internacionales. El artículo 13 del Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante el Convenio) se refiere a territorio indígena en tanto hábitat, concepción también aplicada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte Interamericana) en diversos fallos y por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la

³⁴ GARCÍA HIERRO P. (2001), Ob. Cit., P.625

³⁵ Ibid. p. 623

Comisión), aun cuando no han aplicado explícitamente el Convenio, sino más bien utilizado, en algunos casos, como criterio de interpretación, lo que se revisará en el capítulo II. En esta misma línea, García Hierro refiriendo a la integridad territorial, plantea que esta es “consustancial a la función económica, a la condición ecológica, a la percepción subjetiva del sujeto del derecho y a la propia naturaleza física del bien. Cualquier alteración de esa integridad, modifica la naturaleza propia del territorio y desvirtúa la calidad del derecho reconocido a los pueblos indígenas.”³⁶

Las primeras instancias internacionales, en relación a la gestión del agua, como El Foro Mundial de Agua organizado por el Consejo Mundial del Agua (World Water Council), develan la tensión entre estas dos visiones en torno al agua. Por una parte, la visión de bien económico separado del agua y por otra como un bien natural parte inherente al territorio. Cabe señalar, que aquellos foros son instancias que predomina la representación de los estados y grupos de poder o económicos donde la participación indígenas es mínima, han dejado en evidencia que predomina un enfoque en torno al agua como un bien económico bajo la convicción de que el precio para sus diversos usos, evita el uso indiscriminado y perjudicial para el medio ambiente.³⁷ Durante el segundo Foro en La Haya (2002), respecto de las aguas indígenas, se concluyó que “sus sistemas de valores, conocimientos y las prácticas únicas han sido ignoradas en los procesos de visión de los recursos del agua”³⁸. En el Tercer Foro Mundial del Agua, en Kyoto (2003), enfatizó en el aspecto territorial-político del agua indígena, siendo parte del territorio, precisaron en qué consiste el derecho al agua indígena y su relación con la libre determinación;

“Nosotros, los Pueblos Indígenas tenemos el derecho a la libre determinación. En virtud de lo mismo, tenemos el derecho al libre ejercicio de la plena autoridad y control sobre nuestros recursos naturales, lo que incluye el agua. También nos

³⁶ Ibid. p. 631

³⁷ TAULI CORPUZ, VICTORIA, Los pueblos indígenas y los debates internacionales sobre el agua: Reflexiones y desafíos. En BOELEN R., NAKASHIMA D. Y CHIBA M., El agua y los pueblos indígenas, UNESCO, 2007, p. 28

³⁸ Segundo Foro Mundial del Agua realizado en La Haya en el año 2000, Informe de la sesión El Agua y las Poblaciones Indígenas organizada por la UNESCO, En BOELEN R., NAKASHIMA D. Y CHIBA M., El agua y los pueblos indígenas, UNESCO, 2007, p. 12

referimos a nuestro derecho a la soberanía permanente en relación con todos estos recursos naturales. [...] 11. La libre determinación incluye la práctica de nuestras relaciones culturales y espirituales con el agua y el ejercicio de nuestra autoridad de gobernar, usar, gestionar, regular, recuperar, conservar, mejorar y renovar nuestras fuentes de agua, sin interferencia.”³⁹

La presencia del pueblo indígena sobre determinado territorio, conlleva el derecho de propiedad sobre las aguas, como derecho ancestral, es decir, su origen es a lo menos, anterior al surgimiento de los Estados Nación. Para Cuadra Lizana, la ancestralidad de estos derechos de agua se caracteriza principalmente por la concurrencia de los siguientes elementos; i) se ejercitan en el ámbito territorial de la comunidad, ii) con un uso consuetudinario desde tiempos inmemoriales, iii) la comunidad utiliza las aguas, ya sea para pastoreo o la agricultura, pudiendo acreditarse esta última, con algún tipo de obra hidráulica (generalmente de construcción y/o tecnologías prehispánicas).⁴⁰

Sobre los fundamentos de los derechos de propiedad territorial de los pueblos indígenas, la Corte Interamericana ha señalado que “derivan del uso y la ocupación de larga data [...] anterior a la colonización europea y se extiende al uso de tierra y sus recursos”⁴¹; y previene que, no necesariamente, esta continuidad histórica se vincula a un solo lugar, pudiendo existir movimientos en los lugares de asentamiento a lo largo de su historia⁴², sea de manera voluntaria o involuntaria, producto de las adaptaciones culturales y estrategias de resistencia, lo cual no obsta la relación fundamental que mantienen con el territorio ancestral y la protección a los derechos que derivan de allí.⁴³ En efecto, el traslado forzado generaría un *desarraigo*, que afectaría tanto “la conservación de la identidad e integridad cultural de las comunidades y pueblos ancestrales americanos” como “el especial vínculo cultural y

³⁹ Declaración de Kyoto de los pueblos indígenas sobre el agua. Tercer foro mundial del agua, Kyoto, Japón. Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, 2003, pág. 10 y 11.

⁴⁰ CUADRA, MANUEL (2000), Ob. Cit., p. 80

⁴¹ CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 127.

⁴² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua

⁴³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Derechos De Los Pueblos Indígenas Y Tribales Sobre Sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales, Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 56/09 (2010), p. 30

espiritual entre las comunidades, sus miembros sus territorios y sus recursos naturales.⁴⁴ No obstante este hecho, la resistencia permanente que los pueblos han podido sostener frente a los procesos de “occidentalización”, ha hecho posible la conservación de sus culturas o parte de ellas; este es el caso de la cultura en torno al agua, y con ello el conocimiento que ha ido transmitiéndose oralmente de generación en generación.⁴⁵

Es así, como la concepción integral del territorio como un todo, “es consustancial a la función económica, a la condición ecológica, a la percepción subjetiva del sujeto del derecho y a la propia naturaleza física del bien. Cualquier alteración de esa integridad modifica la naturaleza propia del territorio y desvirtúa la calidad del derecho reconocido a los pueblos indígenas.”⁴⁶ La ancestralidad y la ocupación del territorio vienen a configurarse como fuentes de la propiedad sobre las aguas indígenas. Por ello, una concepción integral del territorio resulta adecuada para comprender, caracterizar y determinar también la naturaleza colectiva, el valor ecosistémico y pluridimensional de este tipo de propiedad. Y de esta manera, explica que la naturaleza declarativa de los títulos que puedan ser entregados por el Estado para el reconocimiento de este dominio ancestral.

ii) Cosmovisión indígena frente al recurso agua, más allá del valor económico: una relación espiritual y de interdependencia.

Históricamente se han percibido ciertos patrones en los asentamientos humanos, los cuales estarían influenciados por aspectos ambientales como la heterogeneidad del paisaje, disponibilidad de bienes naturales y redes fluviales posibilitando el abastecimiento y vías de comercio.⁴⁷ En relación con el territorio u hábitat, cada grupo humano desarrolla su propia cultura del agua, “representada por un sistema de símbolos materiales e inmateriales, que son

⁴⁴ FORERO-MANTILLA, F., Centro de Estudios en Derecho Internacional y Derecho Global Francisco Suárez S.J., de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Rev. Colomb. Derecho Int. Ildi, Bogotá (Colombia) N° 16: 177-212, 2010, p. 187

⁴⁵ CASTRO LUCIC, M., et. al. (1982), Ob. Cit., p. 5

⁴⁶ GARCÍA HIERRO P. (2001), Ob. Cit., p.631

⁴⁷ FANG, Yu, CEOLA, Serena, et. al., Globally Universal Fractal Pattern of Human Settlements in River Networks, 2018. Consulta en línea [22/08/2021]

<https://agupubs.onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1029/2017EF000746>

el reflejo de la construcción social del espacio por parte de los habitantes.”⁴⁸ construyendo distintos mecanismos de vinculación con los sistemas hídricos basadas en conocimientos ecológicos locales, que se manifiestan en las formas de uso y aprovechamiento del recurso.⁴⁹ Así, es posible considerar dos grandes modelos entorno al uso y valoración de las aguas, un modelo de adaptación a su comportamiento natural por parte de los grupos humanos y otro de sometimiento de los cursos de agua a una racionalidad cultural específica.⁵⁰ Los modelos de gestión sobre las aguas para los pueblos indígenas, dependen de la cosmovisión que han construido en base al hábitat en que se han desarrollado. Estos saberes y prácticas ancestrales en torno al uso del agua se van traspasando de generación en generación, por medio de la oralidad⁵¹, generando conciencia del valor del bien y su manejo según sus costumbres⁵² y, de la importancia de su preservación para la sostenibilidad de la vida económica social y cultural.⁵³

La cosmovisión se refiere a la concepción de mundo que tienen los pueblos indígenas. Lenkersdorf, al estudiar la cosmovisión del pueblo maya-tojolabal, percibe a ésta como una especie de filosofía que parte del “amar la sabiduría o tener un corazón” donde las experiencias con otros son más relevantes que de las individuales, en ese sentido señala que sería una “filosofía corazonada o cordial” más que intelectualizada.⁵⁴ Para Silvia Rivera Cusicanqui, sería más preciso hablar de “epistemologías indígenas”, como saberes vivos en las practicas cotidianas y lenguas de los pueblos indígenas.⁵⁵ Si bien existen diversas

⁴⁸ TRUJILLO, Carmen Amelia, MONCADA RANGEL, José Alí, et. Al., Significados Del Agua Para La Comunidad Indígena Fakcha Llakta, Canton Otavalo, Ecuador Ambiente & Sociedade São Paulo. Vol. 21, 2018, p.1

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ SKEWES et al., (2012). Los paisajes del agua: naturaleza e identidad en la cuenca del río Valdivia. Chungara. Revista de Antropología Chilena, Vol.44, n.2, 299-312, 2012. En TRUJILLO, Carmen Amelia, MONCADA RANGEL, José Alí, et. Al., Significados Del Agua Para La Comunidad Indígena Fakcha Llakta, Canton Otavalo, Ecuador Ambiente & Sociedade São Paulo. Vol. 21, 2018

⁵¹ WILLIAMS y HARDISON (2013); TOMASELLI, (2014). En DAZA-DAZA Alcides R., RODRÍGUEZ VALENCIA, Nelson y CARABALÍ ANGOLA, Alexis, El Recurso Agua en las Comunidades Indígenas Wayuu de La Guajira Colombiana. Parte 1: Una Mirada desde los Saberes y Prácticas Ancestrales Información Tecnológica – Vol. 29 N° 6 – 2018 p.14. Consulta en línea [09/09/2021]: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-07642018000600013>

⁵² Jackson (2005). En DAZA-DAZA Alcides R., et. Al. (2018), Ob. Cit., p.1

⁵³ YAÑEZ N. y MOLINA R. (2011). Ob. Cit., p. 13-14

⁵⁴ LENKERSDORF, Carlos, Filosofar en clave tojotal, Miguel Ángel Porrúa Ed., 2005. En: TAPIA G., AIMÉ, Mujeres indígenas en defensa de la tierra, Ediciones Cátedra, Madrid, 2018, p.29

⁵⁵ TAPIA G., AIMÉ (2018), Ob. Cit., p.29

epistemes indígenas y sin ánimo de romantizar o idealizarlas, existe una matriz común donde por una parte, el respeto por la naturaleza y sus ciclos son fundamentales en la conservación de los recursos naturales⁵⁶ y por otra la dependencia material y espiritual del conocimiento, uso y manejo de los recursos hídricos desde su asentamiento ancestral hasta nuestros días.⁵⁷

En el caso de la visión andina del agua, Greslou señala que “no hay una sociedad andina sino muchas, debido a la heterogeneidad del medio (naturaleza pluriecológica) y la diversidad de las etnias (sociedad pluriétnica). Por ende, sería erróneo imaginar que existe una sola visión andina del agua.”⁵⁸ Este análisis, puede ser extendido al resto de los pueblos indígenas hacia regiones insulares y del sur, donde se han configurado diferentes tipos de usos y vínculos con el agua. Inclusive en aquellos casos de desplazamientos forzados, como el pueblo Wayuu que originario del Amazonas, actualmente habita un territorio desértico en la Alta Guajira Colombiana, donde han tenido que ir desarrollando culturas adaptativas en relación al agua.⁵⁹ O en el caso de los *pueblos sin contacto* o en aislamiento voluntario- quienes generalmente son nómades- la Corte Interamericana ha indicado que su territorio, consistente en rutas nómades en función de la búsqueda de agua y alimento, es igualmente integral y su relación con el medio y recursos considera todos los elementos, pues permiten su supervivencia cultural, espiritual y por ende, la continuidad de sus prácticas identitarias.⁶⁰

En ese sentido, territorio contempla las conexiones ancestrales y contemporáneas de los pueblos indígenas a un área geográfica. Los territorios pueden definirse por lazos de parentesco, ocupación, rutas de viaje estacionales, redes comerciales, gestión de recursos y conexiones culturales y lingüísticas con el lugar. El territorio indígena “no es la suma de los recursos que contiene y que son susceptibles de apropiación o de relaciones económicas: su

⁵⁶ CAMACHO, et. al., (2016). En DAZA-DAZA Alcides R., et. Al. (2018), Ob. Cit., p.1

⁵⁷ YAÑEZ N. y MOLINA R. (2011). Ob. Cit., p. 13

⁵⁸ GRESLOU, FRANCOIS, Visión andina y usos campesinos del agua. En; PRATEC, PPEA-PNUMA, Sociedad y naturaleza en los Andes. Tomo 2, Lima, 1990, p.226

⁵⁹ DAZA-DAZA Alcides R., et. Al. (2018), Ob. Cit., p.16

⁶⁰ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/13 30 Pueblos Indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas: Recomendaciones para el pleno respeto a sus Derechos Humanos ACNUD, 2013, párrafos 95, 101 y 102. Consulta en línea [22/08/2021] <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2014/9646.pdf?view=1>

naturaleza se basa en esa integración de elementos físicos y espirituales que vincula un espacio de la naturaleza con un pueblo determinado.”⁶¹

En el caso de la cosmovisión andina, existe una abundante bibliografía que refieren -dentro de sus particularidades, según las distintas culturas, áreas ecológicas, ubicaciones respecto de las cuencas y niveles de organización-, a la existencia patrones comunes que reflejan que el agua es más que un recurso a ser aprovechado con prácticas antiguas de tecnificación de riego por su escasa disponibilidad. Es un ser divino, proveedor de vida, se le cuida y cría; es base de la reciprocidad y complementariedad, ya que articula y facilita la naturaleza y sociedad humana; es un ser creador y transformador que sigue leyes naturales en base a los ciclos; es derecho universal y comunitario; y se gestiona de manera flexible de acuerdo a su comportamiento en cada ecosistema, coyunturas y también es parte de la recreación social.⁶² En su cosmovisión las fuentes de agua, “al igual que el mar, los lagos de donde nacen los ríos y manantiales son considerados, aunque en menor escala, como pacarinas o lugares sagrados de origen.”⁶³ El mar se asocia a la diosa Mamacocha⁶⁴ y con ella a los orígenes de la vida⁶⁵, “el lago es, entonces, el lugar de origen del agua y de la gente; es la expresión de la unidad de varios pueblos, o sea el centro de regiones locales.”⁶⁶ Se aprecia en la valoración del agua, la conciencia de la integridad del ciclo del agua y la interdependencia del mar con las precipitaciones, hielos y aguas dulces.

Para los pueblos del Amazonas, a pesar de la abundante disponibilidad de agua, no se encuentra en condiciones aptas para el consumo humano debido a la expansión de las actividades extractivas de hidrocarburos, la minería ilegal, vertimientos residuales

⁶¹ GARCÍA HIERRO P. (2001), Ob. Cit., p.631

⁶² IZA, LEONIDAS (2007), Ob. Cit., p.44

⁶³ GRESLOU, FRANCOIS (1990), Ob. Cit., p. 227

⁶⁴ Mamacocha, significa madre mar, en quechua y se asocia a una Diosa a quien se le rendía culto para calmar las aguas como también para tener una buena pesca. Así mismo representaba todo lo que tiene relación con lo femenino. Makowski (2000). En Marín Gutiérrez, Isidro; Hinojosa Becerra, Mónica; López Fernández, Almudena; Carpio Jiménez, Lilia Kruspkaya, “El San Pedro y la mujer Saraguro. La medicina tradicional aplicada por la yachakkuna”. 2015. Consulta en línea [22/08/2021]: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11253>

⁶⁵ GRESLOU, FRANCOIS (1990), Ob. Cit., p. 227

⁶⁶ Ibid.

domésticos sin tratamiento y el transporte pluvial.⁶⁷ La Corte Interamericana, constató graves secuelas de la polución sobre la salud y la subsistencia, por la ingestión de petróleo y componentes asociados en los alimentos o el agua, de las poblaciones indígenas de la región amazónica. ⁶⁸ En el caso del Ecuador con alrededor de la mitad de territorio amazónico, hay evidencias arqueológicas del manejo del agua para uso agrícola, urbano, ritual, terapéutico o medicinal en tiempos precolombinos.⁶⁹ Gestionaron sistemas de riego basados en una “...estructura jerárquica de canales primarios, secundarios o ramales y acequias que se encuentran en diversos lugares de la geografía del país.”⁷⁰, reflejando la estructura social y administrativa dentro de un orden ambiental caracterizado por el respeto hacia la naturaleza y el valor intrínseco y extrínseco que estas culturas han desarrollado frente al agua.⁷¹

En Chile, la distribución de este bien natural, por su naturaleza geográfica y climática, es desigual; desde la aridez del norte a la abundancia en el sur y zona austral, permitiendo gran diversidad y ecosistemas a lo largo y angosto del territorio, como también diversidad de culturas, así mismo, relaciones distintas entorno a los territorios y en consecuencia, al uso y aprovechamiento del agua.⁷² Es así, como los territorios de las comunidades indígenas presentan variaciones en cuanto al origen, calidad y cantidad de agua disponibles.

En el caso de los pueblos indígenas del norte de Chile, que habitan en zonas escasos recursos hídrico, los cerros y volcanes son de gran relevancia para el sistema de abastecimiento de agua. Por ello, debido a “los prolongados periodos de sequía, y las precipitaciones estivales con avenidas de aguas producidas por los deshielos en la alta cordillera debe mantener [...], un cuidadoso manejo del agua y mantenimiento de las obras de riego.”⁷³ Lo anterior, se relaciona con que estas comunidades afirmen que los cerros o *malkus* son cerros sagrados,

⁶⁷ PRETELL GARCÍA, Pilar Geraldine, El acceso al agua y los derechos fundamentales de los pueblos amazónicos de loreto, Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho Constitucional, Asesor: BERNALES BALLESTEROS, Enrique Martín, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2016, p.19-22

⁶⁸ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Doc. 56/09, (2010), Ob. Cit., p.88-89

⁶⁹ CÁCERES (2002), FRESCO (2003). En TRUJILLO, Carmen Amelia, MONCADA RANGEL, José Alí, et. Al. (2018), Ob. Cit.,p.1

⁷⁰ Ibid. p.1-2

⁷¹ Ibid.

⁷² VIAL SOLAR, T., ed., Informe Anual Situación Derechos Humanos en Chile 2014, Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales, Edición Universidad Diego Portales, Santiago, 2014, p. 161.

⁷³ CASTRO L., M., et. al, (2015), Ob. Cit., p.40

por ser posibilitador de vida vinculados con el origen, abundancia y distribución del agua, o que son *achachillas* o abuelo espíritu protector que representan los antepasados.⁷⁴ Así mismo, los cerros con la luz proyectada por el sol en épocas determinadas, como también la sombra que proyecta en alguna hendidura de piedra, son modalidades que marcan los tiempos de riego.⁷⁵

Hacia el sur de Chile, en el territorio del pueblo mapuche⁷⁶, igualmente, el agua se asocia a sus deidades, y constituye un componente esencial ecosistémico, como lo expresa Domingo Rain:

“Para el mapuche el agua no sólo es dadora de vida, sino es vida en sí, tiene esencia o espíritu, el NgenKo, por tanto, es un Newen o energía, forma parte fundamental de nuestra cosmovisión. Siendo así, no puede existir sola, tiene que ser en simbiosis con otros elementos y/o newen, constituyendo el Itrofillmongen o Biodiversidad.”⁷⁷

Por tanto, para este autor, en la cultura mapuche, el agua es la savia de Ñuke Mapu (madre tierra) por el agua existen todos los seres vivientes que forman parte de ella, cobrando especial relevancia para las ceremonias como en Wetripantu, Nguillatün, y en general en rogativas y ceremonias de sanación a enfermos, quienes previo permiso al NgenKo – espíritu protector del agua- atraviesan un arroyo o río, beben de ella para reforzarse en las caminatas y extraen hierbas medicinales que utiliza la Machi en sus rituales de sanación. Los lagos, congregan diversos espíritus representantes de las energías traídas por los cursos de aguas, que desembocan en él. Estos sirven de referencia de lugares sagrados, los diversos cursos de aguas y las referencias a las quebradas, determinan la ordenación de las viviendas.⁷⁸ Para el pueblo mapuche lafkenche (gente de mar) que habita las costas, la vinculación territorial está fuertemente engranada con el territorio marino (lafkenmapu), el cual no sólo se reduce al

⁷⁴ Choque, Carlos y Pizarro, Elías, Identidades, continuidades y rupturas en el culto al agua y a los cerros en Socoroma, Estudios Atacameños Arqueología y Antropología Surandinas N° 45 / 2013, p.57

⁷⁵ CASTRO L., M., et. al. (2015), Ob. Cit., p.57

⁷⁶ Durante la mayoría de los capítulos se utilizará la palabra “mapuche” para designar tanto a mapuche pehuenches, mapuche huilliches como mapuche lafkenche, picunche a pesar de que cada pueblo tienen una rama común existen algunas relaciones con el entorno que cambian producto de su ubicación territorial.

⁷⁷ RAIN, Domingo, en PINZALIKAN, Rumián Lemuy, Desde la cosmovisión Mapuche: el agua de la Mapu está en grave peligro, 2007, p.1

⁷⁸ SKEWES, et.al., (2012), Ob. Cit, p.304

ámbito productivo, sino que “[...]el lafkenmapu es un organismo vivo -que a la vez congrega otras vidas (itro fill lafken mongen)-, el enraizamiento y las múltiples relaciones (materiales y simbólicas) que las personas establecen con éste, se encuentra normado por el az mapu (códigos de ética o normas)”.⁷⁹ El newen o fuerza de estos elementos, depende de la vitalidad, fluidez del agua, por ello es imprescindible que no estén contaminadas.⁸⁰

Esta noción, se vincula más a una ética *nosotrocéntrica*, que pone el acento en la dignidad del colectivo humano, pero también de cada ser vivo, valorando a la naturaleza extrínseca e intrínsecamente, y conscientes de la dependencia recíproca, apreciando así un biocentrismo moderado, ya que de todas formar parte desde la utilidad de la naturaleza para permitir una vida digna de las personas.⁸¹ Concepción que armoniza la relevancia del equilibrio de la naturaleza para el bienestar humano, en ese sentido diversos pueblos denominan en sus lenguas este principio de fin/objetivo de la vida que es el Buen Vivir. Esta ética, puede ser universalizable, toda vez que trasciende los límites de la cultura intersubjetiva presentándose como una alternativa para integrar por otras culturas, considerando que es una visión del mundo que respeta los ciclos de la naturaleza y busca adaptarse a ella. Así, los movimientos indígenas han levantado la propuestas del Buen Vivir como pilar de desarrollo alternativo en la reivindicación de sus derechos.⁸² En efecto, estas visiones fueron integradas en los principios fundantes de las nuevas constituciones de Bolivia(2009) y Ecuador(2008). Ante la situación de proceso constituyente actual de Chile, estas experiencias son insumo para la discusión y los desafíos pendientes en términos de protección a los territorios indígenas, autonomía y derechos en general.

Lo anterior, muestra la dimensión integradora y la complejidad de la cosmovisión indígena, imbricada a los usos y costumbres dentro de un territorio; todo ello, en las cuestiones cotidianas que rigen su vida individual y colectiva, formas de riego, construcción, ritos, rituales, ceremonias y medicina. Las cosmovisiones, determinan los diversos significados

⁷⁹ NAHUEL PAN, Héctor, Micropolíticas mapuche contra el despojo en el Chile neoliberal. La disputa por el lafkenmapu (territorio costero) en Mehuín, Izquierdas, 30 de octubre 2016, p. 89-123

⁸⁰ PINZALIKAN, Rumián Lemuy (2007), Ob Cit., p. 2-3

⁸¹ TAPIA G., AIMÉ (2018), Ob. Cit., p.52

⁸² Ibid.

que puede tener el agua para los pueblos indígenas. En consecuencia, el alcance del objeto del derecho de propiedad ancestral del agua (en la forma y cantidad que se protege) también va a variar según la geografía y determinación de diferentes realidades (usos y disponibilidad) en torno al agua indígena.

2. Título declarativo de la propiedad ancestral de las aguas indígenas.

El agua, constituye para los pueblos indígenas, un derecho ancestral preexistente a la constitución del derecho de los Estados Modernos. El contenido específico de este derecho, dependerá del ordenamiento jurídico estatal al que se trate de homologar la posesión sobre las aguas indígenas, basadas en sus costumbres y cosmovisiones y de las disputas particulares en cada territorio. Respecto a la manera en que ha funcionado esta asimilación, Soledad Torrecuadrada señala que "[...] a pesar de las diferencias en cuanto al procedimiento utilizado, se observa en todos los casos, la utilización frecuente del uso de la fuerza -armada o institucionalizada, judicial o legislativamente o de ambos tipos- cuando los grupos indígenas no se mostraban receptivos a los requerimientos de los recién llegados."⁸³ Lógica iniciada con la Conquista y que se ha disfrazado de diversas modalidades a lo largo del desarrollo de los Estados Nación, como es el estado chileno, uno de los más atrasados en el reconocimiento del derecho a la propiedad ancestral indígenas sobre sus territorios y recursos. Más bien, ha ido avanzando de la mano del reconocimiento internacional.

El derecho de propiedad, entendido en su acepción clásica, exige la existencia de un “título”, que funde o justifique la propiedad sobre determinado bien. Respecto de la propiedad ancestral sobre las aguas, se ha dicho que por su esencia de derecho consuetudinario ancestral, éste carece de título. Sin embargo, en la práctica de las formalidades de las relaciones jurídicas válidas para los estados, el título se vuelve necesario para su protección efectiva. Aun así, en tanto título sobre bien indígena, como las aguas, debe ser considerado

⁸³ TORRECUADRADA G., Soledad (2001). Los pueblos indígenas en el orden internacional. Madrid: Dyckinson, p. 102. En AGUILAR CAVALLLO, Gonzalo. El título indígena y su aplicabilidad en el Derecho chileno. *Ius et Praxis*, vol.11, n.1 (2005), p.269-295. Consulta en línea [21-05-2020]: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122005000100010&lng=es&nrm=iso>.

en razón de las características propias del vínculo con ese bien natural, constituyéndose en la vida jurídica como un título especial.

Para Aguilar Cavallo, su especialidad radica en que el título indígena en general, es una institución jurídica que busca amparar los derechos ancestrales de los pueblos indígenas, tanto a la tierra, territorios, como sus recursos, fundamentándose en al menos tres fuentes : la legislación que ha surgido desde el Estado que ejerce jurisdicción en territorio donde habitan los pueblos indígenas; los tratados celebrados entre los conquistadores o los Estados y pueblos indígenas; y por último, el Derecho Propio Indígena el cual representa la fundamentación interna en base a la tradición histórico-jurídica indígena.⁸⁴ Tanto el primero como el segundo, implican encontrar los fundamentos en una especie de legalidad o formalidad que existe y es válida sólo para nuestra construcción de mundo occidental-mestizo, la tercera, sin embargo, se refiere a los fundamentos internos que se basan tanto en sus propias normas sociales y desarrollo histórico. Considerando esto último, es también el título una forma retributiva a la deuda histórica de reconocimiento por parte de los Estados al tiempo que, según la manera en que se encuentre consagrado puede convertirse en un instrumento de asimilación a la civilización hegemónica. Como el caso de Chile, en que la titularidad de la tierra indígena, se encuentra desligada de la correspondiente a los recursos sobre la misma y sometida a un sistema registral que invisibiliza la realidad de posesión y uso ancestral, con excepción de las áreas de desarrollo indígena, a las que no se refiere este trabajo.

En todo caso, la propiedad indígena ancestral, tanto en sentido general como sobre sus recursos, no se encuentra separada del uso o posesión del bien indígena. Así, la Corte Interamericana señala que “como parte del derecho a la propiedad, protegido bajo los instrumentos interamericanos de derechos humanos, los pueblos indígenas y tribales tienen derecho a la posesión, al uso, a la ocupación y a la habitación de sus territorios ancestrales.”⁸⁵ Aunque la posesión entendida en sentido material, “no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas[...]; ni la posesión material

⁸⁴ AGUILAR CAVALLO, G. (2005), Ob. Cit., p.269-295.

⁸⁵ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Doc. 56/09, (2010), Ob. Cit., p. 47

ni la existencia de un título formal de propiedad, son condiciones para el derecho a la propiedad territorial indígena, como tampoco condicionan el derecho a la restitución de las tierras ancestrales, bajo el artículo 21 de la Convención”⁸⁶ Y respecto a los límites que todo derecho de propiedad conlleva, se ha esgrimido que se debe preferir “la opción menos gravosa para los colectivos y sus miembros, de tal manera que sus derechos sean efectivamente garantizados.”⁸⁷ Por ello, los miembros de estas comunidades tendrían el derecho a acceder a los recursos y reivindicar la posesión de sus territorios ancestrales, independiente de si lo han dejado de poseer en forma involuntaria o en forma violenta⁸⁸ (como el desplazamiento, compraventa fraudulenta de títulos etc.)

Para García Hierro, existen atributos jurídicos que deben ser considerados en el tratamiento normativo de los territorios indígenas, los distinguen de otras instituciones jurídicas del derecho civil y configuran nuevas instituciones. En primer lugar, es un derecho absoluto, exclusivo, perpetuo y originario; en los términos que sirven “[...] para resaltar su identificación (absoluta, exclusiva) con un pueblo determinado y por su valor descriptivo para remarcar su autonomía y su protección respecto a los no-miembros, incluyendo el Estado.”⁸⁹ Por tanto, la propiedad territorial integral ancestral no prescribe sino únicamente por el exterminio del pueblo mismo, y la sucesión se da por la permanente convivencia de antiguas y nuevas generaciones, es entonces un transcurrir indefinido del sujeto del derecho.⁹⁰ Y segundo, es un derecho atribuido a un pueblo, lo que determina el carácter transgeneracional, transpersonal, transfronterizo respecto de los límites estatales, integral, identitario, cultural, religioso e íntimamente ligado a la autonomía.⁹¹ Considerando la integridad territorial, estas mismas características acceden a la propiedad ancestral sobre los bienes naturales indígenas como el agua.

La Comisión, señala sobre la propiedad que recae sobre bien indígena que “[...] se concreta en todas aquellas cosas materiales apropiables, todo derecho sujeto de ser parte del patrimonio, mueble, inmueble o elemento corporal o incorporeal susceptible de tener valor,

⁸⁶ Ibid., p. 56

⁸⁷ FORERO-MANTILLA, Felipe (2010), Ob. Cit., p. 190

⁸⁸ Ibid., p. 189

⁸⁹ GARCÍA HIERRO, P. (2001), Ob. Cit., p.637

⁹⁰ Ibid., p.637

⁹¹ Ibid., p. 638-639

como también en aquellos que aparentemente no lo tienen en términos económicos pero sí culturales o espirituales[...]"⁹² de modo que el derecho ancestral al agua indígena tiene por objeto el agua en sentido integral, representada en litros por segundo, superficial y subterránea, como igualmente en términos espirituales o de entidad a proteger. En base a la integridad del territorio, se puede decir entonces, que estos atributos son idénticos a los atributos de la propiedad ancestral sobre las aguas siendo parte los derechos territoriales, sin embargo, esto debe armonizarse con que el agua es un bien común que por su naturaleza traspasa los límites territoriales. Al respecto, Leonidas Iza, señala como propuestas desde la visión andina indígena y campesina, respetar los principios del agua como patrimonio común, como dominio público, no estar sometido a privatización ni leyes de mercado, revalorizar tanto saberes como tecnologías de organización andina, sistemas de gestión integrales y participativos complementados con una institucionalidad que asegure la sustentabilidad y cobertura correspondientes a las necesidades de los ecosistemas y comunidades humanas, junto con políticas que consideren la conservación, el desarrollo local y mejoramiento de calidad de vida de los pobladores desfavorecidos.⁹³

El hecho de que la propiedad que detentan sobre las aguas, se funda en la ancestralidad ligada a un territorio, y que las características de su naturaleza jurídica son de derecho consuetudinario colectivo en un sentido integral y pluridimensional, transmitido oralmente y mediante prácticas de origen ancestral, permite deducir que su titularidad, en consecuencia, sería meramente declarativa para los ordenamientos jurídicos de los Estados, tal como ha sido señalado por la Corte Interamericana.

Capítulo II: Naturaleza colectiva, ecosistémica y pluridimensional de la propiedad ancestral sobre las aguas indígenas.

⁹² Caso Yakye Axa vs. Paraguay. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párrafos 137 y 147. Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Supra nota 5, párrafo 144. En FORERO-MANTILLA, Felipe, Ob. Cit., 2010, nota al pie n°9, p.184

⁹³ IZA, LEONIDAS, El Agua es de todos y es de nadie. En UNESCO, El Agua y los pueblos indígenas, Editado por R. Boelens, M. Chiba, D. Nakashima y V. Retana. Conocimientos de la Naturaleza 2, UNESCO: París (2007), p. 45-46

El objetivo de este capítulo, es relevar tres aspectos fundamentales en la concepción de las aguas indígenas. Éstos son de gran importancia jurídica para un adecuado reconocimiento de los derechos de estos pueblos por los ordenamientos estatales, y se infieren al analizar los usos indígenas ancestrales sobre sus aguas desde la perspectiva de las epistemologías indígenas. Me refiero, con *naturaleza*, a aquellas cualidades o propiedades esenciales,⁹⁴ elementos de las prácticas materiales y espirituales indígenas entorno al agua, que le son propios, que definen y constituyen un derecho de propiedad especial, sin necesidad de que éstos deban estar establecidos positivamente o escriturados en los diversos instrumentos jurídicos del derecho occidental.⁹⁵ Resultando que la propiedad ancestral sobre las aguas indígenas, sea de carácter colectivo, de naturaleza ecosistémica y multidimensional.

1. Naturaleza colectiva

La propiedad sobre las aguas indígenas es un derecho colectivo en tanto se expresa como “un derecho político y cultural de un grupo humano específico”⁹⁶ en cuanto a su titularidad exclusiva, que radica en un determinado pueblo originario arraigado a un territorio específico. Vergara Blanco, señala que la propiedad sobre los usos ancestrales “se constituye naturalmente, por una *suma de posesiones* de las diversas generaciones de indígenas; es decir, abuelos, padres, nietos, y así sucesivamente, que han usado el agua, en un lugar específico, originándose el actual derecho real.”⁹⁷ Así, ligado al parentesco y unido a la conciencia de identidad étnica en común, que se remonta a una existencia precolombina, una especie de Nación o Pueblo sometido a colonización, asimilación y resistencias. Es un derecho de propiedad colectivo o común y a su vez de gestión común, por tanto netamente de interés político para cada pueblo. La gestión sobre las aguas en cualquiera de sus dimensiones, usos o significancias, es parte del derecho a la libre determinación como señalaron los pueblos indígenas en Tercer Foro Mundial del Agua, en Kyoto (2003).

⁹⁴ GUDYNAS EDUARDO, Derechos de la Naturaleza: Ética biocéntrica y políticas ambientales, Quimantú, 2019, Chile, p. 104

⁹⁵ Se entiende de manera análoga a los elementos de la naturaleza de los actos jurídicos, consagrado en el artículo XXX del código civil

⁹⁶ BOELEN, R., Amenaza, defensa y afirmación de los derechos colectivos en la gestión del agua, En URTEAGA, P.Y BOELEN R. ed. (2006) Ob. Cit., p. 15

⁹⁷ VERGARA B., Regularización de Derechos Consuetudinarios de Aguas: Crítica a la jurisprudencia vacilante de la Corte Suprema, Estudios Públicos 151, 59-122, 2018, p.76

Es a la vez, un derecho y una práctica colectiva por cómo se manifiesta la cultura hídrica indígena. En este sentido, se habla de “una *normativa interna* para cuya óptima comprensión se requiere de una visión intercultural.”⁹⁸ Según Jan Hendriks, se materializa en un sistema que define como; “El conjunto de derechos y obligaciones, formas de gestión y elementos infraestructurales compartidos que determinan la existencia de una colectividad específica de un grupo de usuarios, en torno a (una parte de) una o más fuentes locales de agua y/o uno o más puntos de captación.”⁹⁹ Y es colectivo, por su naturaleza de bien común, en cuanto al uso del recurso en general, resultan “[...] mejor manejados a escala de la gestión integral de cuenca que de manera individual en vez de a escala del recurso dividido.”¹⁰⁰

Los derechos de agua de riego, por ejemplo, se presentan “como derechos de agua colectivos y como derechos de aguas individuales”¹⁰¹. Individuales en tanto se vinculan al “acceso al agua entre diferentes usuarios y sus respectivos derechos y obligaciones.”¹⁰² Los derechos individuales en este caso derivan del derecho colectivo y se diferencian del derecho individualizado o privado en que “las reglas de uso y poder de decisión sobre el recurso hídrico (y muchas veces sobre su transacción comercial) está en manos no del colectivo, sino del propietario individual”¹⁰³ Ahora bien, la propiedad sobre las aguas que cursan un territorio indígena, no sólo expresa su uso mediante el riego sino que existen, como se ha señalado, diversos valores que toma el agua que son parte del vínculo con el recurso.

También, es un derecho colectivo en el marco del derecho internacional, como señala Urteaga, porque constituye un derecho de minorías, un derecho que tiene como objeto reivindicar a las minorías étnicas¹⁰⁴ y- en el mejor de los casos- remediar la situación de

⁹⁸ RIVADENEIRA, Guadalupe (2009), Derechos colectivos y la gestión del agua en la península de Santa Elena. En Rivadeneira N., G y Peralta Proaño, J., Programa de Investigación interdisciplinaria y Capacitación Interactiva sobre Gestión Local del Agua y Políticas Hídricas en la Región Andina, Proyecto de conocimientos “Derechos colectivos en la gestión del agua” Reporte de investigación N°2: Derechos colectivos en la gestión del agua en el Ecuador, 2009, Bolivia. p. 6-7. Consulta en línea [09/09/2021] <https://core.ac.uk/download/pdf/48017595.pdf>

⁹⁹ HENDRIKS, JAN (2004). En RIVADENEIRA, G. et al. (2009), Ob. Cit., p. 7

¹⁰⁰ GENTES, I. (2002), Ob. Cit., p. 8

¹⁰¹ BOELEN, R., Amenaza, defensa y afirmación de los derechos colectivos en la gestión del agua, En URTEAGA, P.Y BOELEN R. ed. (2006) Ob. Cit., p. 15

¹⁰² BECCAR, BOELEN Y HOOGENDAM (2001), En BOELEN, R. (2006), Ob. Cit., p. 16

¹⁰³ BOELEN, R. (2006), Ob. Cit., p.16

¹⁰⁴ URTEAGA, P. (2006), Ob. Cit., p. 114

subordinación a la que han estado. Lo anterior, no debe entenderse como una protección al ámbito únicamente cultural, como ha sido entendido bajo la lógica liberal, sino más bien a la autonomía en torno al manejo y gestión de sus propios recursos, como es señalado por Stavenhagen; “[...] los derechos colectivos que las *minorías étnicas* han estado exigiendo en todo el mundo, tienen que ver con la supervivencia de los grupos étnicos como tales, la preservación de las culturas étnicas, la reproducción del grupo como entidad diferenciable y la identidad cultural vinculada a la vida grupal y a la organización social [...] y concluye] esto es mucho más que exigir la no discriminación y la igualdad ante la ley.”¹⁰⁵

Finalmente, el carácter colectivo del derecho de propiedad ancestral, es otorgado por ser un derecho colectivo en su constitución como en su ejercicio y también por su relevancia colectiva en tanto bien común, por sus valoraciones materiales como espirituales que implican que son parte de la construcción de la identidad de cada pueblo indígena y su subsistencia.

2. Naturaleza ecosistémica.

Se entiende por ecosistémico aquello relativo al ecosistema¹⁰⁶, es decir relativo a la “comunidad de los seres vivos cuyos procesos vitales se relacionan entre sí y se desarrollan en función de los factores físicos de un mismo ambiente.”¹⁰⁷ Este concepto, hace referencia a la interdependencia vital entre “organismos vivientes y no vivientes que interactúan y participan en procesos intrincados, afectando unos a otros.”¹⁰⁸

Los ecosistemas proveen beneficios sociales, económicos y ambientales, que permiten que se sustente la vida. Existen diversos beneficios ecosistémicos esenciales, que permiten fortalecer la seguridad hídrica, toda vez que influyen en “[...]el almacenamiento de agua dulce, la regulación de los caudales, la purificación del agua, la recarga del agua subterránea,

¹⁰⁵ Ibid., p. 118

¹⁰⁶ Real Academia Española, Consulta en línea [02/02/2021]: <https://dle.rae.es/ecosist%C3%A9mico>

¹⁰⁷ Real Academia Española, Consulta en línea [02/02/2021]: <https://dle.rae.es/ecosistema>

¹⁰⁸ GLOBAL WATER PARTNERSHIP, Servicios ecosistémicos y seguridad hídrica. Consulta en línea [05/08/2021] https://www.gwp.org/globalassets/global/about-gwp/publications/briefing-notes/gwp_briefing_note_ecosystems_spanish_web.pdf

la regulación de la calidad del aire y el clima, la protección del suelo, y la reducción de riesgos asociados a desastres relacionados con el agua. Los ecosistemas también proveen agua para los cultivos y la pesca, y sostienen los medios de subsistencia, la navegación, la recreación y el turismo.”¹⁰⁹ Se distinguen así los servicios ecosistémicos, como “la contribución directa e indirecta de los ecosistemas al bienestar humano” ¹¹⁰ y a partir de ello, desde la economía ambiental se habla del valor ecosistémico como aquella tendencia en el marco del desarrollo sostenible que consiste en adjudicarle un precio a estos beneficios ecosistémicos, “es decir se trata de monetizar el Capital Natural para que sea tenido en cuenta en los resultados económicos de las empresas y organizaciones. Con la finalidad, de conseguir aumentar los beneficios económicos aumentando al mismo tiempo los beneficios medioambientales y sociales.”¹¹¹ Sin embargo, esta visión, en que prevalece la valoración económica de la naturaleza, ha sido criticada por ser utilitarista, antropocéntrica y reduccionista, al tratar de estandarizar distintas valoraciones y esencias de especies y ecosistemas a una misma escala económica del precio ¹¹² y con ello no necesariamente cumplir con el objetivo de que la capitalización influya en un uso eficiente de los bienes naturales.¹¹³

La relación entre recursos naturales y ecosistemas, se ha puesto en el debate público debido a los notorios cambios climáticos que se empezaron a evidenciar a fines de siglo XX¹¹⁴, lo cual ha estado ligado a los discursos entorno a la sustentabilidad del desarrollo, la protección

¹⁰⁹ GLOBAL WATER PARTNERSHIP, Ob. Cit., p.1

¹¹⁰ TEEB (2014), Ministerio del Medio Ambiente, Chile. Consulta en línea [05/08/2021] <https://mma.gob.cl/servicios-ecosistemicos/>

¹¹¹ García Pastrana, Carlos, Valorización ecosistémica en el sector del agua. ¿Qué narices es eso?, Columna, IAGUA, Consulta en línea [05/08/2021] <https://www.iagua.es/blogs/antonio-garcia-pastrana/valorizacion-ecosistemica-sector-agua-que-narices-es-eso>

¹¹² GUDYNAS, EDUARDO (2019), Ob. Cit., p.38

¹¹³ Al respecto ver BAUER, CARL (2015), GUERRA, FRANCISCO (2016), GUDYNAS, EDUARDO (2019), entre otros.

¹¹⁴ ROSA COMPAGNUCCI (2011) en nota editorial sobre la Historia del calentamiento global señala que a mediados de los '70 ya se habían notado cambios climáticos extremos notorios que preocupaban a los científicos quienes creían que se avecinaba una nueva era de hielo, sin embargo ya a fines de la década las temperaturas comienzan a subir drásticamente, época en que en el mundo occidental la opinión pública estaba focalizada en el fin de la guerra de Vietnam, la guerra fría, la amenaza de una posible guerra atómica y las crisis del petróleo. Ya en '78 Estados Unidos un Informe realizado por mandato del presidente a la Academia Nacional de Ciencias el que advertía de la influencia del CO₂ en los cambios considerables de temperatura. En el Reino Unido M. Thatcher en medio de la presión provocada por huelgas de mineros del carbón y el aumento del petróleo impulsa producción de energía nuclear. Incluso la Nasa en 1988 informa en comisión del Senado de Estados Unidos, de seguir la quema de combustibles fósiles, las consecuencias climáticas serían catastróficas ya que las altas temperaturas están siendo causadas por el incremento de CO₂. COMPAGNUCCI, Rosa, *Historia Del Cambio Climático O Calentamiento Global*, Contribuciones Científicas GEA (2011), p. 13-19

al medio ambiente (bosques, mar, flora, fauna, minerales, ríos, aire) y para efecto de lo que nos convoca; la contaminación y sustentabilidad entorno a la gestión del recurso agua de propiedad ancestral indígena. Es decir, que el agua no esté contaminada y alcance para todos los habitantes, incluyendo los ecosistemas, lo cual implica que escurra según su propia inercia satisfaciendo las necesidades de la vida silvestre y que permee, para que las reservas subterráneas no disminuyan sus niveles, lo que desencadenaría incluso desastres naturales.¹¹⁵

En el ámbito del Derecho Internacional sobre Derechos Humanos, se han establecido principios marco de la protección a los derechos humanos y el medio ambiente, destacando que siendo el ser humano parte de la naturaleza, los derechos humanos se encuentran interrelacionados con el entorno natural, generando obligaciones para los Estados de asegurar la conservación y uso sostenible de los ecosistemas, para permitir el ejercicio de los derechos en un medio ambiente libre de riesgos, limpio, saludable y sostenible.¹¹⁶ La Declaración de Río sobre Desarrollo Sostenible (1992), con sus principios n°22 y 23, es un ejemplo ilustrativo de los avances internacionales en materia consagrar el carácter ecosistémico de los recursos naturales, considerando así el derecho al territorio en un sentido integral, respecto de toda la especie humana y en específico el rol fundamental que ocupan y han ocupado los pueblos indígenas para la protección del medio ambiente y biodiversidad, desarrollando su cultura acorde los ritmos de la naturaleza.¹¹⁷ Fue en las reuniones paralelas preparativas a la Cumbre de la Tierra realizada en Río en 1992, donde se consolidó el encuentro entre el discurso indígena y el discurso medio ambientalista, siendo los dirigentes de las zonas selváticas, de bosques y zonas tropicales quienes se percataron de la necesidad de tener un discurso común para su sobrevivencia, que se refiriera a la protección al medio ambiente, como a las sociedades que en los territorios ancestrales habitan, desplazando en parte la lucha de corte agrarista, como fue en un comienzo desde los movimientos de

¹¹⁵ SILVA, Agustín y VALENZUELA, Christian, Mercados de Aguas para la sustentabilidad: una oportunidad para desencadenar necesarias reformas legales y políticas públicas pro reasignación del recurso. En COSTA C., E. et al., La regulación de las aguas nuevos desafíos del siglo XXI. Actas de las II Jornadas del régimen jurídico de las aguas, DER Ediciones, Chile (2019), p. 76

¹¹⁶ John H. Knox, Principios Marco sobre los derechos humanos y el medio ambiente: Las principales obligaciones en materia de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente seguro, limpio, saludable y sostenible, NACIONES UNIDAS, 2018, p.4

¹¹⁷ NACIONES UNIDAS, Declaración de Río sobre el medio ambiente y el desarrollo, 1992.

izquierda, para convertirse en una lucha ecologista.¹¹⁸ En este contexto, la administración del bien hídrico es fundamental.

En el caso del agua, Iza propone que, su comportamiento al depender de los ecosistemas, así como de sus circunstancias y coyunturas, no sigue normas fijas, en ella influye el tiempo, clima, y topografía.¹¹⁹ Para Shepherd, la implementación de una gestión de los recursos naturales desde un enfoque ecosistémico, es “[...] una estrategia para el manejo integrado de la tierra, el agua y los recursos vivos, promoviendo su conservación y uso sostenible de forma justa y equitativa”¹²⁰ donde dentro de los principios de su implementación, reconoce la importancia de tomar en cuenta “[...] todas las formas de información pertinente, incluidos los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades científicas, indígenas y locales”.¹²¹ Respecto a la gestión entorno a los ecosistemas, según la FAO, es relevante incorporar un enfoque ecosistémico, que “es una estrategia para el manejo integrado de la tierra, el agua y los recursos vivos, promoviendo su conservación y uso sostenible de forma justa y equitativa.”¹²²

Es así, como la subsistencia en los territorios está determinada no sólo por las costumbres y creencias propias de sus realidades sociales y económicas, sino que también por las condiciones ambientales presentes en cada espacio geográfico que habitan.¹²³ El “vínculo hombre, agua y naturaleza hacen parte de la identidad cultural de las comunidades; la presencia o escasez de este recurso, influye en las prácticas de manejo que estos implementen.”¹²⁴ Actualmente, los problemas que se presentan en territorios indígenas son por la colisión entre las ideas y prácticas locales, simbólicas, cosmológicas y socioculturales,

¹¹⁸ BENGEOA, J., La Emergencia Indígena en América Latina, Fondo de Cultura Económica, Chile, 2016, p. 59

¹¹⁹ IZA, LEONIDAS, (2007), Ob. Cit., p.44

¹²⁰ SHEPHERD, G., El enfoque ecosistémico: cinco pasos para su implementación, Unión Mundial por la Naturaleza (UICN), Serie de Manejo Ecosistémico No. 3, Países Bajos, 2006, p.1. Consulta en línea [20-02-2021]: <https://portals.iucn.org/library/efiles/documents/CEM-003-Es.pdf>

¹²¹ Ibid. p.2

¹²² Organización de las Naciones Unidas para la alimentación y agricultura, resumen sobre SHEPHERD, G. (2006), Ob. Cit., Consulta en línea [20-02-2021]: <http://www.fao.org/sustainable-forest-management/toolbox/tools/tools-details/es/c/263187/>

¹²³ DAZA-DAZA, Alcides R., et. Al. (2018), Ob. Cit., p.17

¹²⁴ Jiménez et al., (2014). En DAZA-DAZA, Alcides R., et. Al. (2018), Ob. Cit., p.14

con las políticas económicas institucionales gubernamentales que diseñan los sistemas de gestión, desde sus intereses, sin considerar las particularidades de cada espacio territorial.¹²⁵

En el caso de Chile, estos factores físicos del medio ambiente, clima y geología, se encuentran determinados por un lado por la Cordillera de los Andes, con diferencias a lo largo del territorio y por otro con una extensa costa hacia el Mar Pacífico, así naturalmente los pueblos originarios “aprendieron a utilizar, transformar y conservar los recursos naturales, a organizar su territorio y a generar mecanismos sociales y económicos particulares para el ecosistema andino.”¹²⁶ Los elementos geográficos y culturales, se interrelacionan generando diversas formas de comunicación con el agua por parte de los pueblos originarios.¹²⁷

Actualmente, la competencia por el agua entre distintos sectores de actividad industrial, grupos de poder y comunidades se ha tensionado ante el déficit hídrico.¹²⁸ Globalmente, se ha constatado que gran cantidad de este recurso, es utilizado por las industrias relacionadas a la extracción de materia prima y generación de energía; en el 2000 datos arrojaban que anualmente la agricultura de monocultivo utiliza un 69% de agua dulce, la industria un 23% y el consumo doméstico un 8%.¹²⁹ Respecto a los efectos de la mala administración del agua, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, de la ONU en la Observación General N°15 (2002) sobre el derecho al agua establecido en los artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ha señalado que el agua es un recurso natural limitado, un bien público fundamental para la vida y la salud y que su creciente deterioro y desigualdad de distribución agrava la pobreza y afecta el derecho humano al agua, especialmente de sectores más vulnerabilizados como son los pueblos

¹²⁵ Wateau, (2011). En DAZA-DAZA, Alcides R., et. Al. (2018), Ob. Cit., p.14

¹²⁶ IZA, LEONIDAS, (2007), Ob. Cit., p.43

¹²⁷ En los capítulos V y VI se explica la manera en que los pueblos de la zona norte y de la zona sur de Chile se relacionan con el agua en relación al hábitat que les rodea. y los diversos ecosistemas que se vinculan con este bien natural.

¹²⁸ En la página de la Dirección General de Aguas del Ministerio de Obras Públicas, se pueden revisar los Decretos de Escasez Hídrica en el país. Se registran 11 decretos sólo en los primeros 4 meses del año 2021. Para más información ver en línea: <https://dga.mop.gob.cl/administracionrecursoshidricos/decretosZonasEscasez/Paginas/default.aspx>

¹²⁹ LARBI (2000). En GENTES I.(2002), Ob. Cit, p. 48

indígenas. El estudio Transición Hídrica (2019), señala que la sequía de agua dulce que vive el país actualmente, si bien es causada por la disminución de las precipitaciones y el alza de las temperaturas, se debe también a la sobreexplotación del recurso, así en cuanto a las aguas subterráneas y acuíferos del territorio nacional, se encuentran con una demanda comprometida mayor a su recarga.¹³⁰

Al decir que los derechos ancestrales sobre las aguas indígenas, tienen naturaleza ecosistémica, implica que las aguas indígenas (y cualquiera en general) se relacionan con el o los ecosistemas. Los diversos ecosistemas de agua dulce y de mar que hay a lo largo del país, se relacionan entre sí y a su vez, con los ecosistemas terrestres, y factores físicos o químicos propios de la geografía de cada territorio, por ende, entenderlo desde esta perspectiva, abre la puerta a serie de desafíos en la regulación integral sobre los bienes naturales, como es el agua indígena en este caso. De acuerdo a lo señalado, la naturaleza ecosistémica del derecho de aguas ancestral, implica considerar la existencia de interdependencia con el resto del hábitat natural y social además de la variedad de usos o beneficios que derivan de aquella compleja interacción, la que los propios pueblos, definirán en base a sus prácticas consuetudinarias y creencias para mantener la armonía del ambiente, permitiendo con esto, proteger el derecho al resto de los recursos naturales, o al menos a la mayoría de los que significan como necesarios para la subsistencia. Resulta fundamental el respeto a los usos tradicionales indígenas del agua, ya que permite proteger ecosistemas, mantener el equilibrio y en definitiva cuidar el recurso agua para todas las personas.

3. Naturaleza pluridimensional.

El concepto naturaleza pluridimensional, es el término que utiliza en esta memoria para expresar que el derecho ancestral sobre las aguas indígenas es un derecho que se expresa en distintas dimensiones y que bien tiene diversos aspectos. Estos aspectos y dimensiones, son determinados por las diferentes culturas hídricas indígenas, de acuerdo a las particularidades

¹³⁰ FERNANDEZ, CONSUELO Ed., Estudio Transición hídrica: El futuro del agua en Chile, Fundación Chile, Santiago, Chile, 2019, p. 14-18

de cada pueblo y comunidad, según su cosmovisión, territorio y derecho propio. Se puede hablar en términos de que existen pluralidad de valores o formas de valoración asignadas al agua, en sentido que plantea Gudynas respecto a las valoraciones del ambiente como una realidad de pluralidad de valores entorno a la naturaleza¹³¹ y en el caso de aquellas asignadas por los pueblos indígenas, resultan valoraciones más complejas donde la naturaleza tiene personalidad¹³², a la que rinden solemne respeto. Es así, que esta categorización alude a la existencia de diferentes tipos de usos y vínculos con el agua ancestrales indígenas que configura la magnitud o manifestación de la propiedad que tienen sobre ellas. Tiene que ver con la forma en que se expresan las cosmovisiones o epistemologías indígenas en las prácticas y usos que giran al agua.

En otras palabras, para analizar la cultura hídrica de los pueblos indígenas es necesario considerar los distintos planos en los que se manifiesta, éstos según Castro y Bahamondes en el caso de la cultura hídrica de la región norte andina, serían tres: material-tecnológico, social-organizacional e ideacional o ideológico (valorativo y cognitivo).¹³³ La distinción entre una dimensión tecnológica, otra organizacional y una ideacional “al momento de describir un sistema de riego se entiende en la medida que en la práctica humana en su relación con la naturaleza, es posible identificar un aspecto técnico que a su vez se sustenta y demanda una organización entre los individuos para su ejecución. Pero en su realización, el sentido y significado que le otorgan a aquello forma parte constitutiva de la práctica.”¹³⁴ Este análisis, puede ser extendido a otros usos que den al agua, más allá del riego en el cual se encuentra enfocado el análisis de la cultura hídrica, que proponen Castro Lucic et. al., toda vez que la cultura trasciende las diversas actividades de los pueblos.

La dimensión tecnológica o material, se refiere tanto al agua como parte del medio ambiente natural y sus ciclos, como a los procesos adaptativos relacionados también se hace mención

¹³¹ Éstas pueden ser antropocéntricas como la predominante hoy en día que es la valoración económica o por el contrario biocéntrica que reconoce valores intrínsecos. En GUDYNAS, EDUARDO (2019), Ob. Cit p 38

¹³² GUDYNAS, EDUARDO (2019), Ob. Cit., p. 39

¹³³ CASTRO LUCIC, M., et. al., Cultura hídrica: un caso en Chile, Departamento Antropología de la Universidad de Chile, La Habana, Cuba: Oficina Regional de Cultura para América Latina y el Caribe – ORCALC, 1982, p. 24-28

¹³⁴ CASTRO LUCIC M., et. al., (2017), Ob. Cit., p.43

a los medios utilizados y trabajo realizado para la gestión del agua, en entornos específicos.¹³⁵ En este plano, es que se realizan las limpiezas de canales y estanques¹³⁶, y la delimitación del sistema de riego y turnos.¹³⁷ La dimensión organizacional, tiene que ver con las relaciones internas para la gestión del riego o el uso que se le esté dando al agua. En este plano, se releva el rol de la organización de regantes, que no se encuentra conformada por las normas estatales, sino por el derecho propio, como es el caso de Chiapas en el norte de Chile.¹³⁸ En el plano ideológico o religioso, el agua es valorada en sí misma, donde “adquiere una dimensión abstracta, en la cual la cultura le reconoce propiedades que trascienden una practicidad inmediata. En este plano, encontramos un conjunto de creencias y ceremonias asociadas con el agua, en tanto pertenece al mundo de las fuerzas sobrenaturales.”¹³⁹ Y es valorada como recurso, es decir “como un medio para lograr ciertos objetivos en el contexto de las actividades diarias de los individuos.”¹⁴⁰

Por dimensión material, se entiende aquella que tiene relación con métodos de gestión y usos del agua, en base al conocimiento de su comportamiento, en tanto elemento del medio natural.¹⁴¹ Puede así, manifestarse en la gestión de sus animales, como también en la producción agrícola, de recolección y de artesanía que requiere de agua para sus procesos, resultando fundamental para el intercambio comercial y el desarrollo de sus actividades económicas. Luego, la dimensión espiritual es inmaterial, y está relacionada a la cosmovisión e identidad indígena, toda vez que, en su visión de mundo, existe una relación especial con sus territorios, que va más allá del espacio geográfico -porción de tierra- donde se han asentado, sino que además, a “la relación milenaria con su hábitat natural, donde la totalidad –de la que el ser humano es parte– es una categoría esencial.”¹⁴² Otros autores como Yáñez y Molina, lo plantean en términos de dependencia material y espiritual del conocimiento, uso y manejo de los recursos hídricos.¹⁴³

¹³⁵ CASTRO LUCIC, M., et. al., (1982), Ob. Cit., p. 30-32

¹³⁶ CASTRO LUCIC M., et. al., (2017), Ob. Cit., p.50

¹³⁷ Ibid. p. 57

¹³⁸ Ibid. p.62

¹³⁹ CASTRO LUCIC, M., et. al., (1982), Ob. Cit., p. 27

¹⁴⁰ Ibid., p. 27

¹⁴¹ Ibid., p. 24-28

¹⁴² VIAL SOLAR, T. ed. (2014), Ob. Cit., p. 162

¹⁴³ YAÑEZ N. y MOLINA R. (2011). Ob. Cit., p. 13.

Atendiendo a la diversidad de pueblos, con sus propias valoraciones específicas, en diferentes contextos geográfico y cultural, identificando una dimensión material del ecosistema y una dimensión espiritual del mismo. Como lo ha señalado la Corte Interamericana “Los pueblos indígenas tienen derecho al reconocimiento jurídico de sus formas y modalidades diversas y específicas de control, propiedad, uso y goce de sus territorios”¹⁴⁴, “dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo”¹⁴⁵. En efecto, que esté vinculado con los recursos “los pueblos indígenas y tribales consideran que ciertos lugares, fenómenos o recursos naturales, son especialmente sagrados de conformidad con su tradición, y requieren especial protección.”¹⁴⁶

De este modo, su relación única con el territorio tradicional “puede expresarse de distintas maneras, según el pueblo indígena del que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentre y puede incluir el uso o presencia tradicional, ya sea a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; caza, pesca o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres; y a cualquier elemento característico de su cultura.”¹⁴⁷

Estas diversas formas, siguen una pauta -como se ha dicho dentro de sus diferencias-, que se basa en la conciencia sobre la integridad, ciclicidad y espiritualidad de la naturaleza. Si bien, actualmente predomina la valoración económica del ambiente, como se aprecia en el mercado de aguas chileno, por ejemplo, no es posible procurar que las distintas valoraciones sean homologables entre sí, ni mucho menos, reducida su importancia a escala del precio. Según Gudynas, esto se debe a que existe pluralidad de dimensiones, porque “la Naturaleza aparece

¹⁴⁴ Este derecho se incluye entre los principios y derechos que deben ser considerados al interpretar y aplicar el derecho a la propiedad bajo los instrumentos interamericanos de derechos humanos. CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 115.

¹⁴⁵ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 120. En DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES SOBRE SUS TIERRAS ANCESTRALES Y RECURSOS NATURALES, Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 30 diciembre 2009, p. 30-31

¹⁴⁶ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Doc. 56/09, (2010), Ob. Cit., p. 64

¹⁴⁷ Ibid. p. 57-58

como una categoría plural y por lo tanto expresa en múltiples valoraciones, consecuentemente es inconmensurable.”¹⁴⁸

En base a lo expuesto, el vínculo con el agua que justifica la propiedad originaria sobre las aguas que cursan territorio indígena, implica relaciones en distintos órdenes; por un lado una dimensión material que implica la productividad o tecnología asociada a la gestión con el agua; una dimensión organizacional de la comunidad, entorno a el manejo y uso del recurso, gestión del recurso según sus costumbres, relaciones e identidad que se genera a partir del ejercicio del mismo; una dimensión espiritual en torno al recurso que se significa como entidad o deidad que representa distintos valores e incluso roles según sea la cultura y cosmovisión de cada pueblo, como también una dimensión territorial y política, en términos de control que se ejerce sobre el agua.

Capítulo III: Marco normativo internacional sobre protección del derecho ancestral al agua y territorios indígenas. Experiencias comparadas en Constituciones Políticas de Latinoamérica.

Desde los inicios de la colonia en el continente americano, han existido instrumentos que tienen por objetivo regular la relación y acuerdos entre colonos y pueblos originarios. En un intento de legitimar y darle existencia a una realidad social, que responde a dinámicas en torno a la dominación de un pueblo sobre otro, o lo que eufemísticamente se denomina *el encuentro de dos mundos*, surgen los derechos de los pueblos indígenas como instrumento principal para regular la convivencia/dominación/asimilación, institucionalizando una línea abismal epistémica que separa estos dos mundos.¹⁴⁹ El derecho internacional, surge como un marco de protección a la persona humana frente a los Estados, cuyos instrumentos principales¹⁵⁰ destacan por un enfoque centrado en derechos individuales universales, la libre determinación, la igualdad y no discriminación por raza, religión, sexo, etc., pero también

¹⁴⁸ GUDYNAS, EDUARDO (2019), Ob. Cit., p.39

¹⁴⁹ Al respecto de la relación de subordinación epistémica- material y la relación con los derechos concedidos por parte de los estados nacionales y de la colonialidad de los Derechos Humanos ver: DE SOUSA SANTOS, B. (2013). Descolonizar el Poder Reinventar el Saber, LOM Ediciones.

¹⁵⁰ la Declaración Internacional de los Derechos Humanos (1948), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) y el Pacto de San José o Convención Americana de Derechos Humanos (1969)

derechos sociales a ser promovidos y distribuidos por los Estados que condicionan a su vez, el disfrute de los derechos políticos y civiles individuales.¹⁵¹ Al resultar insuficientes, para dar protección a ciertos grupos vulnerabilizados que se veían impedidos de ejercer sus derechos en sociedades multiétnicas o multiculturales, se fue estableciendo el deber de los Estados de consagrar derechos colectivos, para proteger la integridad de grupos o pueblos.¹⁵² Los “derechos humanos de los pueblos indígenas o tribales” surgen para reconocer los derechos de los pueblos “cuya situación es particularmente vulnerable debido precisamente a las desventajas y violaciones que sufren como entidades con características étnicas propias, distintas de los de la sociedad dominante.”¹⁵³

Los organismos de derecho internacional, han desarrollado importantes avances en la regulación de la temática indígena, reconociendo el derecho a autonomía, autodeterminación, al territorio, a no ser asimilados forzosamente, a desarrollar y mantener su propia cultura, entre otros.¹⁵⁴ Ello ha sido posible, mediante instrumentos internacionales específicos para la protección de derechos indígenas, la interpretación ad-hoc de disposiciones de instrumentos de protección de Derechos Humanos universales y de minorías, y en el desarrollo de la jurisprudencia por órganos de derechos humanos internacionales.¹⁵⁵

En este capítulo, se revisarán los principales instrumentos internacionales que permiten la protección del agua de propiedad ancestral indígena mediante el amparo del territorio, la biodiversidad y sostenibilidad. Luego, la manera en que las directrices internacionales han influido en algunas Constituciones Políticas latinoamericanas.

¹⁵¹ STAVENHAGEN, R., Los derechos indígenas: Algunos problemas conceptuales, Revista IIDH, Vol.15, 1992, p.124-125

¹⁵² LERNER, Natan (1990). En BURDILLES P., Gabriela y MADRID, Antonio, Reconocimiento de la dimensión colectiva del derecho humano al agua y los pueblos indígenas: el caso de la asociación de regantes del río San Pedro, En COSTA, E., (2019), Ob. Cit., p.138-140

¹⁵³ STAVENHAGEN (1992), Ob. Cit., p.126

¹⁵⁴ Las principales fuentes formales internacionales específicas sobre protección a pueblos indígenas son: Convenio núm. 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos indígenas y tribales de países independientes (1989), Declaración de los pueblos indígenas y tribales (2007) de las Naciones Unidas, Declaración Americana sobre los Derechos de los pueblos indígenas (2016)

¹⁵⁵ NASH R. CLAUDIO, et. Al., Derechos Humanos y pueblos indígenas en Chile. Análisis jurisprudencial para procesos de consulta en el marco del Convenio 169 de la OIT, Centro de Derechos Humanos, Chile, 2014, p.8

1. Instrumentos internacionales en relación con la protección de la propiedad ancestral de las aguas y territorios indígenas.

El derecho humano al agua, internacionalmente es reconocido como el derecho al acceso a agua potable y saneamiento vinculado al derecho a la vida digna¹⁵⁶. No existen regulaciones internacionales completas y específicas sobre las aguas de los pueblos indígenas, sin embargo, el Sistema Universal, ha reconocido que el resguardo del derecho a agua es fundamental para su existencia, y que “El acceso de los pueblos indígenas al agua potable está estrechamente relacionado con el control sobre sus tierras, territorios y recursos ancestrales. La falta de reconocimiento o protección jurídicos de esas tierras, territorios o recursos, puede pues, tener consecuencias de largo alcance en su disfrute del derecho al agua.”¹⁵⁷

En materia de protección al agua indígena, entonces, ha sido fundamental el resguardo del derecho de propiedad sobre el territorio, explicitando la interrelación que existe entre tierra, recursos naturales, identidad y finalmente existencia de los pueblos. También, ha sido posible resguardar ecosistemas indígenas mediante la protección internacional en materia de biodiversidad y desarrollo sostenible. La importancia de los estándares establecidos por el derecho internacional, radica en que ha motivado la protección nacional a la propiedad ancestral indígena sobre sus tierras y recursos, es decir sobre sus territorios. En el caso del Estado de Chile, los principales tratados ratificados¹⁵⁸ son la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007) y el Convenio n°169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales (1989), pero también otros relativos a la protección de la naturaleza como la Declaración de

¹⁵⁶ En este sentido la Observación General N°15 sobre el Derecho Humano al Agua (2002), del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas.

¹⁵⁷ NACIONES UNIDAS, El derecho al agua, folleto informativo n°35, ONU, Ginebra, p. 26

¹⁵⁸ Los principales tratados que de sus disposiciones ha permitido la protección a los pueblos indígenas y sus territorios, son la Declaración de desarrollo sostenible de Río de Janeiro y la Convención sobre Biodiversidad (1992), la Convención Ramsar sobre zonas húmedas y aves acuáticas, Pacto de Derechos Civiles y Políticos (PDCP), Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PDESC), la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ha reconocido estos derechos aplicando la Convención Americana¹⁵⁸ y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de las Naciones Unidas, la Convención contra toda forma de discriminación en contra de la mujer ratificada en 1989, el Convenio 169 de la OIT ratificada en 2008

desarrollo sostenible de Río de Janeiro y la Convención sobre Biodiversidad (1992), la Convención Ramsar sobre zonas húmedas y aves acuáticas (1971) contienen algunas disposiciones relativas a los ecosistemas indígenas. Este marco normativo, obliga al Estado a cumplir progresivamente, una serie de derechos humanos individuales y colectivos respecto de protección de los territorios y la cultura de los pueblos indígenas.

El Convenio n°169 reconoce la naturaleza integral del territorio, lo que implica entender a la propiedad sobre las tierras indígenas y de los bienes naturales como una unidad, como se aparecía en el artículo 13;

“

1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio (Parte II, “Tierras”), los gobiernos deberán respetar la importancia especial 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 esa relación.

2. La utilización del término "tierras" en los artículos 15 y 16 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.”

Luego, en su artículo 14 el Convenio reconoce la existencia del derecho de propiedad y posesión sobre las *tierras que tradicionalmente ocupan* y, la correlativa obligación de los Estados de garantizarlo, en el sentido amplio señalado anteriormente. Cabe resaltar, que tal como declara el mismo articulado, no obsta este derecho, a que las tierras no estén siendo ocupadas exclusivamente por ellos, si es que tradicionalmente han tenido acceso a ellas, por sus actividades tradicionales y de subsistencia; este criterio debe ser especialmente considerado-según establece el mismo artículo- en caso de los *pueblos nómades y agricultores itinerantes*. Se reconoce así, como un derecho de propiedad cuya titulación es indiferente. Esto también puede ser extensivo a pueblos recolectores que, sin ser nómades,

en conocimiento de los ciclos de su territorio, hacen uso de la cosecha estacional como actividad tradicional y de subsistencia.

La forma en que se encuentra consagrado el derecho de propiedad territorial indígena, por una parte, abarca la totalidad del hábitat, considerando no solo la tierra sino todos los elementos del medio ambiente con sus diversos usos o vínculos que cada pueblo pueda tener con los mismos¹⁵⁹ y por otra, reconoce la naturaleza colectiva de este derecho. Resulta un derecho especial, diferente de cómo ha sido entendida por la doctrina convencional a la luz del derecho de propiedad privada de corte individual.

En cuanto a los bienes naturales presentes en territorio indígena, en su artículo 15 el Convenio reconoce el deber de los Estados de proteger especialmente los derechos de uso, administración y conservación sobre sus recursos. En su inciso segundo, indica además el deber de consultar y permitir la participación previa de los pueblos en todas aquellas medidas que perjudiquen sus intereses. La OIT, aclara, en la guía de aplicación, que lo anterior “debe leerse junto con los artículos 6 y 7(3) del Convenio, que especifican que deberán evaluarse, en colaboración con los pueblos indígenas, los impactos sociales, espirituales, culturales y ambientales de las actividades de desarrollo, y que los resultados de dichas evaluaciones se considerarán como criterio fundamental para la implementación de dichas actividades. Por otra parte, el artículo 7(4) estipula que los gobiernos, también en colaboración con los pueblos indígenas, deberán tomar las medidas necesarias para proteger y preservar el ambiente de sus territorios.”¹⁶⁰

¹⁵⁹ Este tema es medular, ya que la legislación entorno al agua indígena ha surgido por considerar válida cierto uso determinado del agua en desmedro de otro, como es el caso del uso realizado ancestralmente por las comunidades indígenas del norte mediante la construcción de canales y terrazas para permitir eficiencia del recurso en atención al lugar donde habitan. Ahora bien, existen otros usos que las comunidades les dan y han dado ancestralmente al recurso agua, el espiritual o el ecosistémico los cuales de igual forma son elementos claves de la permanencia de una cultura indígena.

¹⁶⁰ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Los derechos de los pueblos indígenas y Tribales en la práctica. Guía sobre el Convenio núm.169 de la OIT. Departamento de normas internacionales del trabajo, Ginebra (2009) capítulo VIII, p.108. Consulta en línea [20-11-2020] <https://www.ilo.org/global/publications/ilo-bookstore/order-online/books/WCMS_126163/lang-es/index.htm>.

Así mismo, ha señalado que debido a que los territorios son espacios con múltiples dimensiones, donde vivieron sus ancestros, desarrollan sus creencias, prácticas y sustento, siendo así, la base de su economía, de sus instituciones tradicionales y de su bienestar espiritual e identidad de los pueblos, de esta manera, el incumplimiento de este deber por parte de los Estados, amenaza la sobrevivencia de los pueblos indígenas.¹⁶¹ Por ello, debe ser respetado cualquiera de las dimensiones en torno al vínculo indígena con las aguas de sus territorios, reconociendo la relación simbiótica de los ecosistemas y la importancia simbólica de los recursos para las comunidades indígenas, junto al derecho de las comunidades a decidir sobre su propio desarrollo.

En consecuencia, de que la OIT ha sido clara en establecer la interpretación que debe hacerse respecto del concepto “territorios indígenas”, es que desde la integridad o totalidad de éste, los derechos sobre los recursos naturales como el agua deben ser entendidos con una perspectiva integral.

En base a lo expuesto, los derechos de los pueblos indígenas sobre sus recursos, entre ellos el agua, implican el derecho a propiedad, uso, administración y conservación sobre las aguas dentro del territorio, entendido como hábitat.

En la Declaración de Kioto de los Pueblos indígenas sobre el Agua (2003), quedó de manifiesto que la gestión del agua se relaciona con espiritualidad, la libre determinación y autonomía como pueblos en su territorio;

“La libre determinación incluye la práctica de nuestras relaciones culturales y espirituales con el agua y el ejercicio de nuestra autoridad de gobernar, usar, gestionar, regular, recuperar, conservar, mejorar y renovar nuestras fuentes de agua, sin interferencia.”¹⁶²

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969, ratificada por Chile en 1990) y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, son también un aporte en cuanto a la interpretación de las disposiciones de la Convención, en los derechos de los

¹⁶¹ Ibid. capítulo VII.

¹⁶² Organización De Las Naciones Unidas Para La Educación, La Ciencia Y La Cultura, Declaración de Kioto de los Pueblos indígenas sobre el Agua, Tercer Foro Mundial del Agua, UNESCO, Japón, 2003, Par: 11.

pueblos sobre sus territorios y recursos. Entre los casos más emblemáticos, que han reconocido la naturaleza amplia de los territorios incluyendo al agua y el carácter colectivo de los mismos, podemos mencionar *Mayagna (sumo) Awas Tigni v.s Nicaragua* (2000); *Comunidad indígena Yakye Axa v.s Paraguay* (2005); *Partido político Yatama v.s Paraguay* (2006), *Comunidad indígena Xákmok Kásek v.s Paraguay* (2010), *Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* (2012)¹⁶³ y recientemente *Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat vs. Argentina* (2020). El sistema interamericano ha protegido los derechos territoriales de los pueblos indígenas en base a los artículos 23 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre [la Declaración Americana] y en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos [la Convención Americana] ; aun cuando ninguno refiera expresamente a estos pueblos “[...] la CIDH (comisión) y la Corte Interamericana han interpretado ambas disposiciones en un sentido que protege los derechos que tienen los pueblos y sus integrantes sobre su tierra y sus recursos naturales, esto es, sobre sus territorios.”¹⁶⁴ La Corte Interamericana ha desarrollado contenidos mínimos sobre aquellos derechos, interpretando las disposiciones de la Convención y de la Declaración Americanas a la luz del Convenio n°169 y de Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.¹⁶⁵

Otros instrumentos, como la Declaración de Desarrollo Sostenible de Río de Janeiro (1992) y la Convención sobre Diversidad Biológica (1994), reconocen los derechos a los territorios ancestrales con sus recursos. La Declaración en su principio n°1 y n°3 establecen que los seres humanos constituyendo el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible, tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza, ejerciéndose el derecho al desarrollo, de manera que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras. Luego el principio n°7 obliga a los Estados a conservar, proteger y restablecer la salud e integridad del ecosistema de la Tierra y el n°10 establece el deber y derecho de participación en materia ambiental. Si bien, estas disposiciones no se refieren de manera expresa a los pueblos originarios, como ya se ha señalado, gran parte de la vulneración a sus derechos es producto

¹⁶³ BURDILES P., Gabriela y MADRID, Antonio (2019), Ob. Cit., p. 142-143

¹⁶⁴ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Doc. 56/09, (2010), Ob. Cit., p. 2 y 3

¹⁶⁵ Ibid.

de las consecuencias de un desarrollo desmedido en el cual no han tenido acceso a participar. La Declaración, sin embargo, en sus principios n°22 y n°23 se refiere expresamente a ellos;

“Principio 22. Los pueblos indígenas y sus comunidades, así como otras comunidades locales, desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales. Los Estados, deberían reconocer y prestar el apoyo debido a su identidad, cultura e intereses y velar porque participaran efectivamente en el logro del desarrollo sostenible.

Principio 23. Deben protegerse el medio ambiente y los recursos naturales de los pueblos sometidos a opresión, dominación y ocupación.”¹⁶⁶

La Convención sobre diversidad biológica (CDB) señala en su artículo 8 letra j) respecto a la conservación in situ;

“j) Con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovación y prácticas se compartan equitativamente.”

Estas disposiciones, reconocen la importancia de las prácticas ancestrales indígenas en la conservación sostenible del medioambiente, estableciendo la protección y promoción de sus conocimientos e innovaciones.

Respecto al Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PDESC), éste no contiene ninguna norma expresa para aludir al recurso agua, pero en el marco de la discusión en torno al agua como derecho humano el año 2002, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (CNUDESC) concluyó con la Observación General N°15, que este derecho forma parte del derecho a la vida, alimentación, vivienda y salud adecuadas garantizados en sus artículos 11 y 12 del PDESC,

¹⁶⁶ NACIONES UNIDAS, Declaración de Rio sobre el medio ambiente y el desarrollo, 1992.

y que además de ser un derecho individual es un bien público, así reconoce la obligación de los Estados de garantizar el acceso sin discriminación, específicamente respecto de aquellos grupos que tradicionalmente han tenido dificultades para ejercer este derecho como son los pueblos indígenas.¹⁶⁷ En particular, velar que el acceso de los pueblos indígenas a los recursos de sus tierras ancestrales sea protegido de toda transgresión y contaminación ilícitas, otorgando recursos para la efectiva planificación, ejercicio y control de su acceso al agua.¹⁶⁸ Este Pacto, ha sido utilizado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana para resolver cuestiones sobre territorios indígenas, ya que consagra el derecho de las minorías y de la libre determinación de los pueblos.¹⁶⁹

La Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación en contra de la Mujer (CEDAW, 1981), consagra en su artículo 2° letra H, la obligación de los Estados de adoptar medidas necesarias para eliminar la discriminación contra la mujer de zonas rurales (mujeres indígenas que forman parte de comunidades viven generalmente en zonas rurales), asegurando su derecho a gozar de condiciones de vida adecuadas, entre ellas, el abastecimiento al agua.

Las Naciones Unidas, igualmente destacan la importancia que tienen para los pueblos indígenas los territorios, en atención a la interdependencia entre cultura, identidad, costumbres y supervivencia. La Declaración de las Naciones Unidas, sobre los derechos pueblos indígenas (2007), ha establecido respecto a la relación entre costumbre y entorno natural, en su artículo 8° que los pueblos indígenas tienen derecho a no ser sometidos a asimilación forzada ni a la destrucción de su cultura, por lo mismo es deber del estado establecer mecanismos para la prevención y resarcimiento de todo acto que tenga como objeto/consecuencia privarlos de su integridad como pueblos, o su identidad étnica, como también cualquier acto que conlleve a la desposesión de sus tierras, territorios o recursos. Reconoce en su artículo 25, el derecho de los pueblos a mantener y fortalecer su relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros que tradicionalmente han

¹⁶⁷ BURDILES P., Gabriela y MADRID, Antonio (2019), Ob. Cit., pp.135-141

¹⁶⁸ CNUDESC, Comité De Las Naciones Unidas Sobre Los Derechos Económicos, Sociales Y Culturales, Observación General N°15 sobre el Derecho humano al Agua (2002), párrs.16 letra c).

¹⁶⁹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Doc. 56/09, (2010), Ob. Cit., p. 7 y 8

poseído ocupado o utilizado. Así mismo, en los artículos 27, 28 la declaración establece; el derecho que tienen los pueblos a que los Estados, apliquen un proceso justo y transparente, que reconozca debidamente las leyes, tradiciones y costumbres indígenas en caso de reconocimiento y adjudicación de los derechos sobre sus tierras, territorios y recursos, los cuales han tradicionalmente *poseído, ocupado, utilizado o adquirido*. Igualmente, en su artículo 29; el derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos. Es relevante recalcar, la protección que se le da a las medicinas tradicionales en su artículo 24, porque se entiende que son fundamentales para el cumplimiento del derecho a la vida e integridad física y psíquica, que todo individuo e individuo tiene por el solo hecho de existir, protección que abarca además la conservación de sus animales y minerales de interés vital.

Si bien, la Declaración de las Naciones Unidas no es vinculante para los Estados, fue aprobada por gran mayoría de los Estados partes - entre ellos Chile- y la Corte Interamericana de Derechos Humanos la ha citado expresamente en sus fallos que se analizarán posteriormente.¹⁷⁰ Por su parte, tanto el PDESC, como el Convenio han sido ratificados por Chile y, tal como manda el precepto constitucional chileno número 5, inciso 2º, sus disposiciones en tanto derechos humanos se tratan, constituyen un límite a la soberanía del Estado, estableciendo, de este modo una obligación positiva proactiva de promover, y negativa de no intervención en la manifestación de su derecho ancestral al territorio con lo que le accede. Es nuestro deber, interpretar la normativa nacional a la luz del Convenio y demás normativas ya mencionadas, reivindicando los diversos usos que las comunidades indígenas hacen de sus territorios, sin jerarquizar bajo la forma “occidental” de ver el mundo los usos que más parezcan protegibles.

Si bien, se han ratificado en el país instrumentos internacionales con los cuales se han sometido voluntariamente a estándares más actuales en temas de derechos humanos y colectivos, continúan desprotegidos los derechos territoriales de los pueblos indígenas. El

¹⁷⁰ BURDILES P., Gabriela y MADRID, Antonio (2019), Ob. Cit., p.142.

relator Stavenhagen, en una de las recomendaciones a Chile sobre la temática indígena advierte:

“Deberá ser revisada la legislación sectorial (tierras, aguas, minas etc.) cuyo contenido pueda entrar en contradicción con lo dispuesto en la Ley Indígena, y deberá primar el principio de la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas por encima de intereses comerciales y económicos particulares.”¹⁷¹

Posteriormente el Instituto Nacional de Derechos Humanos (2014), reconoce que existe un incumplimiento del Convenio 169, lo cual se ha reflejado en una *deteriorada convivencia interétnica*, señala como piedra angular para su solución; el reconocimiento de la propiedad y posesión sobre sus territorios contemplando sus recursos, fundamentado no únicamente por la ocupación material, sino que, según manda el instrumento internacional en comento, la protección incluye el uso y ocupación del entorno vinculado a su tradición cultural. Adicionalmente, informa que la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, ha concluido que el Estado de Chile no ha adecuado sus políticas sobre tierras a los estándares señalados por el convenio, e insta al Estado a establecer mecanismos para la regularización de las tierras.¹⁷² Se aprecia que la protección internacional y su ratificación por el Estado de Chile, no es suficiente para dar efectiva protección a los territorios con sus recursos, toda vez que existe una regulación sectorial que contradice la naturaleza de las aguas indígenas y su vínculo simbiótico con el territorio ancestral.

2. Protección de las aguas indígenas en la experiencia comparada constitucional latinoamericana.

En este apartado, se contextualiza el desarrollo de la protección de los derechos territoriales indígenas y del tratamiento en los primeros países de América, en que se consagró la protección al agua indígena, luego se muestran ejemplos de Constituciones Latinoamericanas que expresamente se han pronunciado respecto del agua que cursa territorio indígena. En el contexto actual de proceso constituyente que vive el país, es importante tener a la vista

¹⁷¹ STAVENHAGEN, R., Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas sobre su visita a Chile (2003).

¹⁷² VIAL SOLAR, T., ed. (2014), Ob. Cit., cap. 5 Territorios y Derechos Humanos, p. 231-245

experiencias comparadas, para tomar lo que haga sentido a los pueblos que habitan el país y para evitar las deficiencias que puedan relacionarse a un reconocimiento de papel que no sea efectivo en la práctica.

En cuanto a la consagración de los derechos indígenas, por parte de los ordenamientos jurídicos estatales en América Latina, Yrigoyen(2011)¹⁷³ distingue tres ciclos; el primero antes de la existencia del Convenio n°169 donde algunos países como Nicaragua, Brasil y Guatemala modifican sus constituciones para consagrar algunos derechos colectivos indígenas, principalmente entorno a la dimensión cultural, luego el segundo inicia con la entrada en vigencia del Convenio y su ratificación por diversos países, que amplía esta gama de derechos a reconocer por las Constituciones de los Estados a los derechos políticos de participación, consulta, a la propiedad y posesión del territorio y autonomía en sentido integral con la gestión y control de los recursos que ocupan o utilizan de alguna manera, como también el reconocimiento del derecho consuetudinario dentro de la jurisdicción de los Estados, incluyendo los sistemas de justicia propios de los pueblos indígenas, entre otros. Este segundo ciclo, se ha denominado constitucionalismo multicultural, sin embargo, una gran brecha de implementación se observó por el Relator para las Naciones Unidas Stavenhagen(2006), ya que en definitiva la mayoría de los países no contaban con mecanismos ni voluntad política real para hacer efectivas dichas disposiciones.¹⁷⁴ En ese contexto, con el respaldo de la reciente Declaración de los Pueblos Indígenas y Tribales de las Naciones Unidas (2007), siguiendo a Yrigoyen, se dio lugar al tercer ciclo de reconocimiento denominado constitucionalismo plurinacional, esta vez impulsado por estrategias indígenas, orientadas algunas a la disputa de espacios políticos dentro de las instituciones de los estados, cuestionando el concepto de Estado-Nación e incorporando instituciones plurinacionales dentro de su estructura. ¹⁷⁵ Destacan en ese período,

¹⁷³ YRIGOYEN (2011), En AYLWIN J., Los derechos de los pueblos indígenas en América Latina: Avances jurídicos y brechas de implementación, Revista Derechos humanos de los grupos vulnerables, Universidad Austral, s.f, p. 276-277

¹⁷⁴ AYLWIN J., Los derechos de los pueblos indígenas en América Latina: Avances jurídicos y brechas de implementación, Revista Derechos humanos de los grupos vulnerables, Universidad Austral, s.f, p.227

¹⁷⁵ AYLWIN J., Los derechos de los pueblos indígenas en América Latina: Avances jurídicos y brechas de implementación, Revista Derechos humanos de los grupos vulnerables, Universidad Austral, s.f, p.278

movimientos autonomistas que propugnan el autogobierno y autonomía efectivas “a propia mano” mediante el control territorial, sin esperar la aprobación del respectivo estado.¹⁷⁶

Dentro de los países del continente americano, ha señalado Gentes¹⁷⁷, que los primeros en establecer una protección especial para los territorios y aguas indígenas fueron Canadá, Estados Unidos y Nueva Zelanda, aunque en la práctica adolecen de vicios que constituyen barreras a su efectiva protección, lo cual se ha ido replicando en el resto del continente sur americano.

En Canadá¹⁷⁸, la reforma constitucional de 1982 reconoce los derechos ancestrales que emanan de tratados de los pueblos originarios de Canadá.¹⁷⁹ Los jueces canadienses por su parte, han fallado que tanto tratados como normas nacionales deben interpretarse de forma amplia, liberal y equitativa amparando a los pueblos originarios, sin embargo, establece un sistema de consenso entre las partes involucradas al momento de disputas por derechos de agua o tierra, donde en definitiva la política pública viene a permitir negociaciones a partir de los tratados de reivindicación territorial y de recursos por medio de los cuales los indígenas ceden, transfieren y renuncien a los derechos ancestrales.¹⁸⁰ Como contra partida a lo anterior, se ha suscrito el Convenio Nsga’a (2000) que protege el autogobierno según la política de derechos inherentes el cual prometía mayores políticas en torno a lo mismo beneficiando a más comunidades.¹⁸¹

¹⁷⁶ El EZLN (ejército zapatista de liberación nacional) es uno de los movimientos más conocidos y cuyos orígenes se remontan a la época de la conquista, ha señalado Berdichewski “Se inició por los Aztecas contra el conquistador Hernán Cortés en Norteamérica y por los Incas contra Francisco Pizarra en Sudamérica, a comienzos del siglo XVI. A finales de la colonización europea la revuelta india dirigida por Tupac Amaru en Perú, a fines del Siglo XVIII -precursora de la independencia de las naciones americanas -fue tal vez la más significativa. En la época moderna la rebelión de los Mapuche en Chile, en la segunda mitad del Siglo XIX y la de Wounded Knee en EE.UU. de Norteamérica a fines de ese siglo, inician entre otras las modernas luchas de liberación indígena dentro de las propias naciones americanas independientes.” Berdichewsky, Bernardo PhD, Tomo I, Actas del Tercer Congreso Chileno de Antropología. p. 147

¹⁷⁷ GENTES, I. (2002), Ob. Cit., p.31--34

¹⁷⁸ Canadá es un país con una población indígena de 1,7 millones aproximadamente constituyen casi un 5% de la población total, pertenecientes a tres naciones. (fuente: IWGIA <https://www.iwgia.org/es/canada/3374-mi2019-canada.html>)

¹⁷⁹ GENTES, I. (2002), Ob. Cit., p.33

¹⁸⁰ GENTES, I. (2002), Ob. Cit., p.33

¹⁸¹ Ibid., p.32

En Estados Unidos¹⁸² la Corte Suprema, sentó las bases de la doctrina de *Reserved Rights* o de los derechos reservados a beneficio de territorios nativos (1908), la cual también se ha extendido a reservas, bosques y parques nacionales; esta corresponde a la doctrina sobre los recursos hídricos que garantiza a las tribus el derecho para valerse del agua necesaria para satisfacer los requerimientos para los que las *reservaciones*- espacios definidos a las cuales las tribus fueron asignadas, creadas para servir como hogares permanentes de las tribus, donde podrían sobrevivir y ser autosuficientes- habían sido creadas.¹⁸³ Para cuantificar los derechos de aguas de las reservaciones, la Corte acude a la técnica de “terrenos potencialmente regables”, para otorgar caudales respectivos en base a la capacidad plena de la reservación en la utilización de las aguas, examinando los tipos de suelo, clima, topografía y salinidad, entre otros, lo cual implica grandes costos y procesos extensos contenciosos.¹⁸⁴ Sin embargo, se perciben problemas como; gran cantidad de los caudales que ya habían sido otorgados en virtud de la doctrina de la apropiación previa a los usuarios tradicionales ribereños no-indígenas, y la dificultad de no poder ponerlos en práctica por carecer de recursos para implementar tecnología de captación y distribución del recurso¹⁸⁵. Por otro lado, las aguas que se han otorgado no son suficientes y se encuentran en pugna con otros usuarios, ello ha traído la consecuencia de que muchas reservaciones son muy pequeñas o infértiles. Esto, ha traído el debate sobre si las tribus o pueblos indígenas en general deberían tener permiso para que sus derechos de aguas sean utilizados fuera de sus reservas. Dos propuestas principales, se aferran a distintas maneras de interpretar lo que es “útil a las reservaciones”. Por una parte, quienes se oponen a la comercialización argumentan que lo natural del derecho reservado es hacer de utilidad y esto no se satisface utilizándolas en otra parte. Por la otra, fundan que la meta de las reservaciones, es que los pueblos puedan ser autosuficientes, la cual puede ser mejor lograda si ingresan sus recursos al mercado, por lo que esto otorgaría mayor certeza a no indígenas que pudieran comprar por el derecho a usar

¹⁸² Estados Unidos de América, tiene una población indígena de 6.6 millones o un 2% de la población total, (fuente: IWGIA. Consulta en línea [20-11-2020] <https://www.iwgia.org/es/estados-unidos.html#:~:text=La%20poblaci%C3%B3n%20ind%C3%ADgena%20en%20los,m%C3%A1s%20com%C3%BAnmente%20como%20grupos%20nativos.>)

¹⁸³ GENTES, I. (2002), Ob. Cit., p. 33-34

¹⁸⁴ Ibid.

¹⁸⁵ Ibid., p. 30-32

su agua.¹⁸⁶ Recientemente, la manera de solucionar los conflictos, ha sido mediante acuerdos negociados implementados luego por legislación federal, lo que ha permitido aplicar los derechos de aguas tribales al tiempo que se protegen los usos no indígenas.¹⁸⁷

En Bolivia gracias a la Guerra del Agua en Cochabamba el año 2000¹⁸⁸, la Ley de Dominio y Aprovechamiento de Aguas (1906) que consideraba el agua como propiedad privada, es modificada con la Ley N°2066¹⁸⁹ que crea la categoría de registro de aguas y faculta a los pueblos indígenas campesinos a prestar servicios de agua de uso doméstico y poblacional a sus usuarios por tiempo indefinido, además elimina el derecho a exclusividad a empresas concesionarias.¹⁹⁰ Posteriormente, con la Nueva Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009 (CPEPB, en adelante), respecto del recurso hídrico, establece que su dominio originario corresponde al Estado, al mismo tiempo que reconoce el valor del agua como derecho humano y derechos específicos para los pueblos indígenas campesinos.¹⁹¹

Ahora bien, a pesar de los avances en términos constitucionales, han existido problemas de implementación de las disposiciones e incongruencias con las políticas adoptadas por el gobierno plurinacional y la autonomía efectiva, sobre todo en la tierras bajas del país.¹⁹² Sin embargo, es relevante considerar que la CPEPB, expresa un gran avance en cuanto a incorporar principios propios de la cosmovisión indígena como el derecho al Suma Qamaña

¹⁸⁶ GETCHES, DAVID H., Los derechos e intereses relacionados con el agua de los pueblos indígenas bajo la ley estadounidense, Universidad de Boulder Colorado. En Legislación de Aguas y Derechos Indígenas: Hacia el reconocimiento de los derechos de agua y reglas de gestión indígenas y campesinos en la legislación nacional sobre los recursos hídricos, Resumen de las presentaciones en el encuentro público (7 de marzo de 2002) con ocasión del Seminario Internacional WALIR, 4 a 8 de marzo de 2002, Países Bajos, p. 26-27

¹⁸⁷ GETCHES, DAVID H. (2003), Ob. Cit., p. 17-18

¹⁸⁸ Sobre la guerra del agua en Cochabamba, movimiento popular por el agua durante el año 2000 ver Luis Sánchez Gómez y Philip Terhorst, "Cochabamba, Bolivia: asociaciones públicas y colectivas tras la guerra del agua", en Transnational Institute (TNI); Corporate Europe Observatory (CEO), Por un modelo público de agua. Triunfos, luchas y sueños, El Viejo Topo, Madrid, 2005.

¹⁸⁹ Ley N°2066 de Prestación y utilización de Servicios de Agua Potable y Alcantarillado Sanitario, 11 abril 2000, Bolivia.

¹⁹⁰ HENDRIKS JAN, Legislación de aguas y gestión de sistemas hídricos. En: Urteaga P., Boelens R., Derechos Colectivos y Políticas Hídricas en la Región Andina, WALIR, Instituto de Estudios Peruanos Ediciones, 2006. p. 49-53 y 60.

¹⁹¹ Respecto a la propiedad de las aguas, su consagración como Derecho Humano y la protección de las aguas indígenas, ver: Nueva Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009, Artículos 16°, 20°, 373 y 374.

¹⁹² AYLWIN, J., MEZA-LOPEHANDIA M. y YAÑEZ N. (2013), Ob. Cit., p. 563-564

o Buen Vivir¹⁹³, el cual implica consagrar el derecho a la libre determinación, autonomía y autogobierno en el marco de la unidad del Estado y la consolidación de sus entidades territoriales.¹⁹⁴ La CPEPB, reconoció el dominio ancestral sobre los Territorios comunitarios de origen, mediante la titulación colectiva de sus tierras y territorios, propiedad comunitaria indivisible, imprescriptible, inembargable, inalienable y exenta de impuestos.¹⁹⁵ Respecto a los bienes naturales indígenas, protege sus lugares sagrados, el derecho a vivir en un medio ambiente sano, con manejo y aprovechamiento adecuado de los ecosistemas, con el derecho a participar en los beneficios de explotación de sus territorios, al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables existentes en los mismos, sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos por terceros.¹⁹⁶ En todo caso, aquella relación con el recurso hídrico, no implica propiedad total sobre la misma, ya que las aguas son declaradas inapropiables por ser de dominio del Estado Plurinacional y se entregarán a modo de concesiones por la Ley de Riego, en respeto de los usos y costumbres indígenas en la gestión sustentable del agua.¹⁹⁷

En Ecuador¹⁹⁸, la Constitución Política de la República de Ecuador de 2008 (CPRE en adelante), tiene como panorama el reconocimiento del derecho humano al agua¹⁹⁹, junto con la inclusión del principio de Sumak Kawsay (buen vivir) referido al derecho a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado que garantice la sostenibilidad²⁰⁰, el cual impregna los principios del Estado ecuatoriano y las funciones de sus instituciones. Respecto al derecho indígena, sobre los recursos que se encuentren en sus tierras, establece el derecho

¹⁹³ Nueva Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia (2009), Artículo 8° inciso segundo.

¹⁹⁴ Nueva Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia (2009), Artículo 2°.

¹⁹⁵ Nueva Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia (2009), Artículo 394°.

¹⁹⁶ Nueva Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia (2009), Artículos 30 n°4, n°5, n°6, n°7, n°10, n°16 y n°17.

¹⁹⁷ Nueva Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia (2009), Artículo 373°.

¹⁹⁸ Ecuador, tiene una población indígena de 1.1 millones de indígenas pertenecientes a 14 naciones distintas, en una población de 17.200.000 habitantes (fuente: IGWA Organización No Gubernamental, consulta en línea, [08-09-2020]<https://www.iwgia.org/es/ecuador/3396-mi2019-ecuador.html#:~:text=La%20poblaci%C3%B3n%20ind%C3%ADgena%20de%20Ecuador,total%20de%2017.200.000%20habitantes.>)

¹⁹⁹ Constitución Política de la República de Ecuador (2008), Artículo 12°

²⁰⁰ Constitución Política de Ecuador (2008), Artículo 14 °

a participación en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos renovables.²⁰¹

Gran relevancia a suscitado, que este es uno de los países pioneros en reconocer constitucionalmente los derechos de la naturaleza pacha mama, entregando una acción popular constitucional para exigir el cumplimiento, respeto y regeneración de la naturaleza.²⁰² Además, reconoce explícitamente la propiedad colectiva como forma ancestral de organización territorial.²⁰³ Aun así, se puede ver que en la práctica la situación es diferente, reflejo de ello son las constantes movilizaciones indígenas en el país desde el “primer levantamiento” (1990), y respecto al recurso agua, la movilización por la defensa del agua contra la ampliación minera y petrolera en la Amazonía, Páramos y zonas de alta biodiversidad en el año 2015.²⁰⁴

En Brasil, con la gran diversidad de pueblos indígenas²⁰⁵ y una importancia global relacionada a la protección de los cursos de agua que nacen en el Amazonas y que se diversifican alrededor de todo el resto del continente suramericano, su Constitución Política Federal (1988), reconoce los derechos originarios de los indígenas a las tierras ocupadas ancestralmente, incluyendo los recursos ambientales necesarios para el beneficio del mismo. Sin embargo, el congreso nacional tiene la facultad de autorizar la explotación y aprovechamiento de recursos hidráulicos y la búsqueda y extracción de riquezas minerales en tierras indígenas, siempre que sean oídas las comunidades afectadas, quedándoles asegurada la participación en los resultados de la extracción, en la forma de la ley ²⁰⁶. En la práctica, se ha dado paso a establecer una política extractivista que va reduciendo el hábitat

²⁰¹ Ver artículo n° 5, n°6 y n°9, Capítulo Cuarto; Derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades. Constitución de la República del Ecuador, 2008.

²⁰² Constitución Política de Ecuador (2008), artículo 71°

²⁰³ Constitución Política de Ecuador (2008), artículo 60°

²⁰⁴ ACOSTA, ANA MARÍA, La protesta indígena y popular que levantó a Ecuador WAMBRA, Medio digital comunitario, Consulta en línea [08/08/2020] <https://wambra.ec/la-protesta-indigena-y-popular-que-levanto-a-ecuador/>]

²⁰⁵ Brasil tiene una población indígena de 900.000 personas aproximadamente, conformadas en alrededor de 305 tribus, lo que equivale al 0,4% de la población brasileña, Survivor, Organización No Gubernamental [20-11-2020] <https://www.survival.es/indigenas/brasil>]

²⁰⁶ Constitución Política Federal de Brasil (1988), artículos 49° y 231°.

del Amazonas, principalmente mediante la industria del caucho, forestación e instalaciones petroleras.

Siguiendo el desarrollo de la legislación comparada, en términos de propiedad y uso del recurso agua dentro de los territorios ancestrales indígenas, resulta evidente que hay avances en materia de reconocimiento a los derechos territoriales indígenas; primero existe una preferencia o prioridad de constitución, en atención a la naturaleza del derecho que se invoca, y segundo, existe una integridad en el concepto de territorio, donde resulta que el agua es necesaria para el beneficio del mismo. Dentro de la experiencia comparada en el continente americano, encontramos al menos a nivel constitucional, ejemplos de una amplia consagración de la propiedad ancestral indígena sobre sus territorios, con sus recursos e incluso espacios sagrados y el derecho a participar y ser consultados si estos derechos fueran afectados. Ahora bien, también es posible percatarse que lo anterior no ha evitado procesos de negociaciones asimétricas, entre intereses empresariales o no-indígenas, para obtener sus derechos de aguas, ni tampoco los problemas derivados de la contaminación ni escasez producto de una especie de superposición de derechos con el resto de los usuarios.

En cuanto al territorio del Estado de Chile, la Constitución Política de la República de 1980 con sus reformas, no reconoce ni la existencia de los pueblos indígenas ni mucho menos consagra derechos territoriales de manera expresa sobre los mismos, sin embargo, se puede entender propiedad en sentido amplio resguardando así otros tipos de propiedades como la comunitaria o colectiva. Sin embargo, como ya se ha indicado se reconoce en la Ley N° 19.253 de Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas (1993), derechos de agua ancestral para ciertas comunidades de pueblos del norte del país, sin pronunciarse respecto del resto de pueblos y los derechos ancestrales sobre las aguas, contemplando únicamente un subsidio para la constitución o regularización de derechos de aguas dentro del marco general de la regulación del recurso de propiedad privada. Por tanto, vemos que la protección a los territorios y recursos indígenas en el país, está atrasada en comparación a la tendencia latinoamericana, donde tampoco ha sido posible resguardar eficazmente sus derechos a pesar de los esfuerzos.

Capítulo IV: Régimen de las Aguas Indígenas en Chile.

Debido a la fluidez del agua, resulta compleja la regulación de la propiedad que se tiene sobre ella, ya que el dominio se confunde con la facultad de uso del recurso. Su naturaleza de bien común y la diversidad de disponibilidad del recurso, atendiendo a las diferencias geográficas y la relación que tiene con la tierra, son elementos que dificultan su regulación en el tráfico jurídico.²⁰⁷

Respecto al régimen de aguas indígena, la legislación nacional ha protegido los derechos indígenas sobre las mismas mediante la Ley N°19.253 sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas (1993); de manera indirecta protegiendo los ecosistemas indígenas, su identidad cultural y propias formas de organización, y de manera directa señalados instituciones medulares; primero, el derecho a adquirir derechos de aprovechamiento de aguas (en adelante DDA) por personas o comunidades indígenas- mediante compra o subsidio por el Fondo para las Tierras y Aguas indígenas, CONADI- y, segundo el reconocimiento del derecho de propiedad ancestral, sobre las agua de los Pueblos indígenas del norte del país.²⁰⁸ Sin embargo, estas instituciones no son autosuficiente ni totalmente autónomas del régimen general de aguas.

El Código de Aguas (en adelante CdA) actual fue publicado en 1981, obedece a una lógica privatista del recurso y orientado al libre mercado²⁰⁹ -propia de la mayoría de la legislación que emanó en Dictadura- donde no establece normativa expresa en torno a las aguas indígenas hasta la reforma del año 2005, la cuallo hace de forma indirecta, protegiendo zonas de humedales que alimentan vegas y bofedales, las que resultan de gran relevancia para el abastecimiento de agua que requieren los pueblos indígenas²¹⁰. El CdA considera la propiedad del recurso separado de la propiedad sobre la tierra²¹¹, y lo declara Bien Nacional

²⁰⁷ GAZZANIGA, JEAN-LOUISE, ¿A quién le pertenece el agua?, Revista de Derecho de Minas y Aguas. Vol III, 1992, p.168

²⁰⁸ YÁÑEZ, N., y GENTES, I., Derechos locales sobre las aguas en Chile: análisis jurídico y político para una estrategia de gestión pertinente en territorios indígenas. Resumen ejecutivo. WALIR, 2005. p. 16

²⁰⁹ BAUER, CARL J., Canto de Sirenas: el derecho de aguas chileno como modelo para reformas internacionales, Ediciones El Desconcierto.cl, Santiago, Chile, 2015, p.73

²¹⁰ Ley N°20.017, Reforma al artículo 58 del Código de Aguas, en cuanto a la prohibición de exploraciones en zonas que alimenten vegas y bofedales en las regiones de Tarapacá y Antofagasta, que son zonas de emplazamiento ancestral indígena y aquellos recursos fundamental fuente que alimenta sus cauces y tierras.

²¹¹ BAUER, CARL J. (2015), Ob. Cit., p.73

de Uso Público (BNUP), por tanto de propiedad pública, al tiempo que establece la facultad privativa del gobierno nacional de otorgar derechos privados de uso denominados Derechos de Aprovechamiento²¹² (en adelante DDA), de tipo consuntivos (su uso la consume totalmente) y no consuntivos (su uso obliga a restituir en forma calidad y sustancia que no perjudique a terceros), de uso permanente o eventual y continuo o discontinuo.²¹³ En su utilización, ya sea para consumo humano, animal, industrias extractivas, agricultura etc. características que, pueden ser contrarias a las lógicas indígenas colectivas de uso y distribución del recurso.

A continuación, se revisa en primer lugar el régimen general de aguas, luego el régimen general de las aguas indígenas y finalmente el régimen especial para las comunidades del norte del país.

1. Régimen general establecido en el Código de Aguas de 1981.

La Constitución Política de la República de Chile (CPR), consagra la inapropiabilidad sobre aquellas cosas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o a la Nación toda (art. 19 n°23) como es el agua. Luego, la misma CPR reconoce el derecho de los particulares sobre las aguas, -que *reconocidos* o *constituidos* según ley- otorgarán a sus titulares propiedad sobre ellos (art.19 n°24). Delimitar cuál es la naturaleza jurídica del agua como recurso, es un tema que la doctrina ha debatido arduamente en virtud de esta aparente contradicción entre el agua como BNUP y los derechos de aprovechamiento de aguas.

En este apartado, se explican en primer lugar las formas en que estos derechos pueden obtenerse; ya sea constituidos o reconocidos en conformidad a la ley, haciendo hincapié en que esta última es la forma en que las comunidades indígenas regulan sus aguas ancestrales. En segundo lugar, se señalan las características del derecho de aprovechamiento, como la institución por la que se otorgan a los particulares derechos sobre las aguas. Finalmente, en

²¹² Ibid. p. 74

²¹³ MINISTERIO de Justicia, Código de Aguas, D.F.L. N° 1.122, Chile, 1981, reconoce ambos usos consuntivo y no consuntivo en sus artículos 12° al 19°.

base a lo anterior, se observan las apreciaciones por parte de la doctrina respecto a la naturaleza jurídica del agua en nuestro ordenamiento jurídico.

i) Constitución y Reconocimiento de derechos de aprovechamiento sobre las aguas.

En primer lugar, en conformidad a lo señalado por el artículo 20 del CdA, el derecho de aprovechamiento de aguas, se *constituye* por un acto de autoridad y la posesión de los derechos así constituidos, se adquiere por la competente inscripción.

La solicitud se presenta ante el organismo correspondiente- DGA o Gobernador de provincia, – por el cual el interesado se somete al procedimiento administrativo regulado en el título I del Libro Segundo, con especial mención en los requisitos de admisibilidad de la petición consagradas en el artículo 140, y las publicaciones que se refiere el artículo 131 del CdA, distinguiendo si se solicita para aguas superficiales o subterráneas entre otros. Finalmente, el otorgamiento “se realiza mediante un acto administrativo, una resolución dictada por el director general de aguas, la que luego se reduce a escritura pública y copia autorizada de ella inscrita en el Registro de propiedad de aguas del conservador de bienes raíces respectivo”.²¹⁴

En segundo lugar, los derechos de aguas *reconocidos* son determinados usos a la que la legislación nacional otorga validez o reconocimiento. El artículo °2 de las disposiciones transitorias del Código, establece que los “derechos de aprovechamiento que estén siendo utilizados por personas distintas de sus titulares a la fecha de entrar en vigencia este código, podrán regularizarse cuando dichos usuarios hayan cumplido 5 años de uso ininterrumpido, contados desde la fecha en que hubieren comenzado a hacerlo, en conformidad con las reglas siguientes;” el mismo artículo en su inciso final amplía su procedencia para los casos en que

²¹⁴ALEGRÍA CALVO, María Angelica y VALDÉS HERNÁNDEZ, Fernando, Dirección General de Aguas y Ministerio de Obras Públicas. El agua y los pueblos originarios Aymará y atacameños. Actas III Jornadas de Derecho de Aguas, 2000, p. 336

otras personas “(...) *solicitar en inscribir derechos de aprovechamiento no inscritos, y aquellos que se extraen en forma individual de una fuente natural.*”²¹⁵

Estos requisitos establecidos por el mismo artículo serían; (1) La utilización deberá haberse efectuado libre de clandestinidad o violencia, y sin reconocer dominio ajeno; (2) La utilización debe cumplir al menos 5 años de uso ininterrumpido y con anterioridad a la vigencia del Código; (3) La solicitud se elevará a la Dirección General de Aguas ajustándose en la forma, plazos y trámites a lo prescrito en el párrafo 1° del Título I del Libro II de este código.

Esta regulación vino de la mano del Decreto Ley N° 2603 de 1979 el cual tenía por objetivo- “(...) iniciar el proceso de normalización de todo cuanto se relaciona con las aguas y sus diferentes formas de aprovechamiento, [...] Que la legislación vigente sobre esta materia no corresponde a los principios que inspiran al Supremo Gobierno en el proceso de institucionalidad del país (...).”²¹⁶, lo anterior, en atención a la reforma agraria que estaba imperando. Este decreto, en su artículo 7°, reconoce los usos consuetudinarios de aguas, por a la presunción de dominio del dueño del inmueble donde se estén utilizando o a quien se encuentre haciendo uso efectivo del recurso. Tres años más tarde, se le da la bajada al actual artículo 2 transitorio ya mencionado.

Para solicitar aguas subterráneas, artículo transitorio 3°, modificado en 2005 establece que “se deberá acreditar el dominio del predio donde se encuentra el pozo o la autorización del dueño del terreno que conste en documento firmado ante notario.” Continúa, que si se encontrare en un BNUP o un bien fiscal debe contar con autorización del organismo correspondiente.

²¹⁵ MINISTERIO de Justicia, Chile, Código de Aguas, D.F.L. N° 1.122, (1981). Disposiciones Transitorias; ARTICULO 2°; *Los terceros afectados podrán deducir oposición mediante presentación que se sujetará a las reglas señaladas en la letra anterior, y (4) Vencidos los plazos legales, la Dirección General de Aguas remitirá la solicitud y todos los antecedentes más la oposición, si la hubiere, al Juez de Letras en lo Civil competente, quien conocerá y fallará de acuerdo al procedimiento establecido en el artículo 177 y siguientes de este código.*

²¹⁶ MINISTERIO AGRICULTURA de Chile, Decreto Ley N° 2.603, que modifica y complementa Acta Constitucional N° 3; y establece normas sobre Derechos De Aprovechamiento De Aguas y Facultades Para El Establecimiento Del Régimen General De Las Aguas, Considerando único.

Existen así mismo en el Código, otros usos que no son necesarios inscribirlos, ya que se presumen dominio a favor de quien los utiliza, es el caso de las aguas que nacen y mueren dentro de una misma heredad.²¹⁷

De este modo, los DDA constituidos, son aquellos que nacen de una concesión por parte de la autoridad (Dirección General de Aguas en adelante DGA) mediante un acto constitutivo de la administración, los DDA reconocidos son aquellos que no nacen con el acto de autoridad, sino que éste reconoce la su legitimidad en tanto uso consuetudinario sobre las aguas que antecede a la vigencia del Código²¹⁸.

Por tanto, según reconoce el profesor Obando, estamos hablando de una regularización sobre derechos de aprovechamiento pretéritos, consuetudinarios, inmemoriales preexistentes, distintos a los nuevos derechos de aprovechamiento que se originan por el acto de autoridad.²¹⁹ Este ha sido el artículo utilizado-no únicamente- para reconocer los derechos de aguas de los pueblos indígenas- o ribereños- en general, fundado en su derecho propio, con excepción del caso de las comunidades Aymaras y Atacameñas, quienes además utilizan la protección especial sobre la propiedad ancestral de sus aguas establecidas en la ley indígena.

ii) Elementos del derecho de aprovechamiento de aguas del código de 1981.

Es así como en “estado de naturaleza” son inalienables, pero en otro estado - o producto del uso- como derecho de aprovechamiento, el cual se mide en volumen por unidad de tiempo²²⁰ (litros por segundo), pasan a ser bien susceptible de transacciones económicas.

Según Carl J. Bauer, se aprecia en el CdA una radicalización en la liberalización del recurso, reduciendo drásticamente el papel del gobierno en la gestión, fortaleciendo tanto la propiedad privada como el control privado para usar aguas públicas, separándolas de la tierra y

²¹⁷ MINISTERIO de Justicia, Código de Aguas, D.F.L. N° 1.122, Chile, 1981, Artículo 20° inciso segundo y tercero

²¹⁸ VERGARA BLANCO A., Derecho de Aguas, **Santiago, Editorial Jurídica de Chile**, 1998, p. 322

²¹⁹ Obando Camino, Iván, Regularización de derechos de aprovechamiento no inscritos, provenientes de usos consuetudinarios de aguas, Actas de Derecho de Aguas N°3 (2013), p. 253-262

²²⁰ En la práctica, señala Carl Bauer existen derechos más antiguos que se expresan como proporciones de los caudales disponibles u otras medidas. En: BAUER, C.J.(2015), Ob. Cit., p. 75

otorgando a su titular la posibilidad de vender, comprar, hipotecar, heredar y transferir libremente como cualquier otro bien inmueble.²²¹

En esa misma línea, la ley vigente permite solicitar gratuitamente derechos de aprovechamiento sin estar sujetos a impuestos o tarifas en la medida que sean utilizados²²², no existen usos preferentes y en caso que coincidan solicitudes de DDA se realiza un remate al mejor postor (artículos 142 y ss.). Éstos, son otorgados de manera perpetua, sin derecho a preferencia sobre un uso en desmedro de otro, y no quedan los particulares ni los sucesores condicionados a un determinado uso. Así, la autoridad administrativa, está obligada simplemente a un examen de admisibilidad y conserva escasas potestades para fiscalizar el adecuado uso y aprovechamiento.²²³

El Código de 1981, no considera el agua como parte de un ecosistema, sin embargo, las últimas modificaciones que se han realizado al CdA, han permitido que actualmente exista un potencial marco normativo sustentable en torno a la gestión de las aguas, considerando la naturaleza ecosistémica de esta, como el caudal mínimo ecológico, reserva de caudales, decretos de escasez, expropiación, reducción temporal de ejercicio, turnos y prorratas, sanciones a extracciones no autorizadas de aguas.²²⁴

Cabe señalar, que de la revisión de algunos procesos judiciales de primera instancia en materia de recursos hídricos, se ha evidenciado una ausencia del rol de la Dirección General de Aguas, quien vendría a representar el garante de la dimensión pública de las aguas en los procesos de adjudicación de derechos de aprovechamiento, lo cual en conjunto con “malas prácticas” por los tribunales en esta materia, genera falta de fiscalización con un recurso tan estratégico²²⁵, el cual además puede tener usos especiales indígenas que se deben proteger.

²²¹ BAUER, C.J.(2015). Ob. Cit., p. 75

²²² La reforma del año 2005 del Código de Aguas por medio de la ley N°20.017 consagró entre otras modificaciones el cobro de patente por no uso, que grava los derechos de aprovechamiento de aguas no utilizadas, evitando el uso especulativo del recurso. En: MEZA S., CATALINA, Aplicación de patente por no uso de aguas en Chile, En Actas de Derechos De Aguas N°4 (2014) p. 50

²²³ ATRIA, Fernando y SALGADO, Constanza, La propiedad, el dominio público y el régimen de aprovechamiento de las aguas en Chile, Thomson Reuters, 2016, p.70-73

²²⁴ Valenzuela, Christian y Silva, Agustín, Mercados de agua para la sustentabilidad: una oportunidad para desencadenar necesarias reformas legales políticas públicas pro-reasignación del recurso. En: BELEMMI, V. La regulación de las aguas: nuevos desafíos del siglo XXI. Actas de las II Jornadas del régimen jurídico de las aguas, DER Ediciones, p.81-86

²²⁵ Al respecto ver: AMAYA, A., et. al., El acceso al recurso hídrico en la praxis judicial chilena: paradojas y malas prácticas, Actas de Derecho de Aguas, N°6, 2016.

iii) Naturaleza jurídica del Derecho al Agua en Chile; discusión doctrinaria.

En base a lo anterior, de las cuestiones más debatidas en doctrina respecto al derecho de aguas, es sobre la naturaleza jurídica de este, no siendo un tema pacífico en la doctrina actual.

En virtud de lo establecido tanto por el código civil como en el código de aguas²²⁶, éstas serían BNUP, es decir su dominio pertenece a la nación toda y su uso a todos los habitantes de la nación²²⁷. Diferenciándose así, tanto de los bienes fiscales donde el titular es el Estado, como de los bienes privados susceptibles de apropiación por un particular, otorgándole pleno dominio. De este modo y en relación con lo establecido por el artículo 19 n°23 de la CPR, las aguas no son susceptibles de dominio privado por pertenecer a la nación toda, ya que la naturaleza los ha hecho comunes a todas las personas. Según Vergara Blanco, las aguas en sí mismas, en su estado natural, tienen la naturaleza jurídica de bienes comunes, consagrado de manera implícita por la CPR, ya que al referirse a los derechos “constituidos”, se supone evidente que la autoridad sólo puede constituirlos en la medida que son públicos (o comunes²²⁸) ni privados ni res nullus.²²⁹

Ahora bien, el artículo 6° del Código de Aguas establece que;

“El derecho de aprovechamiento 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 prescribe este Código.

El derecho de aprovechamiento sobre las aguas es de dominio de su titular, quien podrá usar, gozar y disponer de él en conformidad a la ley. (...)”

²²⁶ MINISTERIO de Justicia, Código de Aguas, D.F.L. N° 1.122, Chile, 1981, Artículo 5°; “Las aguas son bienes nacionales de uso público y se otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellas.”

²²⁷ MINISTERIO de Justicia, Código Civil, República de Chile, Artículos 589 y 595

²²⁸ Vergara señala que las aguas han devenido en bienes comunes debido a la práctica de la autogestión local del recurso. En: Vergara Blanco, Alejandro, *Crisis institucional del Agua, Descripción del modelo jurídico, crítica a la burocracia y necesidad de tribunales especiales*, Ediciones Universidad Católica de Chile, (2015)

²²⁹ VERGARA BLANCO, ALEJANDRO, *Crisis institucional del Agua, Descripción del modelo jurídico, crítica a la burocracia y necesidad de tribunales especiales*, Ediciones Universidad Católica de Chile, (2015) p. 50

Es esto precisamente, lo que protege la garantía constitucional mencionada, el artículo 19 n°24 inciso final, la propiedad que tienen los titulares sobre los derechos constituidos o reconocidos sobre las aguas, vendrían siendo así estos derechos reales de aprovechamiento de aguas, la manera en que este recurso esencial para la vida termina ingresando al tráfico jurídico.

Lo anterior, según parte de la doctrina es posible, ya que los derechos de aprovechamiento se encuentran en “un lugar intermedio entre propiedad privada y concesión administrativa”.²³⁰ Como menciona Vergara, es el Estado, quien en su potestad reguladora, las declara públicas y comunes por medio de un acto de autoridad o *Publificación*, de manera expresa se extraen del tráfico jurídico privado -es decir del régimen de propiedad privada- en su estado natural, con el objetivo de que esté disponible a todos los habitantes de la nación y que sólo por medio de esta concesión -acto de autoridad administrativa- puedan ser asignados a individuos determinados²³¹. Así, el agua en su estado natural es un BNUP (o común), pero en cuanto a su uso es un *derecho real administrativo*, ya que el Estado, quien las asigna mediante un procedimiento concesional, en este caso a cargo de la Dirección General de Aguas, constituye a favor de los particulares, estos derechos de aprovechamiento de forma privativa y exclusiva, pudiendo transferirlos libremente en el mercado de las aguas.²³²

Según Atria y Salgado, constituyendo los derechos de aprovechamiento la regla general en cuanto al uso y goce de las aguas- lo cual no es compatible con los intereses generales que el dominio público intenta proteger- y considerando sus características especiales, estos terminan por alejarse de las demás concesiones sobre bienes de dominio público, acercándose mucho más al dominio privado, lo cual establecen los autores, conlleva a una contradicción al menos aparente.²³³

Ahora bien, lo anterior implica que las aguas están reguladas bajo distintos regímenes, uno público y otro privado. En principio, dicha diferencia parece ser contradictoria, sin embargo, el hecho de que se concedan usos privativos sobre los BNUP, no necesariamente atenta contra el carácter público del mismo, ya que aquellos derechos están ordenados a realizar la

²³⁰ Ibid., p. 62

²³¹ Ibid., p. 51

²³² Ibid., p. 49-52, 61- 63

²³³ ATRIA, Fernando y SALGADO, Constanza (2016), Ob. Cit. p. 67-83

finalidad pública aun en manos privadas y no a proteger la autonomía arbitraria del individuo²³⁴. Y al mismo tiempo, según la tesis de Vergara y Celume, tienen la finalidad de asegurar el uso económico más eficiente del recurso mediante el ingreso a las reglas de la propiedad privada y el mercado del recurso²³⁵. Vale recordar que tal afectación no es una característica exclusiva del dominio público, ya que forma parte de la función social consagrada en la teoría general del patrimonio.

Por la naturaleza de fluido del agua, resulta complejo la apropiación material del agua misma dentro de las lógicas de la propiedad sobre las cosas. Por lo mismo, para Domat (siglo XVII) el agua se colocaba por sí misma fuera del campo de la propiedad debido a su orden natural.²³⁶ Sin embargo, el recurso actualmente se encuentra disociado, por un lado, está el recurso en su materialidad, y por otro, el uso de éste, respecto a su corporeidad en donde no cabe dominio alguno, según mandato constitucional, pero en cuanto al uso que se le dé, existen derechos de aprovechamiento. Según Atria y Salgado, esto se debe a la “*polifuncionalidad de las aguas*” es decir, además de la función pública de satisfacer las necesidades básicas de todas las personas, tiene utilidad privada como bien económico, resultando de este modo, compatible el dominio público que permite racionalizar el recurso, al tiempo que su aprovechamiento económico.²³⁷

De esta manera, el recurso hídrico se separa de la tierra y con ello del valor ecosistémico, e incluso de su función pública y/o común por el hecho de existir posibilidad ilimitada de adquisición de derechos de aprovechamiento y una falta de fiscalización en la solicitud de derechos por la pasividad de la DGA. De hecho, las características de estos DDA, como que se encuentre su propiedad protegida constitucionalmente, pudiendo transarse y traspasarse libremente en el mercado con independencia del propietario de la tierra, por donde además escurren afecta la función pública e incluso de derecho humano. Cabe preguntarse, para efectos de esta memoria; ¿Son los derechos de aprovechamiento de aguas compatibles con la naturaleza de las aguas indígenas? ¿son los derechos de aprovechamientos indígenas en Chile compatibles con la normativa vigente en derecho internacional indígena?

²³⁴ Ibid. p. 12

²³⁵ Ibid. p. 81

²³⁶ DOMAT (XVII). En: GAZZANIGA, JEAN-LOUISE (1992), Ob. Cit., p. 173

²³⁷ ATRIA, Fernando y SALGADO, Constanza (2016), Ob. Cit., p. 64-67

2. Régimen general de las aguas indígenas; Fondo de Tierras y Aguas indígenas.

Los pueblos indígenas, pueden como cualquier ciudadano chileno, utilizar tanto la vía de la constitución de DDA como la de regularización de DDA. Sin embargo, considerando las asimetrías y deudas históricas que existen para con los pueblos originarios, se crea con la Ley n°19.253 (1993) la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI), organismo público descentralizado con patrimonio propio, cuyo objetivo es promover-coordinar-ejecutar, la acción del Estado en favor del desarrollo integral de las personas y comunidades indígenas. Este organismo debe; asumir su defensa jurídica en conflictos sobre tierras y aguas, velar por la protección de las tierras indígenas, posibilitar a los indígenas el acceso y ampliación de sus tierras y aguas a través del *fondo respectivo* y promover la adecuada explotación de las tierras indígenas velando por el equilibrio ecológico, desarrollo económico y social de sus habitantes.²³⁸

Esta ley, también creó el **Fondo de Tierra y Aguas Indígenas**, administrado por CONADI, siendo uno de sus objetivos financiar la constitución, regularización o compras de derechos de aprovechamiento de aguas mediante la figura del subsidio.²³⁹ Con este procedimiento, se materializa la garantía de los artículos 64° y 3° transitorio de la Ley N°19.253 y la del artículo 2° transitorio del CdA, aplicable a todas las comunidades que cumplan con los requisitos señalados por el CdA. La consagración de este Fondo, se basa en los usos consuetudinarios, sin ser consideradas como propiedad ancestral propiamente tal, de modo que opera, sin establecer mecanismos específicos para garantizar la protección del recurso hídrico para los pueblos indígenas.²⁴⁰ Cabe señalar, que éste opera para la totalidad de pueblos indígenas, a

²³⁸ MINISTERIO de Planificación y Cooperación. Ley N°19.253 de Protección, Fomento y Desarrollo Indígena, 1993, Artículo 39°.

²³⁹ Para más información ver Ley N°19.253 de Protección, Fomento y Desarrollo Indígena, Artículo 20 letra c), artículo 22; el Reglamento sobre el Fondo de Tierras y Aguas Indígenas, Decreto N° 395 de 1994, articula el modo de operación de éste, artículos 7 y 8. Según señala su artículo 8 se determinan las formas de asignación de financiamiento a través de subsidio, el cual está sujeto a un régimen de puntuación según (1) dimensión de la comunidad (2) Deterioro y degradación de las tierras afectadas por falta de agua (3) Condiciones sanitarias de las familias instaladas en el predio afectado por la falta de recursos de aguas (4) Beneficios agrícolas de la puesta en regadío de las tierras afectadas.

²⁴⁰ YAÑEZ N. y MOLINA R. (2011). Ob. Cit., p. 157

diferencia de la regularización bajo concepto de propiedad ancestral, que veremos en el siguiente apartado, exclusiva para las comunidades indígenas del norte del país.

La adquisición de DDA con recursos del Fondo, se realiza bajo el mismo procedimiento general. Sin perjuicio de participar del mismo régimen que los DDA tradicionales tienen, algunas características que los alejan de la naturaleza tradicional de los DDA, como es la prohibición de enajenarlos libremente por 25 años, al igual que las tierras indígenas, y que no pueden ser perdidos por prescripción.²⁴¹ La prohibición referida, sólo tiene lugar cuando los derechos adquiridos por este Fondo se utilizan en beneficio de tierras indígenas, mas no para inmuebles que no tengan tal calidad -es decir, aquellas no comprendidas en el artículo 12 de la ley N°19.253 que define tierras indígenas- y puede, mediante resolución fundada del Director CONADI, autorizar dicha enajenación previo reintegro al Fondo del valor del subsidio.²⁴² Respecto a la legitimación activa, los DDA por esta vía pueden ser solicitados por personas indígenas o comunidades indígenas. Adicionalmente, se puede señalar la exención de pago de patente por no uso de DDA, lo cual no está estipulado expresamente en el CdA, pero que la jurisprudencia de la Corte Suprema ha establecido de manera interpretativa que;

“[...] resulta innegable que la obligación de pago de patente por no uso de las aguas, importa un gravamen que afecta el derecho de aprovechamiento de aguas, que en el presente caso resulta incompatible con la circunstancia de tratarse de derechos de aprovechamiento de aguas de personas y comunidades indígenas, adquiridos con fondos provenientes de la Ley Indígena, no susceptibles de ser gravados, ni menos aún embargados, como se dispone en el procedimiento ejecutivo de cobro de patente. Esta incompatibilidad se aprecia con mayor nitidez si se considera que el procedimiento de cobro puede derivar en la enajenación forzada del derecho afecto al pago de patente, el que puede ser adquirido por cualquier persona interesada, lo que desde luego transgrede el artículo 13 de la normativa indígena, que prohíbe la enajenación de estos derechos, salvo entre personas o comunidades indígenas de una misma etnia [...] Que en

²⁴¹ MINISTERIO de Planificación y Cooperación. Ley N°19.253 Protección, Fomento y Desarrollo Indígena, Artículo 22°

²⁴² ALEGRÍA CALVO, M. y VALDÉS HERNÁNDEZ, F. (2000), Ob. Cit., p. 338

consecuencia, las normas especiales de la Ley Indígena a que se ha hecho referencia, impiden aplicar a los reclamantes la obligación de pago de patente por no uso de las aguas, en mérito de lo cual deben ser excluidas del listado.”²⁴³

Si bien, el Fondo es para tierras y aguas, en conjunto, la opinión mayoritaria de interpretación de la ley, muestra que ambos derechos son garantizados independientemente el uno del otro. Por lo mismo, ambos terminan compitiendo dentro de los recursos destinados para ello, así se ha dicho que para el año 1998, por ejemplo, la CONADI disponía de dos tercios del presupuesto total destinado para el Fondo, los cuales además, deben repartirse entre las diversas etnias, por lo que la mayor parte fue consumida por la regularización de los títulos de tierra mapuche²⁴⁴, las cuales tampoco implican sus derechos de aguas aparejados. Sin embargo, en ese año 1998, los títulos que se obtuvieron fueron por medio de la aplicación del artículo 20° b) ²⁴⁵, no por el subsidio, lo mismo se repite en los años 2000, 2003, 2009 donde se ve ausencia de subsidio.²⁴⁶

Este Fondo, si bien es una legislación especial que pretende beneficiar a las comunidades en la constitución, regularización y compra de sus derechos de aguas frente a la normativa general para usuarios no indígenas, incorpora los derechos de aprovechamiento indígenas al mismo esquema mercantilizador del recurso hídrico instaurado por el Código de Aguas, cuyo mecanismo no garantiza la sustentabilidad del recurso, ni recoge la visión holística indígena en el uso y manejo del mismo dentro de territorios indígenas, por tanto, no ha logrado revertir el proceso privatizador ni los negativos impactos que este genera sobre los derechos indígenas sobre sus aguas.²⁴⁷ Además, la misma figura de la “comunidad de aguas”, necesaria para ejercer el derecho de aprovechamiento sobre un caudal, no se condice siempre con la

²⁴³ RIVERA BRAVO D. Y VERGARA BLANCO, Patente por no uso de Aguas. Aplicación práctica y conflictos interpretativos. Comentario de jurisprudencia de la corte suprema 2011-2014, p. 11

²⁴⁴ GENTES I. (2002), Ob. Cit., p. 134

²⁴⁵ MINISTERIO de Planificación y Cooperación, Ley N°19.253 Protección, Fomento y Desarrollo Indígena, Art. 20, letra b) Financiar mecanismos que permitan solucionar los problemas de tierras, en especial, con motivo del cumplimiento de resoluciones o transacciones, judiciales o extrajudiciales, relativas a tierras indígenas en que existan soluciones sobre tierras indígenas o transferidas a los indígenas, provenientes de los títulos de merced o reconocidos por títulos de comisario u otras cesiones o asignaciones hechas por el Estado en favor de los indígenas.

²⁴⁶ VIAL SOLAR, T., ed. (2014), Ob. Cit., p. 179

²⁴⁷ AYLWIN, J., MEZA-LOPEHANDIA M. y YAÑEZ N. (2013), Ob. Cit., p. 175-176

realidad de organización territorial hídrica, donde en ocasiones puede desarticular una organización comunal con varios caudales en su territorio, destruyendo sus patrones de organización y estructura poder vinculado a la gestión del recurso²⁴⁸.

Actualmente, se encuentra en tramitación la reforma al Código en mención, proyecto el cual contiene disposición expresa entorno a las aguas indígenas, a través de los artículos n°5, n°129 bis 9 y 1° transitorio, estableciendo un deber proactivo del Estado en la protección de éstas;

“En el caso de los territorios indígenas, el Estado velará por la integridad entre tierra y agua y protegerá las aguas existentes para beneficio de las comunidades indígenas de acuerdo a las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”²⁴⁹

Aún con esta modificación, no se extrae los territorios indígenas del régimen privatista de los derechos de aprovechamiento de agua. Otra modificación relevante, para efectos de lo que nos convoca, es la prohibición de otorgar DDA en las áreas protegidas declaradas Parques Nacionales y Reservas de Región Virgen, Reservas Nacionales, Santuarios de la Naturaleza, Monumentos Naturales y Humedales de Importancia Internacional, se permite la constitución de derechos de aprovechamiento en la medida que guarden consistencia con el objeto de la categoría del área protegida y con su respectivo plan de manejo, circunstancia que será determinada previo informe del Ministerio de Medio Ambiente.²⁵⁰ En esta instancia, deberían ser incorporada las áreas de desarrollo indígena o territorios donde se emplacen comunidades indígenas. Es probable ver avances, pero mientras siga vigente la privatización de las aguas, continuarán existiendo problemas entorno a la distribución equitativa y sostenible del recurso.

²⁴⁸ ALBORNOZ G., Patricia, Los derechos de aprovechamiento de aguas indígenas: El caso de las etnias Aymará Atacameñas y Mapuche, Actas III Jornadas de Derechos de Aguas, Revista de Derecho Administrativo Económico de Recursos Naturales, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. III N°2, 2001, p.320

²⁴⁹ Proyecto de Reforma al Código de Aguas, Artículo 5° Inciso final, Boletín 7543-2012. A abril de 2020 se encuentra sin urgencia en segundo trámite constitucional en cámara de senadores.

²⁵⁰ Proyecto de Reforma al Código de Aguas, Boletín 7543-2012, Artículo 129 bis 2, inciso tercero.

3. Régimen especial de aguas indígenas: Propiedad Ancestral sobre las aguas de las comunidades indígenas del norte de Chile.

La ley N°19.253 (1993) fiel su espíritu de protección a los pueblos indígenas, considerando la asimetría que surge en las relaciones jurídicas entre privados/Estado y comunidades en conjunto con la deuda histórica para con los pueblos originarios, establece entre otras cosas, un régimen especial para las aguas indígenas²⁵¹.

Éste consiste principalmente en las garantías establecidas por sus artículos 64° y 3° transitorio inciso 2°, que consagran la protección especial a la propiedad ancestral sobre las aguas indígenas de las comunidades del norte del país; aquella que se refiere a las aguas de las comunidades de los pueblos Aimara, Atacameñas y otras del norte de Chile.²⁵²

Al respecto, el artículo 64 establece;

“Art. 64.- Se deberá proteger especialmente las aguas de las comunidades Aymaras y Atacameñas. Serán considerados bienes de propiedad y uso de la Comunidad Indígena establecida por esta ley, las aguas que se encuentren en los terrenos de la comunidad, tales como los ríos, canales, acequias y vertientes, sin perjuicio de los derechos que terceros hayan inscrito de conformidad al Código de Aguas. No se otorgarán 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 esta ley sin garantizar, en forma previa, el normal abastecimiento de agua a las comunidades afectadas”²⁵³

²⁵¹ Historia de la Ley N°19.253 de Protección, Fomento y Desarrollo Indígena, primer trámite, discusión general del proyecto, Diputado Jara respecto a la ley esta “Valora la especial relación de estos pueblos con sus territorios ancestrales, con su sentido de pertenencia local, y su relación con los recursos naturales que nosotros deberíamos aprender.”

²⁵² Si bien, la literalidad del artículo menciona sólo a las comunidades aymaras y atacameñas como titulares de propiedad ancestral sobre sus aguas, la doctrina estima que es aplicable a todas las comunidades del norte del país, que puedan probar el uso ancestral de las aguas, siendo extensivo tanto a aymara, atacameña, quechua, colla y diaguita. En: AYLWIN, J., MEZA-LOPEHANDIA M. Y YAÑEZ N. (2013), Ob. Cit., p.171

²⁵³ MINISTERIO DE PLANIFICACION, Ley N°19.253 sobre Protección, Fomento y Desarrollo -Indígena y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, 1993.

De este modo, las aguas que se encuentran en “terrenos” de la comunidad corresponden a bienes de “propiedad y uso” (separando ambas cosas) de la misma, sin perjuicio de derechos inscritos por terceros; adicionalmente señala que no se otorgaran nuevos derechos, sobre aquellas aguas que aún sin estar en tierras indígenas, surten a las aguas de propiedad indígenas, sin garantizar previamente el normal abastecimiento de las comunidades afectadas. Los DAA regularizados por esta vía, tienen la misma limitación de transferencia de dominio que grava tanto tierras como aguas indígenas obtenidas por el Fondo ya señalado.

Para llevar a cabo lo anterior, la ley estableció el deber de constituir un Convenio entre la DGA y CONADI para la protección, constitución y restablecimiento de los derechos de aguas de propiedad ancestral de las comunidades aimara y atacameñas en conformidad al artículo 64°, convenio suscrito en 1997.²⁵⁴ De esta manera, el artículo 3° transitorio inciso final de la ley indígena establece expresamente la propiedad ancestral sobre las aguas, invocando a la Corporación en conjunto con la DGA proceso de saneamiento de aquellas;

“Disposiciones Transitorias, Artículo 3°.- La Corporación realizará, en conjunto con el Ministerio de Bienes Nacionales, durante los tres años posteriores a la publicación de esta ley, un plan de saneamiento de títulos de dominio sobre las tierras aimaras y atacameñas de la I y II regiones, de acuerdo a las disposiciones contenidas en el párrafo 2° del Título VIII. Igualmente, la Corporación 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 aimaras y atacameñas de conformidad al artículo 64 de esta ley.”²⁵⁵ (énfasis propio)

Se trata de un Convenio Marco (1997) donde se establecieron diversas medidas para la protección de las comunidades Aymaras y Atacameñas, acordando que la constitución y

²⁵⁴ El convenio suscrito el 30 de mayo de 1997, en la ciudad de Iquique, aborda principalmente lo relativo a la protección y constitución de los derechos de aguas ancestrales de las comunidades indígenas aimaras y atacameñas, por cuanto el restablecimiento es una materia de la cual se ocupa CONADI a través del Fondo de Tierras y Aguas, específicamente por la compra de derechos de aprovechamiento (cláusula décima). En: Alegría C. (2000), Ob. Cit., p. 339

²⁵⁵ MINISTERIO de Planificación y Cooperación. Ley N°19.253 de Protección, Fomento y Desarrollo Indígena, Chile, 1993

protección de los derechos de aguas de propiedad ancestral se referirá; a la regularización y constitución de derechos, a la identificación y delimitación de vegas y bofedales, a la aplicación efectiva de las normas del CdA y a propiciar financiamiento suficiente para aquellos fines. En específico, será la DGA quien asuma los gastos respectivos a medidas de oficio decretadas en los procedimientos, deberá también completar los catastros de recursos hídricos superficiales y subterráneos de las regiones mencionadas, y en conjunto con la CONADI financiar un estudio con el objetivo de implementar mecanismos de protección de los derechos ancestrales. Adicionalmente, CONADI por su parte, financiará un estudio para identificar derechos de aguas de propiedad ancestral que han sido privados a las comunidades sin consentimiento.²⁵⁶

Según se puede observar en la historia de la ley, en su discusión, ha quedado de manifiesto la situación de asimilación y afectación de sus recursos que viven las comunidades indígenas del norte;

“El pueblo aimara vive un proceso de chilenización, que lo afecta principalmente con la pérdida de sus aguas, que le permitían la mantención de una ganadería de camélidos y una agricultura de riego desarrollada en los valles del altiplano. Pero, además de estas repercusiones, el pueblo aimara vive una paulatina pérdida de identidad cultural y la desintegración de su propia organización como pueblo.”²⁵⁷

Así como también, se dejó ver la importancia de los recursos en conjunto y no por separado para las comunidades indígenas y su cercanía con la vida rural;

“Como lo ha dicho el Ejecutivo, no sacamos nada con despachar este proyecto y entregar tierras a los indígenas si no aseguramos el recurso agua, que es vital. Y eso los sabemos todos los que vivimos del campo.”²⁵⁸

²⁵⁶ Parsons A. Franklin CON MAYÚSCULA ESTAS PONIENDO EL NOMBRE, Las Aguas en la Ley 19.253 de 1993 Ley indígena., Revista de Derecho Administrativo Económico N°1, 2002, p. 116

²⁵⁷ Historia de la Ley N°19.253 de Protección, Fomento y Desarrollo Indígena, Chile, 1993, p. 165

²⁵⁸ Historia de la Ley N°19.253 de Protección, Fomento y Desarrollo Indígena, Chile, 1993, p. 161

Adicionalmente, la ley indígena establece que la CONADI deberá salvaguardar, mediante saneamiento y constitución de la propiedad de comunidades del norte del país; tierras de propiedad indígenas individual, tierras de propiedad de la Comunidad Indígena -sólo de los pueblos del norte- constituida en conformidad a la ley y, las tierras patrimoniales de propiedad de varias comunidades indígenas, tales como pastizales, bofedales, cerros y vegas.²⁵⁹ Reconociendo de esta manera, los diversos tipos de propiedad que operan para la realidad indígena, considerando la simbiótica relación entre su organización y el lugar en que habitan con sus recursos, de los cuales dependen tanto física como espiritual e identitaria-mente, como ya se ha señalado al comienzo de esta investigación.

Existe cierta normativa, que construye un marco legal para la sustentabilidad en la gestión del agua²⁶⁰ que, si bien no está asociado a las aguas indígenas, al ser éstas reguladas por el mismo marco general de aguas y tener directa relación con la naturaleza ecosistémica del agua para la cosmovisión indígena, son aplicables en principio plenamente. Me refiero a; la limitación a la exploración y explotación de aguas subterráneas que alimentan vegas y bofedales de la I y II regiones requiriendo autorización de la Dirección general de aguas consagrada en el artículo 58 inciso final del CdA; consagración de caudal mínimo ecológico artículo 129 bis del CdA; reserva de caudales donde aún existe disponibilidad para constituir nuevos DAA facultativa del Presidente de la República previo informe DGA, según el artículo 147 bis del CdA; decretos de escasez que permite extracción de agua sin DAA, para situaciones de emergencia y también disminuir o modificar extracciones de usuarios en sectores de sequía con indemnización por parte del fisco según reza el artículo 314 del CdA; expropiación de DAA para solucionar abastecimiento de agua para cuestiones domésticas, el cual nunca ha sido aplicado en virtud del artículo 27 del CdA; reducción temporal del ejercicio de usuarios de aguas subterráneas, turnos prorratas y/o repartos proporcionales según los artículos 17, 241 y 274 del CdA y; sanciones a la extracción no autorizada en conformidad a lo dispuesto en los artículos 63 y 299 ter del CdA.

²⁵⁹ MINISTERIO de Planificación y Cooperación. Ley N°19.253 de Protección, Fomento y Desarrollo Indígena, Chile, 1993, Artículo 63°

²⁶⁰ VALENZUELA, Christian y, SILVA Agustín, Mercados de agua para la sustentabilidad. En, BELEMMI, V. La regulación de las aguas: nuevos desafíos del siglo XXI. Actas de las II Jornadas del régimen jurídico de las aguas, DER Ediciones, 2019, p. 82-86

Al respecto, de la limitación a la exploración y explotación de aguas subterráneas que alimentan vegas y bofedales, se lleva a cabo previo reconocimiento excepcional de determinadas zonas por parte de la DGA, por constituirse sobre ecosistemas únicos y frágiles como muestra el inciso segundo de la resolución;

“Que, la identificación y delimitación de las referidas zonas tienen como propósito, la protección de los humedales citados, pues, ellos sustentan ecosistemas únicos y frágiles que se hace necesario conservar y preservar, sin perjuicio del uso consuetudinario económico y cultural que efectúan en ellos las diversas comunidades indígenas.”²⁶¹

De esta forma, queda formalmente consagrado el derecho a la propiedad ancestral sobre determinadas aguas indígenas, ello junto con las limitaciones propias del tipo de reconocimiento, bajo un Estado jurídicamente monista y el sometimiento de reconocimiento de tales derechos a un Fondo para Tierras y Aguas administrado por CONADI, con presupuesto limitado. La doctrina señala, en general, que la importancia de estas normas especiales, es que vienen a reconocer un derecho preferente de constitución de derechos de aguas a favor de determinadas comunidades indígenas del Norte del país, debido a la preexistencia de derechos consuetudinarios sobre los acuíferos.²⁶² Sin embargo, la normativa especial no es autosuficiente y por lo mismo la remisión al régimen general de aguas, ya que siendo constituidos o reconocidos los derechos sobre las aguas, su formalización se obtiene mediante el mismo proceso de elevación de solicitud a la DGA, como ya se ha mencionado pero con características propias y diferentes cuando son solicitadas por determinadas comunidades, lo que las aleja del régimen general de aguas.

Con todo, la protección al reconocimiento a la propiedad ancestral sobre las tierras y recursos de los pueblos indígenas no es sólo nacional, sino que como se ha señalado existe un marco

²⁶¹ Resolución Dirección General de Aguas N.º 909 del 28 de noviembre de 1996, que identifica y delimita las zonas que corresponden a los acuíferos que alimentan áreas de vegas y de los llamados bofedales en las regiones de Tarapacá y de Antofagasta.

²⁶² GENTES I. Y YAÑEZ N., Derechos locales sobre las aguas en Chile: análisis jurídico y político para una estrategia de gestión pertinente en territorios indígenas: Resumen ejecutivo, WALIR, 2005, p.17

normativo internacional que ha impulsado avances nacionales en torno a la protección de los derechos de los pueblos originarios, y no sólo instrumentos internacionales sobre temática directamente indígena, sino que también los derechos de los pueblos indígenas sobre sus recursos y tierras se ven protegidos mediante los instrumentos que protegen la biodiversidad como la Convención de Río y la Convención Ramsar sobre humedales y aves acuáticas, entre otros, y sobre todo la interpretación que realizan los tribunales de justicia nacionales y en especial la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁶³, como se verá en el siguiente capítulo sobre la naturaleza jurídica del derecho de propiedad ancestral de las aguas de los pueblos indígenas del norte del país.

Capítulo V: Naturaleza jurídica del derecho de propiedad ancestral de Aymaras, Atacameños y otras comunidades que habitan el norte del país.

En los capítulos anteriores, se ha revisado las peculiaridades de la cultura indígena en torno al agua y los diversos usos que este recurso tiene en el marco de su cosmovisión. Así, se ha intentado develar que la naturaleza jurídica es de derecho consuetudinario o derecho propio colectivo ecosistémico y pluridimensional. Ahora bien, luego de revisar el marco normativo vigente en el país para la protección de los derechos ancestrales al agua indígena, se perciben inconsistencias entre la regulación nacional y la realidad indígena entorno al uso del agua y la propiedad sobre ella.

En este capítulo, se señala el alcance de la normativa expuesta a modo de entender la naturaleza jurídica que reviste este derecho ancestral al agua indígena de las comunidades de los pueblos Aymara Atacameña, Diaguita, Quechua y Colla para nuestro ordenamiento jurídico vigente, consagrados en los artículos 64 y 3 transitorio inciso segundo de la Ley N^o 19.253 en conjunto con el artículo 2^o transitorio del CdA y la normativa internacional aplicable ratificada en el país. Este análisis, se hace a partir del desarrollo jurisprudencial más relevantes y los conflictos entorno a los derechos de aguas a los que se han visto enfrentadas las comunidades del norte del país. Escudriñar sobre su naturaleza, tiene por

²⁶³ GENTES I. y YAÑEZ N. (2005), Ob. Cit., p.18

objeto ver cuál es su alcance, titulares y contenido, y así en qué medida se distancia del derecho de aguas del código y en qué medida la diferencia es sólo aparente.

1. Alcance actual de la propiedad ancestral sobre las aguas del norte

Aun cuando, la norma que reconoce derechos consuetudinarios de agua es anterior a la ley indígena, la regularización de estos derechos se ha realizado en mayor medida luego de la publicación de ésta y del acuerdo suscrito entre CONADI y DGA, ya señalado en el capítulo anterior. Haciendo efectivo este acuerdo y con el Fondo de Tierras y Aguas, entre el año 1995-1999 se regularizaron 18 procesos, por los cuales se logró la inscripción de 70 derechos de aguas indígenas consuntivos permanentes y continuos por un caudal de 2.278,8 litros por segundo.²⁶⁴ Si bien, la regularización aporta a la certeza jurídica sobre las aguas ancestrales, éstas corren constantes peligros al competir en su regularización con empresas extractivistas mineras o embotelladoras principalmente, quienes ya tienen inscritas derechos sobre aguas que afectan directamente las aguas ancestrales. Como también, por las políticas públicas sobre escasez.

La jurisprudencia de la Corte Suprema, al resolver recursos sobre la regularización de derechos de agua ancestrales, ha confirmado una serie de características que constituye la naturaleza jurídica del derecho de propiedad ancestral sobre las aguas indígenas de las comunidades de los pueblos del norte del país. Aquellos pronunciamientos²⁶⁵, consideran que la propiedad sobre las aguas indígenas, es un derecho consuetudinario, por ser estas utilizadas inmemorialmente por una comunidad indígena determinada²⁶⁶. Lo anterior, se encuentra

²⁶⁴ CUADRA, MANUEL (2000), Ob. Cit., p. 103

²⁶⁵ “Comunidad Atacameña Toconce con Essan”. Corte Suprema, 22 de marzo de 2004. Rol N° Rol n.° 986-2003. Cuarta Sala. / “Agua Mineral Chusmiza S.A.I.C. con Comunidad Indígena Aymara de Chusmiza Usmagama”. Corte Suprema, 25 de noviembre de 2009. Rol n.° 2840-2008. Segunda Sala/ “Díaz Farías Luis y otros con Comunidad Indígena de Mulluri”. Corte Suprema, 6 de junio de 2017 Rol Rol n.° 45848-2016. Tercera Sala/ Comunidad Indígena Atacameña de Toconce con Soquimich, SQM, y otros”. Corte Suprema, 2 de agosto de 2018. Rol n.° 44.255- 2017. Tercera Sala./ Recientemente el año 2020 la Corte Suprema acoge causas entorno a derechos de propiedad ancestral sobre las aguas: "Huanca Olave Martin Y Otros Con Dirección General De Aguas" Rol: 12.988-2019, 12 de febrero de 2020 Sala: Tercera / Rol: 14.162-2019 "Huanca Olave Martin Y Otros Con Dirección General De Aguas" 12 de febrero 2020 Sala Tercera/ “Flores Flores, Cipriana con Junta de Vigilancia del Río Lluta y sus Tributarios” Rol: 12.990-2019 12 de febrero 2020 Sala: Tercera / "Flores Viza Primitivo Y Otros Con Agrícola Lluta S.A. (Ministerio De Obras Públicas Dirección General De Aguas)" Rol: 13.907-2019 29 de enero del 2020.

²⁶⁶ “Díaz Farías Luis y otros con Comunidad Indígena de Mulluri”, Corte Suprema, 6 de junio de 2017 Rol n.° 45848-2016. Tercera Sala, Considerando Quinto sentencia de reemplazo

ligado a su titularidad colectiva, la propiedad es de la comunidad indígena y no de una persona determinada o individual, ya que el uso del agua se ha ejercido de manera colectiva²⁶⁷.

Así, es interpretado en conformidad a lo dispuesto por el artículo 64, sin embargo, es necesario considerar que la voz *comunidad*, aquí es en los términos planteados por la ley²⁶⁸ es decir, aquella que cumpla los requisitos de forma y fondo señalados por los artículos n°9, 10 y 11 de la Ley Indígena.²⁶⁹ La jurisprudencia, ha indicado que aun cuando el derecho se otorgue a la comunidad, la fecha de inscripción o constitución de ésta, no es relevante para efectos de determinar la titularidad ancestral o el uso pretérito de las aguas.²⁷⁰ Recientemente, la Corte Suprema ha señalado como criterio para interpretar el artículo transitorio del CdA, que se mantenga un uso personal, es decir, que la misma “persona”, sea la que los ha utilizado antiguamente y la que solicita la regularización, toda vez, que se están protegiendo no sólo los usos consuetudinarios, sino los anteriores a la entrada de vigencia del CdA.²⁷¹ Es relevante mencionar, que así como la sucesión de uso respecto de las comunidades indígenas, está dado por el reconocimiento de sus comunidades, como entidades originarias ligadas a un parentesco, cultura e identidad determinada, es también por el vínculo a un territorio determinado.

Otro de los requisitos para la regularización es el **uso**. Respecto de los pueblos andinos, la ancestralidad en el uso del agua, se expresa en general en el famoso cultivo de *terrazas* con sus complejos sistemas de canales para dirigir el riego, la agricultura de *canchones* en terrenos planos de altura, con una especie de cercamientos para cuidar el cultivo de las heladas, regados por aguas provenientes de vertientes o así mismo la agricultura de *vegas* en terrenos húmedos cercanos a bofedales donde el riego es por capilaridad, no se quedan fuera

²⁶⁷ “Comunidad Indígena Atacameña de Toconce con Soquimich, SQM, y otros”, Corte Suprema, 2 de agosto de 2018. Rol n.° 44.255- 2017. Tercera Sala, Considerando Octavo.

²⁶⁸ ALEGRÍA CALVO, MARÍA ANGELICA y VALDÉS HERNÁNDEZ (2000), Ob. Cit., p. 336

²⁶⁹ Según los artículos señalados, la comunidad, en tanto agrupación de personas deben estar en las siguientes situaciones (1) provenir de un mismo tronco familiar (2) reconocer una misma jefatura tradicional (3) posean o hayan poseído tierras indígenas en común y (4) provengan de un mismo poblado antiguo, además de lo anterior deben constituirlos ante registro civil con una serie de requisitos de procedimiento burocráticos, del todo lejano a la realidad de la constitución de las comunidades indígenas en base a su derecho propio.

²⁷⁰ “Díaz Farías Luis y otros con Comunidad Indígena de Mulluri”, Corte Suprema, 6 de junio de 2017 Rol n.° 45848-2016. Tercera Sala, resolución que casa de oficio y sentencia de reemplazo.

²⁷¹ “Comunidad Indígena Atacameña de Toconce con Soquimich, SQM, y otros”, Corte Suprema, 2 de agosto de 2018. Rol n.° 44.255- 2017. Tercera Sala, considerandos 5to y 6to.

la utilización de aguas subterráneas mediante las *cochas*, esto es acumulación para luego distribuir las en base a turnos de riego, y finalmente, agricultura de *oasis* situadas en quebradas que son regadas por vertientes, propio de las culturas andinas aymaras-atacameñas-quechua-colla-diaguitas, quienes igualmente aprovechan los ríos exorreicos para el desarrollo de la agricultura²⁷². Si bien, en Chile, la utilización ancestral del recurso es la base de actividades como la agricultura y ganadería indígenas, para los pueblos andinos “el agua como cualquier otro miembro de la comunidad andina, forma parte de una gran familia de seres y conforma parte integral de su identidad cultural. [...] Las rocas, los ríos, el sol, la luna, las plantas y los animales son también miembros del ayllu.”²⁷³ En el caso de los regantes de la Asociación Atacameña de Regantes y Agricultores del Río San Pedro, quienes lograron regularizar 11 derechos correspondientes a 1.157 l/s,²⁷⁴ consideran dentro de sus prácticas la “ceremonia de limpia de canales”, gestión que va más allá de lo funcional, siendo en realidad una actividad simbólica, toda vez que la festividad se circunscribe dentro de “una cosmovisión que prefigura la propiedad del agua relacionada con su uso en un contexto de obligaciones y derechos comunitarios y ancestrales”²⁷⁵. Es evidente, que los pueblos andinos tienen un concepto entorno al agua, que va más allá del relacionado a un “recurso” y se acerca a un concepto tan productivo como simbólico, ya que todas sus actividades productivas se encuentran ligadas y circunscritas en ceremonias²⁷⁶ mágico-religiosas.

Al respecto, la jurisprudencia ha señalado que no es necesario comprobar la existencia de obras de ingeniería hidráulica que den fe del uso para agricultura, y le ha dado valor a los usos de abrevaderos de animales, pastoreo y consumo humano, como constituyente de usos ancestrales y manifestaciones culturales, por las comunidades, si éstas se logran acreditar.²⁷⁷ Así mismo, la Corte ha razonado, que el hecho de que la titularidad sobre la tierra haya sido posterior a la vigencia del CdA, no obsta a la presencia de la comunidad en el territorio y el

²⁷² YAÑEZ N. y MOLINA R. (2011). Ob Cit., p.48-57

²⁷³ DÍAZ CAMPOS, KARENN A., Crisis Del Agua En El Norte De Chile. Derecho Y Cultura En Los Andes. Sobre Los Efectos Irracionales Del Derecho, Diálogo Andino N°61, 2020, p. 72

²⁷⁴ CUADRA MANUEL (2000), Ob. Cit., p. 108

²⁷⁵ BOLADOS PAOLA (2016) p. 201-2016. En: BURDILES P., Gabriela y MADRID, Antonio (2019), Ob. Cit., p.149

²⁷⁶ DÍAZ CAMPOS, KARENN A. (2020), Ob. Cit., p. 73

²⁷⁷ “Comunidad Indígena Atacameña de Toconce con Soquimich, SQM, y otros”, Corte Suprema, 2 de agosto de 2018. Rol n.º 44.255- 2017. Tercera Sala, sentencia considerando noveno.

uso ancestral que estén haciendo del agua.²⁷⁸ También, se ha señalado que el uso ancestral que se debe mantener, no impide otros usos que se puedan dar en el futuro ²⁷⁹, mientras que no perjudiquen la afectación de aguas ancestrales considerando su pluridimensionalidad. Como se aprecia, se reconocen usos diversos y muy relacionado a su geografía, pero además, es posible que rituales de limpieza de canales, o el mismo pastoreo y la utilización de hierbas alimenticias y/o medicinales, que crecen en determinada vega o bofedal, puedan constituir forma de acreditar uso por las comunidades del agua, para su subsistencia en atención a la aplicación de la Ley Indígena, del Convenio 169 y la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas (ONU).

La no obligatoriedad de su ejercicio²⁸⁰, es otra de las características que la distancian del régimen general de aguas, no obstante que las comunidades regulan su uso, conforme a sus prácticas. Lo anterior, queda zanjado con el pronunciamiento jurisprudencial entorno a la nueva patente por no uso, la cual no aplica a derechos de aguas indígenas.²⁸¹ Sin embargo, al no existir norma expresa que lo determine, la doctrina ha sido vacilante en creer que esta interpretación es adecuada debido a que afectaría a la igualdad ante la ley.²⁸² Cuestión que es errada, toda vez que si bien no hay norma específica, como es el tenor de todo el Código de Aguas, que omite la existencia de aguas indígenas expresamente, la finalidad del uso de estas aguas y sus titulares que son comunidades que se identifican con un pueblo originario, es la que hace inútil el cobro por no uso, siendo que aun cuando, materialmente no se esté utilizando mediante tecnologías de riego, la existencia del agua está presente espiritual o ceremonialmente y sobre todo ecosistémicamente.

La normativa revisada, que protege esta especie de propiedad establece que son “bienes de propiedad y uso” las aguas que se “encuentren en los terrenos de la comunidad” tales como

²⁷⁸ “Díaz Farías Luis y otros con Comunidad Indígena de Mulluri”, Corte Suprema, 6 de junio de 2017 Rol n.º 45848-2016. Tercera Sala, sentencia de reemplazo, considerando octavo.

²⁷⁹ “Comunidad Indígena Atacameña de Toconce con Soquimich, SQM, y otros”, Corte Suprema, 2 de agosto de 2018. Rol n.º 44.255- 2017. Tercera Sala, considerando noveno.

²⁸⁰ Parsons A. Franklin (2002), Ob. Cit., p. 115

²⁸¹ “Corporación Movimiento Unitario Campesino y etnias de Chile con Dirección General de Aguas”, Rol N°7899 del 2013, Corte Suprema.

²⁸² DIRECCIÓN DE ESTUDIOS DE LA CORTE SUPREMA, Derechos de aguas, Revista colecciones jurídicas de la Corte Suprema, 2018, p. 134-135

ríos, canales, acequias, vertientes. Qué entender por “terrenos”, ha sido un punto controversial, hay posturas que señalan que se debe remitir a lo establecido por el artículo 12 y 13 de la ley indígena que reducen los territorios ancestrales a el reconocido por el Estado y dentro del marco restringido de comunidad, como el territorio inscrito en el conservador o el comprado con el mencionado Fondo etc., y ligado a ello remitir a la presunción de dominio sobre las aguas que “nacen y mueren en una misma heredad” del régimen general de aguas. Sin embargo, no es posible desconocer la historia de nuestros pueblos indígenas, y omitir en la discusión sobre el territorio y recursos indígenas, el hecho que en muchos casos han tenido que ser desplazados de sus territorios ancestrales, por disputas entorno a los mismos recursos que luego reivindican como propios y sometidos a un sistema de propiedad registral, que siempre ha resultado ajeno a la realidad indígena.

En esa misma línea, se reconoce como derechos inseparables de la tierra, esto queda de manifiesto en la disposición n° 64, en que menciona que son propiedad de la comunidad las aguas que se encuentren en los terrenos indígenas. Pero también, en la necesidad de justificar tenencia de tierra para la adquisición de los derechos de aguas por medio del Fondo de Tierras y Aguas, y por la letra del art.7 dl 2603 regularizaciones en donde se presume dueño de derecho de aprovechamiento, a quien lo sea del inmueble que actualmente lo utilice²⁸³ . Así mismo, se ha fallado y la jurisprudencia de la Corte, señala que la titularidad sobre la tierra o terreno, no obsta al dominio sobre las aguas, mientras se acredite que existe uso de alguna forma dentro de la cosmovisión y práctica consuetudinaria indígena.²⁸⁴

“[...] porque la interpretación que los jueces del fondo han realizado de la expresión ‘terrenos de la comunidad’, referida a aquellas tierras que, pese a ser de dominio ajeno, hayan sido utilizadas ancestralmente por los pueblos indígenas, es la única que posibilita el cumplimiento del deber de la sociedad en general y del Estado en particular, de respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus

²⁸³ ALBORNOZ GUZMÁN, Patricia, Los Derechos de Aprovechamiento de las aguas indígenas, el caso de las etnias Aymará, Atacameñas y Mapuche. Actas III Jornadas de Derecho de Aguas, 2000, p.327

²⁸³ BURDILES P., Gabriela y MADRID, Antonio (2019), Ob. Cit., p. 327

²⁸⁴ “Agua Mineral Chusmiza S.A.I.C. con Comunidad Indígena Aymara de Chusmiza Usmagama”. Corte Suprema, 25 de noviembre de 2009. Rol n.º 2840-2008. Segunda Sala.

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 (artículo 1º, inciso tercero, de la Ley N° 19.253).”²⁸⁵

La Corte ha utilizado en diversas ocasiones el Convenio 169, para interpretar los conceptos tierra, terrenos y hasta medioambiente, según sus artículos, 13 n°1 y 15 n°2, de modo que las tierras comprenden la totalidad del hábitat que los pueblos utilizan de alguna manera.²⁸⁶

Finalmente, son derechos preferentes, ya que se desprende de la letra de la disposición y así lo ha corroborado la jurisprudencia en el Caso Toconce con Essan S.A., que estos derechos de agua ancestral, gozarían de preferencia de constitución o reconocimiento. En este caso, la Corte indica, que prima el derecho ancestral al agua que emana no de un acto de autoridad, sino de usos consuetudinarios frente a los DDA constituidos e inscritos a favor de la empresa.²⁸⁷ Señala el máximo tribunal, que en base a su origen consuetudinario y principalmente ligado a la ancestralidad de su uso, que estos derechos existen aun cuando no hayan sido inscritos en el conservador de bienes raíces, siendo dicha inscripción una mera certeza jurídica²⁸⁸, la cual puede llevarse a cabo gracias al artículo 2 transitorio del código del ramo reconocidos mediante sentencia judicial.

Así, deja en manifiesto la Corte Suprema respecto al tema;

“Pues en ésta [Art. 2 transitorio] justamente se posibilita la regularización de derechos inscritos utilizados por personas distintas de su titular, cuando se compruebe el uso ininterrumpido por parte de estos últimos durante un lapso de cinco años anteriores a la entrada en vigencia del Código del ramo, siempre que se haya realizado libre de clandestinidad o violencia y sin reconocer dominio ajeno, todo lo cual implica

²⁸⁵ / “Agua Mineral Chusmiza S.A.I.C. con Comunidad Indígena Aymara de Chusmiza Usmagama”. Corte Suprema, 25 de noviembre de 2009. Rol n.º 2840-2008. Segunda Sala, considerando séptimo.

²⁸⁶ “Agua Mineral Chusmiza S.A.I.C. con Comunidad Indígena Aymara de Chusmiza Usmagama”. Corte Suprema, 25 de noviembre de 2009. Rol n.º 2840-2008. Segunda Sala, “Comunidad Indígena Atacameña de Toconce con Soquimich, SQM, y otros”, Corte Suprema, 2 de agosto de 2018. Rol n.º 44.255- 2017. Tercera Sala y en “Linconao Francisca con Forestal Palermo”. 30 de noviembre de 2009, Corte Suprema, Rol 7287-2009.

²⁸⁷ YÁÑEZ N. y MOLINA R. (2011), Ob. Cit., p.158

²⁸⁸ PARSONS A. FRANKLIN (2002), Ob. Cit., p.115-116

necesariamente que es admisible la prueba de la posesión de los derechos que se regularizan, aunque exista una inscripción a favor de terceros y de ello se deriva que en el procedimiento de normalización de derechos que regula la mentada norma segunda transitoria, no tiene aplicación lo dispuesto en el artículo 924 del Código Civil.”²⁸⁹

En el mismo caso y ligado a lo anterior, la Corte Suprema es enfática en aclarar, que el hecho de no estar inscritos no implica su inexistencia;

“Sobre este tópico es útil dejar en claro que la eventual ausencia de inscripción de los derechos de aguas consuetudinarios no acarrea su inexistencia, sino sólo la falta de su formalización registral y así, precisamente porque el derecho existe, se le reconoce por la ley y sólo para efectos de tener certeza sobre su entidad, ubicación de los puntos de captación de las aguas y precisión del uso del recurso hídrico, se ha creado un sistema de regularización que permite su ulterior inscripción.”²⁹⁰

De lo expuesto hasta acá, queda claro que es una propiedad colectiva diferente a la propiedad tradicionalmente considerada como propiedad privada, pero que a pesar de ello goza de la protección constitucional, según lo establecido por la jurisprudencia en tanto derechos reconocidos.²⁹¹ Dentro de esta propiedad colectiva, se ejerce administración propia, sin perjuicio de lo establecido por el CdA, de que podrán ser parte de una organización de usuarios, los que tengan derechos de aprovechamiento de aguas en un mismo canal, embalse u obra de captación²⁹². En el caso de las aguas indígenas, éstas son organizadas por la misma comunidad indígena, que en tanto persona jurídica puede ser parte de una Junta de vigilancia que administrara la cuenca, pero no es obligatorio, ya que el CdA establece, que lo es si se constituye un derecho pero no si se regulariza.²⁹³ En el caso de las comunidades atacameñas, la resistencia de adoptar completamente los mecanismos de organización y privatización del

²⁸⁹ “Agua Mineral Chusmiza S.A.I.C. con Comunidad Indígena Aymara de Chusmiza Usmagama”. Corte Suprema, 25 de noviembre de 2009. Rol n.º 2840-2008. Segunda Sala, Considerando sexto.

²⁹⁰ “Agua Mineral Chusmiza S.A.I.C. con Comunidad Indígena Aymara de Chusmiza Usmagama”. Corte Suprema, 25 de noviembre de 2009. Rol n.º 2840-2008. Segunda Sala, Considerando cuarto.

²⁹¹ “Comunidad Atacameña Toconce vs. Essan S.A”, Rol 986-2003, Corte Suprema, considerando sexto.

²⁹² MINISTERIO de Justicia, Código de Aguas, D.F.L. N° 1.122, Chile, 1981, Artículo 186°

²⁹³ ALBORNOZ GUZMÁN, P. (2000), Ob. Cit., p.326

agua, manteniendo sus rituales colectivos junto con los usos comunitarios del agua, ha permitido la composición de un “estatuto legal alternativo de protección de sus derechos ancestrales al agua”²⁹⁴, que se expresa en los términos utilizados en los estatutos de la Asociación y en sus prácticas consuetudinarias. Lo anterior, implica que, si bien, los intereses de las comunidades no se ven reflejados en la normativa actual, en la práctica se les permite mantener cierto margen de autonomía en su organización de acuerdo con su cosmovisión.

Finalmente, existe también, como ya se ha señalado, una limitación al gravamen y enajenación de las aguas, así la comunidad no puede enajenar ni gravar las aguas que han sido adquiridas con el Fondo²⁹⁵, sin embargo, hay casos en que Comunidades han cedido sus derechos ancestrales sobre las aguas dentro de procedimientos judiciales²⁹⁶, lo que deja desprotegidos los ecosistemas de territorios indígenas y junto con ello la estabilidad económico-social. En cuanto a su extinción, no hay norma expresa, pero resulta incoherente que se extingan por los mismos motivos que el régimen general de aguas.²⁹⁷ Forzoso, es determinar que la propiedad ancestral sobre las aguas, pueda extinguirse en tanto constituyen una práctica consuetudinaria colectiva y un elemento identitario, de modo que, se extingue si se extingue el pueblo/comunidad a quien le ha correspondido su uso.

2. La paradoja de una situación actual de desprotección

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, en la práctica esta protección especial, se enfrenta a la realidad de la privatización del recurso hídrico en Chile y los efectos de un sistema registral, que ha significado que sólo algunos derechos se logren regularizar, disminuyendo así, el acceso al agua que ancestralmente han poseído las comunidades y permitido el progresivo deterioro de sus ecosistemas y desecamiento de vegas y bofedales.²⁹⁸

²⁹⁴ BURDILES P., Gabriela y MADRID, Antonio (2019), Ob. Cit, p. 159

²⁹⁵ Ello en virtud a lo dispuesto por el artículo 22 de la ley N°19.253 de Protección, Fomento y Desarrollo Indígena, en virtud del cual las “aguas para beneficio de tierras indígenas” no podrán ser enajenadas durante veinticinco años, luego remite al artículo 13 que señala la limitación respecto de las tierras de manera parcial indicando que pueden solicitar autorización a CONADI para gravarlas o permutarlas.

²⁹⁶ Comunidad indígena Aymara Cancosa y Cerro Colorado en 1° Tribunal Ambiental

²⁹⁷ MINISTERIO DE JUSTICIA de Chile, Código de Aguas, Artículo 129.- *El dominio sobre los derechos de aprovechamiento se extingue por la renuncia señalada en el inciso tercero del artículo 6° y, además, por las causas y en las formas establecidas en el derecho común.*

²⁹⁸ DÍAZ CAMPOS, KARENN A. (2020), Ob Cit., p.69

Así, las comunidades que se benefician de los ríos San Pedro y Vilama, han visto por lo general, disminuir los terrenos regados; la Comunidad de Quillagua antes de la dictación del código, tenían acceso a 400 l/s luego lograron sólo regularizar 120 l/s, los cuales posteriormente, fueron vendidos por la comunidad luego de la contaminación del río Loa, quedando definitivamente con 75 l/s, la disminución, se ve provocada también, por la sustracción de las aguas arriba desde las empresas mineras.²⁹⁹ Situación similar, han vivido la comunidades de Toconce y Chusmiza, que a pesar del gran avance que significó la favorable resolución del tribunal, no han logrado restablecer los servicios ambientales que proveen las aguas recuperadas, requiriendo un gran esfuerzo además, restaurar sus sistema de canales, luego del deterioro del que fueron objeto.³⁰⁰

Por otro lado, la evidente escasez hídrica, que es patente, ha significado que políticas públicas para paliar la situación, al momento de limitar el ejercicio de los derechos de aguas ancestrales, no han considerado las afectaciones en sus diversas dimensiones. Es el caso de la afectación del pueblo indígena Aymara y Quechua del desierto de Atacama, debido al cierre de la cuenca hidrogeológica Pampa del Tamarugal por parte de la DGA, que declaró restricción para nuevas extracciones, incluyéndose la regulación de aguas que ancestralmente poseen agricultores y ganaderos indígenas, pero que se encuentran faltos de inscripción.³⁰¹ Esta política, afecta los derechos ancestrales de aguas indígenas, toda vez que prioriza el sistema registral por sobre el sistema de reconocimiento de derechos consuetudinarios, generando “desarticulación de las comunidades indígenas y la pérdida de la noción de la propiedad colectiva” e incluso “el no permitir nuevas inscripciones de usos de agua ni reconocer usos ancestrales de agua de los pueblos andinos, provocará un éxodo forzado de sus territorios tradicionales hacia la ciudad.”³⁰² Es importante relevar, el contexto de la distribución de derechos de aprovechamientos de aguas del sector de la cuenca hidrogeológica Pampa del Tamarugal, al 2017 se registraba un total de alrededor de 769 usuarios con derechos de aprovechamiento de aguas, donde “[...] los derechos de agua del sector, pertenecen en un 11% compuesto mayoritariamente por personas y organizaciones

²⁹⁹ YAÑEZ N. Y MOLINA R. (2011), Ob. Cit., p. 58-61

³⁰⁰ AYLWIN J., MEZA-LOPEHANDÍA M. Y YAÑEZ N., (2013), Ob. Cit., p.210.

³⁰¹ DÍAZ CAMPOS, KARENN A. (2020), Ob. Cit., p.68

³⁰² Ibid., p.77

indígenas, un total 59% entre la Empresa Concesionaria de Servicios Sanitarios S.A. y mineras metálicas y no metálicas.”³⁰³

Se concluye de lo expuesto en este capítulo, que la propiedad ancestral sobre las aguas de los pueblos nortinos, es un derecho consuetudinario, derivado de un *factum* como lo denomina Vergara, ya que deriva de un uso no registral, si no que de la costumbre y de la ancestralidad en este caso³⁰⁴. Así, configura un derecho que surge frente a nuestro ordenamiento, mediante un reconocimiento legal a su preexistencia en tanto derecho antiguo³⁰⁵, por el mismo procedimiento judicial que para el resto de los usuarios no indígenas. Por tanto, el reconocimiento legal de la propiedad, es meramente declarativo, tal como se ha señalado en la jurisprudencia nacional e internacional.

Surgen dudas en cuanto a la expresión utilizada en la ley indígena de que las aguas son de “propiedad y uso” de las comunidades, no queda claro la razón de separar la propiedad de las aguas de su uso, al mismo tiempo que las considera ambas como elementos de “los derechos de agua de propiedad ancestral”. Parsons, interpreta que cuando el legislador ha hablado sobre considerar bienes de propiedad y uso, realmente ha querido que deban tener tal calidad, para lograr efectivamente la protección del ecosistema en que las aguas y tierras indígenas forman una unidad funcional y son inseparables.³⁰⁶ Se debe recordar, que el dominio de las aguas dentro del régimen general, se considera en cuanto a su propiedad Bien nacional de uso público (BNUP) y en cuanto a su uso por los DDA como derechos reales (o también real administrativo o concesionales), surge la interrogante, de si las aguas indígenas de las comunidades señaladas, dejan de tener la afectación de BNUP al decretar que estas son de propiedad de las comunidades o si por el contrario, permanecen dentro del marco del derecho real, refiriéndose esta propiedad al derecho de aprovechamiento (de uso) constituido o reconocido por ley, o si bien siendo BNUP, conviene otorgar esta titularidad a quienes en base a su cosmovisión puedan protegerla al tiempo que usarla. Para parte de la doctrina, esta

³⁰³ Ibid., p.69

³⁰⁴ VERGARA B. A., (2018) Ob. Cit. p. 63-64

³⁰⁵ VERGARA B., A., Estatuto jurídico, tipología y problemas actuales de los derechos de aprovechamiento de aguas en especial, de su regularización y catastro*, Estudios Públicos N°69 (1998). P. 181

³⁰⁶ PARSONS A., FRANKLIN (2002), Ob. Cit., p. 115

especial protección implica una desafectación a la categoría de BNUP³⁰⁷, pero para la doctrina dominante, esto no es efectivo, ya que se trata de un reconocimiento de derechos de aprovechamiento de aguas consuetudinarias, que no cambia la naturaleza de aguas públicas.³⁰⁸ Para Yañez y Meza-Lopehandía, “el uso de la expresión ‘propiedad ancestral indígena’ constituye un reconocimiento de la dimensión que los derechos indígenas sobre las tierras y los recursos adquieren en el marco del derecho consuetudinario o derecho propio indígena, sistemas jurídicos que desde tiempo inmemoriales han validado la propiedad indígena sobre estos bienes.”³⁰⁹ Aunque no haya consenso al respecto, es claro que la disposición debe ser interpretada a la luz de la legislación nacional e internacional vigente, que sostiene la integridad del concepto territorio en atención a la significancia y usos que cada pueblo le asigne y como estos constituyen el fundamento de la propiedad colectiva territorial.

En consideración a la reciente y atrasada consagración del agua como derecho humano, es forzoso concluir que las aguas dejen de ser bien nacional de uso público en sí mismas para ser de propiedad en especie de las comunidades o pueblos indígenas. El desarrollo jurisprudencial, muestra que el dominio o propiedad es al tenor de lo expresado en la Constitución Política, sobre el derecho de uso y no sobre el bien mismo que es de la nación toda- según dicta el código del ramo- lo que implica que sea inapropiable. Se observa, que los derechos sobre las aguas dependen del uso o gestión del recurso aprobado por el Estado y que es éste quien otorga esta especie de concesión. Ahora bien, existiendo normativa internacional ratificada en el país, que protege la relación de los territorios con la administración de sus recursos, como expresión del derecho a la libre determinación, esta propiedad, debe desafectarse de la categoría de BNUP, ya que incluso el origen de su propiedad se remonta hacía tiempo antes del surgimiento del Estado que otorga en concesión el uso. Esto implica, integrar la protección del agua y los territorios en conjunto y protegerlas de otros compradores no indígenas, expropiándolas si fuera necesario, para que éstas sean gestionadas y administradas por los pueblos indígenas. Al menos, incluir necesariamente el

³⁰⁷ Esta opinión es sostenida por Rodrigo Muñoz, “Aguas Indígenas: Categoría excepcional”, Revista de Derecho Administrativo Económico 3, n.º 2 (2000): 425-428

³⁰⁸ Esta opinión es sostenida por Vergara Blanco A., (1998), Ob Cit., p. 181

³⁰⁹ AYLWIN J., MEZA-LOPEHANDÍA M. Y YAÑEZ N. (2013), Ob. Cit. Pp. 178

derecho a consulta y decisión vinculante sobre la adjudicación, por otros titulares de derechos de aprovechamiento que afecten las fuentes de aguas en sus territorios.

Así, en base a la normativa especial y el alcance entregado por la jurisprudencia, la naturaleza jurídica de la propiedad ancestral indígena, dentro del entendimiento tradicional del marco del derecho nacional aplicable, vendría a ser un derecho de aprovechamientos colectivo consuetudinario, reconocido en virtud de la ley, un derecho de carácter *concesional* más que puramente *real*, y fundada su dominio en el uso inmemorial que le otorga preferencia de constitución, con todas las características proteccionistas ya enunciadas, constituyendo finalmente un derecho de aprovechamiento de carácter administrativo o concesional, reconocido de manera judicial. Esta regulación excepcional, no ha logrado su efectiva protección, no detiene la expansión extractiva ni sobre las aguas subterráneas que surten los acuíferos indígenas irrigando sus hábitats, ni sobre aguas superficiales, resultando en realidad la concentración de los derechos de las aguas en manos de las empresas, el deterioro de la infraestructura de riesgo y la desestructuración de sus bases socioculturales debido a la pérdida de las aguas³¹⁰.

Capítulo VI: Propiedad ancestral sobre las aguas de otros pueblos indígenas: el caso de las comunidades del pueblo nación mapuche y la desprotección de sus aguas.

Hasta el momento, sólo se ha hecho referencia a la propiedad que tienen los pueblos indígenas del norte del país sobre sus aguas. Las comunidades de los pueblos que habitan, desde la zona centro hacia el sur continental -Mapuche, Kawashkar, Yágan, Selknam- también tienen una especie de propiedad ancestral sobre las aguas, que han utilizado de diversas maneras desde tiempos inmemoriales, la cual no ha sido reconocida como tal por el ordenamiento jurídico chileno. Esto es discriminatorio y además ha significado la desprotección a los derechos colectivos sobre la propiedad, uso y gestión del recurso hídrico en sus territorios, y junto con ello el equilibrio de sus ecosistemas que sostienen el territorio ancestral en varias zonas bajo jurisdicción del Estado de Chile. En este capítulo, se analiza

³¹⁰ AYLWIN J., MEZA-LOPEHANDÍA M. Y YAÑEZ N. (2013), Ob. Cit, p.208-210

únicamente la manifestación de la propiedad ancestral sobre las aguas mapuche y la naturaleza jurídica de éste.

Para las comunidades del pueblo mapuche³¹¹, la dimensión territorial y la concepción espacial sobre los territorios que reivindican como propios, están relacionados a un concepto de tierra en el sentido de territorio, que vincula tanto el espacio físico como el mundo espiritual que lo rodea denominado Tuwün³¹². Para Toledo Llancaqueo, la Tierra *con mayúscula*, para la cosmovisión mapuche, engloba todos los recursos; suelo, agua, riberas, subsuelo y bosques, el ordenamiento jurídico nacional ha desmembrado la tierra *con minúscula* (suelo), de los diversos elementos, que por medio de distintos regímenes de propiedad y concesión se otorgan a particulares.³¹³

Ahora bien, el sistema de regularización que puede utilizar las comunidades del pueblo mapuche, son la compra o regularización por parte del Fondo de Tierras y Aguas de CONADI mediante la aplicación de los artículos 20 letra c), 22 y artículo n°2 transitorio del Código de Aguas, ya que no cuentan protección especial como es el caso de las comunidades del norte ya estudiadas. Aun así, tiene la limitación de enajenación del artículo 22 y posibilidad de obtener este subsidio que lo diferencia del DDA del Código de Aguas. Estando en esta situación intermedia, entre el reconocimiento efectivo y la asimilación mediante la aplicación de la normativa general, por algún motivo han quedado rezagados dentro de los procesos administrativos, para que sus derechos sean constituidos o reconocidos.

1. Naturaleza integral, ecosistémica y sagrada del agua para el pueblo mapuche desde el mapuche kimün.

El agua para el pueblo mapuche, al igual que para la mayoría de los pueblos indígenas del Abya Yala, es un vínculo de naturaleza colectiva, de naturaleza ecosistémico y valorada en diversas dimensiones. Respecto a este apartado, remitir a lo señalado en el primer capítulo sobre la cosmovisión, epistemología indígena y su importancia para comprender el vínculo

³¹¹ El pueblo mapuche según su origen geográfico, se identifican como pehuenches, lafkenches, huilliches y tehuelches. Cada cual habitan espacios geográficos diferentes y como consecuencia una relación material diferente con el agua de sus territorios donde prima en todo caso el carácter sagrado y ecosistémico.

³¹² Palabra del Mapudungun para referirse a “lugar de origen”.

³¹³ TOLEDO LLANCAQUEO, V., (1997), Ob. Cit., p. 3

con el agua y territorio, en este mismo sentido, de lo indicado por Llancaqueo den referente a la *Tierra*.

Hablar desde el mapuche kimün- esto es desde el conocimiento mapuche-, implica en palabras del Longko José Quidel Lincoleo, “volver hacia los orígenes y entender desde una perspectiva ontológica la construcción mapuche.”³¹⁴ Conocimiento que es depositado en los ancianos y kimche (persona con conocimiento) de la comunidad, debido a su participación y observación en la dinámicas socioculturales y políticas al interior de las unidades territoriales mapuche Lof.³¹⁵

Según el Machi Aniceto Lleuful³¹⁶, la importancia del agua es múltiple, el valor ecosistémico que permite el crecimiento del preciado *lawen*³¹⁷, espiritual y sagrado en tanto es un *Ngen*³¹⁸, pero además constituye una guía de la división política territorial ancestral, así los cursos de agua, dividían jurisdiccionalmente las comunidades/Lof, determinaban los límites y lugares de encuentro. El agua, también reviste un carácter sagrado, donde las y los Machi recurren a hacer plegarias para diversos fines medicinales de la comunidad. Es así, como el territorio con sus características naturales (ríos, manantiales, lagos, proliferación de determinadas especies nativas, fauna, etc.) es un condicionante para la toponimia mapuche, las características del hábitat, explican la denominación de éste por ejemplo Lof Foyenko (Lof por donde corre el agua de canelo). Existen así, diferentes valores que el pueblo mapuche le otorga al agua que constituyen su identidad y forma de relacionarse con el territorio.

El pueblo mapuche, al igual que el resto de pueblos indígenas, tienen y han tenido ancestralmente una manera de relacionarse, códigos de conducta colectivos, ordenes normativos, no positivizados, pero igualmente imperativos para el grupo humano. El Az Mapu, en el caso mapuche, se refiere a una especie de ordenamiento que organiza la vida mapuche en su compleja relación con el che -gente o personas- en su interacción con el espacio territorial Wallmapu y su distribución interna, con sus prácticas culturales, sociales

³¹⁴ MELIN PEHUEN, et al, AzMapu: Una aproximación al Sistema Normativo Mapuche desde el Rakizuam y el Derecho Propio. Financiado por Instituto Nacional de Derechos Humanos y Unión Europea, Territorio Mapuche, 2016, p. IX

³¹⁵ Ibid., p. 13

³¹⁶ Conversaciones en Seminario “Lawen”, de Fenomenología integrativa médica, agosto 2020.

³¹⁷ Hierbas medicinales mapuche que utiliza la machi para el tratamiento de enfermedades de la comunidad, ceremonias y rituales.

³¹⁸ Desde la cosmovisión mapuche, se denomina a aquel Espíritu protector a quien se le hacen plegarias.

y los ciclos propios del *mogen*- la vida en sus diversas formas y manifestaciones-, es decir un derecho propio sustentado en su libre determinación como pueblo y, donde el derecho de propiedad y posesión sobre los territorios ancestrales o tradicionales como unidad natural en convivencia con la naturaleza cobra suma relevancia.³¹⁹ Existiendo además, conciencia de que el territorio se vincula tanto en un espacio físico como espiritual y cada uno con sus propios elementos se encuentran interrelacionados.³²⁰

Llancaqueo, señala que es necesario para resguardar los derechos colectivos indígenas, resguardar el dominio pleno del suelo y los derechos sobre los recursos concesionables en unidades naturales completas, en conjunto con una planificación de desarrollo que considere el control indígena sobre las microcuencas dentro del territorio otorgando la titularidad de los derechos de aguas y protección al subsuelo, para así asegurar su manejo integral.³²¹ Es decir, es necesario que se regularicen los derechos de aguas en conformidad a su naturaleza de derecho propio o consuetudinario ancestral, como derecho de regularización preferente y respetando el valor que cada pueblo le otorga al recurso hídrico dentro de su territorio.

2. Las disputas entorno a la adquisición de los derechos de aprovechamiento de aguas en territorio ancestral mapuche.

Respecto de los derechos de aprovechamiento de aguas en la zona sur del país, Yáñez y Molina³²² señalan que entre los años 2004 a 2007 del total de DDA superficiales solicitados a la DGA, un 17% correspondía a solicitudes por personas u organizaciones indígenas, las cuales sintomáticamente se concentran en el sur de Chile, especialmente en la región de la Araucanía en un 31%, en otras regiones la concentración de solicitudes de DDA superficiales en territorio mapuche, se observa principalmente en Cañete región del Bío-Bío, en Mariquina región de Los Ríos y en San Juan de la costa en la región de Los Lagos. Los autores, advierten que no solo se han solicitado DDA superficiales, sino también de aguas subterráneas, donde Ercilla, Padre de las Casas, y los Álamos concentran un 42% de las solicitudes.

³¹⁹ MELIN PEHUEN, et al. (2016), Ob. Cit., p. 14-15

³²⁰ Ibid., p. 43

³²¹ TOLEDO LLANCAQUEO, V. (1997), Ob. Cit., p. 18

³²² YÁÑEZ, N. y MOLINA, R. (2011), Ob. Cit., p. 125

Se refieren, a solicitudes y no constituciones efectivas en favor de los derechos ancestrales al agua mapuche, lo cual se ha hecho especialmente difícil por el agotamiento de los DDA sobre caudales superficiales, solicitados por usuarios no indígenas y la monopolización de derechos sobre los principales ríos de la región, por parte de empresas hidroeléctricas, un claro ejemplo que señalan los autores es el monopolio de ENDESA en la región del Bío-Bío, impidiendo que las comunidades accedieran a constitución de DDA, afortunadamente con la reforma introducida al Código de Aguas, sobre patente por no uso en 2005, ENDESA se vio obligada a renunciar a los derechos que había constituido para futuros proyectos en la zona, sin embargo, respecto de las regiones XI, XII y la provincia de Palena comenzaría a regir en siete años, beneficiando a empresas hidroeléctricas que proyectaban comenzar ejecución de proyectos en ese período, dándoles tiempo para iniciar sus obras de captación de aguas eximiéndose del pago.³²³

Orta dificultad, en torno a la constitución o regularización de DDA por comunidades mapuche, tiene que ver con el caudal otorgado, lo cual ya había sido señalado por Elgueta, en base a la información respecto de la primera década de funcionamiento intermitente del Fondo Tierras y Aguas que “llama la atención el exiguo caudal solicitado por los mapuches a través de este mecanismo (12.996,7 lt/seg) en consideración a que en la IX región existen unas 34.137 explotaciones mapuches (ODEPA -CONADI, 2001), las que en conjunto tienen unas 318.705 há. de superficie agrícola utilizada. Es decir, con el agua solicitada solo un 4,08% de esta superficie tendría agua para ser regada. Esto plantea, una seria inviabilidad futura para el desarrollo agropecuario mapuche.”³²⁴

Ximena Quiñonez, advierte una década más tarde, que lo anterior perjudica la efectividad de ejercer este derecho, de hecho la mayoría de las solicitudes no finalizan efectivamente en la constitución de derechos de aguas útiles para riego, ya que si llegan a ser otorgados, sus caudales son muy restringidos permitiendo básicamente el uso doméstico; en la mayoría de los casos, caudales por menos de 1 litro por segundo.³²⁵

³²³ Ibid., p. 125- 127

³²⁴ ELGUETA RIQUELME, R. Y GACITÚA, M., La Protección y Uso De Las Aguas Entre Los Mapuches De La Araucanía. Problemas Y Perspectivas Para El Desarrollo Indígena, Tercer Encuentro De Las Aguas Santiago, 2001, p.4

³²⁵ QUIÑONES DÍAZ, XIMENA, Acceso individual y colectivo a derechos de aguas en comunidades mapuches, Actas de Derecho de Aguas N°2., 2012, p. 214-215

Esto se debe, a que en primer lugar se han pedido por comunidad entendida en el sentido de la Ley Indígena- esto es como grupo familiar generalmente-, al pedir de manera colectiva como conjunto de comunidades el valor podría aumentar, pero sigue siendo insuficiente para la sustentabilidad del *territorio*. En segundo lugar, por la poca experiencia en tecnificación de riego, a consecuencia de la naturaleza lluviosa de la geografía de los territorios ancestrales mapuche, unido a la reducción paulatina a la que han sido sometidos como pueblo, no es posible acreditar uso efectivo de agua para agricultura por la inexistencia de “obras de riego”. En base a esto último, Quiñonez señala que se han desarrollado instrumentos estatales (Ley N°18.450 de fomento al riego y el programa de riego INDAP) para subsidiar construcción de obras de riego, por medio de los cuales las familias o comunidades mapuche pueden postular sus proyectos de riego, pero la barrera se encuentra en que como requisito deben tener los postulantes DDA debidamente constituidos³²⁶. Así, muchas comunidades mapuche, se encuentran atrapadas en un círculo vicioso de reducción territorial, desprotección a sus recursos y finalmente pobreza.

Lo relevante a destacar, es el criterio bajo el cual se otorgan los DDA, como el riego, lo que se traduce, en demostrar cuantos litros se extraen desde una obra de ingeniería de riego, las que efectivamente se puedan utilizar para fines agrícolas o domésticos. Esto, no considera que tradicionalmente el pueblo mapuche haya mantenido una agricultura de secano y recolección principalmente, lo cual fue cambiando a medida que el despojo de territorio se fue produciendo, radicándolo a tierras menos fértiles y en ocasiones alejados de sus fuentes de aguas. Lo anterior, implica que el agua para el pueblo mapuche, reviste de una importancia ecosistémica, ya que es parte del ciclo hidrobiológico que permite la fertilidad y crecimiento de sus alimentos, sin necesariamente tener obras específicas en torno al riego tecnificado.

Cabe señalar, que no sólo el monopolio entorno a los DDA por empresas hidroeléctricas amenaza la protección de los derechos de aguas mapuche, sino que se suman aquellos que implican contaminación a los cursos de agua dulces o al mar, considerando la gran importancia que las riberas revisten para los mapuche lafkenche y las consecuencias de la erosión del suelo, lo que significa afectación a las napas subterráneas. La instalación de plantas químicas de tratamiento de aguas servidas en territorio mapuche, que vierten cloro y

³²⁶ Ibid. p. 213

otros desechos químicos al río y fuentes de agua, la contaminación de cauces por plantas celulósicas como CELCO, Celulosa Arauco, influyen en la contaminación del mar y espacios costeros protegidos como santuarios y humedales debido a las descargas de residuos industriales líquidos por las industrias³²⁷, así mismo, industrias salmoneras, pesca de arrastre y la actividad minera, afectan la disponibilidad y usos de las aguas ancestrales mapuche.

Ingo Gentes, a propósito del conflicto por la Hidroeléctrica Ralco (ENDESA), que inundó un espacio sagrado y cementerio mapuche Pehuenche (relocalizando a las comunidades), mencionaba su preocupación, en torno a la desprotección de los recursos de los pueblos indígenas y la repercusión que esto implica tanto a la salud del ecosistema, donde se emplazan sus territorios, como en la cohesión de las mismas unidades territoriales, donde la negociación, ya sea por parte del Estado o del rubro privado dirigido de manera individual a cada familia e intentando la cooptación de los opositores a puestos políticos o a puestos de trabajo como asesores y ofrecimiento de indemnizaciones altas, genera quiebres en las propias comunidades, redefiniendo sus límites identitarios adoptando incluso elementos de la práctica “huinca”³²⁸.

Con la ratificación del Convenio N°169 (2008), la protección se amplía protegiendo los territorios de manera integral, en un sentido más cercano a la perspectiva que señala Llancaqueo (1996), estableciendo en su artículo 13, ya estudiado, que en la aplicación del Convenio, los Estados partes, deben tener especial consideración en la importancia que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste el concepto tierras o territorios, que ocupan o utilizan de alguna manera en particular los aspectos colectivos de dicha relación, y respecto a los artículos que se refieren a los recursos indígenas, señala que el termino tierra incluye la totalidad del hábitat que los pueblos ocupan de alguna manera.

Lo anterior es interesante, ya que el Convenio viene a proteger una relación ecosistémica y multidimensional, que existe entre el territorio indígena y la identidad del pueblo mismo. Así, la primera sentencia que aplicó el Convenio fue en un caso mapuche, Linconao con

³²⁷ YAÑEZ N. Y MOLINA R. (2011), Ob. Cit., p.128-130

³²⁸ GENTES, I., Ley de Aguas y Derecho Local, Water Law and Indigenous Rights (WALIR), coordinado por la Wagenigen University y CEPAL, Naciones Unidas, División de Recursos Naturales e Infraestructura. Santiago de Chile, 2004, p.11

Forestal Palermo Ltda.³²⁹, donde mediante un recurso de protección, la Machi Francisca Linconao, recurre para que cese la amenaza al derecho a vivir en un medio libre de contaminación provocada por la tala ilegal de bosque nativo y plantación de especies exóticas que afectaban la integridad del Menoko, espacio manantial sagrado, donde se realizaban ceremonias y recolección del lawen. Estos actos, interferían directamente con su derecho a la práctica de la medicina ancestral mapuche, íntimamente relacionada con la salud del bosque nativo y protección del curso de agua. A pesar de la decisión favorable a la protección de los derechos colectivos mapuche, debido a la naturaleza cautelar de este procedimiento, no se resuelve el asunto de fondo, no se logra proteger, de manera efectiva ni otorgar certeza jurídica a los derechos del pueblo mapuche sobre sus aguas ancestrales. Por este motivo, resulta muy común que, dentro de un marco general de aguas al servicio del mercado, existan constantes tensiones, entre propietarios de derechos de aprovechamiento sobre aguas que cursan territorio mapuche, afectando la naturaleza de éste y vulnerando sus derechos colectivos entorno al agua.

3. Conflictos socio-ambientales en territorio ancestral del pueblo nación mapuche.

En la actualidad, diversas comunidades del pueblo indígena mapuche ven afectados sus derechos debido al extractivismo; nacional y transnacional, quienes se adjudican derechos de aguas de los pueblos afectando sus territorios. Lo anterior, se enmarca en un contexto globalizado de acuerdos económico-político de tono liberal, por medio de los cuales los Estados actúan en conjunto con grandes corporaciones -forestales, mineras y también hidroeléctricas-, donde en muchas ocasiones a pesar de ser actividades diferentes, presentan los mismos titulares, expandiendo su productividad habilitados por una normativa débil, que permite no controlar las externalidades de los impactos ni su alcance.³³⁰

Varios autores, han señalado que la expansión de monocultivos forestales serían uno de los principales actores que provocan los problemas socio ambientales, derivados de la erosión de suelos, donde las plantaciones provocan escasez hídrica debido a la creciente aridez o disecación del suelo que forestan, y que luego de unos años de su establecimiento, se ha

³²⁹ “Linconao Francisca con Forestal Palermo”. 30 de noviembre de 2009, Corte Suprema, Rol 7287-2009.

³³⁰ TORRES-SALINAS, GARCIA, HENRIQUEZ, ZAMBRANO-BIGIARINI, COSTA E BOLIN, Desarrollo forestal, escasez hídrica, y la protesta social mapuche por la justicia ambiental en Chile, Ambiente y Sociedad, Sao Paulo XIX, jan-mar 2016, p. 123

evidenciado que los caudales de aguas lluvia que cumplen la función de permear el suelo y rellenar los acuíferos, han disminuido lo que afecta tanto a comunidades rurales mapuche como no-mapuche.³³¹

Un estudio realizado desde la ecología política de Torres Salinas y otros, evidencia la relación entre demanda de camiones aljibes y plantaciones forestales en el periodo 2013-2014, señalando que en la región del Bío-Bío, los más altos índices de déficit hídrico y demanda de camiones aljibes, se presentan en zonas rurales cercanas al secano costero, donde es precisamente aquella zona con mayor presencia de tierras erosionadas y extensión de forestación con pino y eucalipto, lo que se repite en la región de la Araucanía³³² lo anterior, claramente va unido, en general, a la sustitución de bosque nativo por pino y eucalipto, así señalan los autores que entre 1997-2007, el área de bosque nativo se redujo un 22% en la región del Biobío.

En este escenario es importante observar que, no son únicamente las empresas forestales las que afectan los derechos territoriales mapuche. En Panguipulli, Región de los Ríos, el titular SN-Power, mediante asociada a las Centinela S.A construyen Hidroeléctrica Trayenko S.A impulsan el proyecto Represa Río LLancahue, Quilaleufu, Rayehueico, Carranco, Rañintuleufu, Lizan y Changli, para lo cual adquiere derechos en el mercado de aguas, con la finalidad de instalar 3 centrales hidroeléctricas en el Valle Liquiñe, en la cordillera de Valdivia (2006), afectando derechos de las comunidades indígenas al agua y al territorio, los cuales son traspasados a la empresa transnacional SN Power Noruega “sin considerar la categoría indígena de los territorios y el uso ancestral que las comunidades hacen al agua.”³³³

Los derechos, se obtienen de un mercado en que se concibe al agua como un bien de mercado susceptible de transarse libremente sin considerar los “componentes del territorio y los ecosistemas vinculados a la subsistencia, cosmovisión y cultura de un pueblo.”³³⁴ Suele suceder, que algunas empresas de capital extranjero, en un contexto previo a la ratificación del Convenio n°169 por parte del Estado de Chile, aun cuando estando ratificado en su país

³³¹ Ibid., p. 122.

³³² Ibid., p 133

³³³ LARRAÍN, Sara y POO, Pamela ed., Conflictos por el Agua en Chile. Entre los derechos humanos y las reglas de mercado, Chile sustentable, 2010, Pp. 286

³³⁴ Ibid., p. 287

de origen, ésta baja sus estándares a lo legalmente establecido³³⁵, tomando provecho de la desregulación en el territorio, en el que se encuentran desprotegidos los derechos colectivos de las comunidades del pueblo indígena mapuche.³³⁶

Un conflicto socioambiental, que afecta derechos colectivos sobre los territorios y recursos mapuche, es el caso de Rupukura con Forestal Mininco, quien se ha instalado y plantado pino en un territorio ancestral mapuche, dado por la locación del Salto de agua de Kelen Kelen en cordón de Nahuelbuta, espacio ecológico de bosque nativo y lugar histórico ceremonial reclamado por la comunidad Nahuelpi³³⁷. La importancia dentro de la cosmovisión mapuche del lugar, tiene relación con que “cada lugar tiene su espíritu, su dueño, están llamados los menoko, los wigkul, los xayenko, que se identifican en este lugar con concentración de fuerzas”³³⁸ por otra parte, para la forestal, el problema “es la invasión y ocupación ilegal de su propiedad privada, lo que generó los desalojos y acciones represivas”³³⁹, lo que ha significado acciones judiciales contra comuneros mapuche, por la falta de idoneidad de los mecanismos de protección a los territorios y recursos indígenas.

Otro caso, en que se ven involucrados derechos de aprovechamiento de aguas ancestrales de comunidades mapuche, es en la comuna de Panguipulli, región de los Ríos, por el proyecto Central Hidroeléctrica San Pedro, a emplazarse en el Río San Pedro, cuyo titular es la Colbún S.A y fue aprobado por la COREMA en 2008. Si bien, éste no perjudica únicamente derechos de aguas indígenas, sino que también derechos de comunidades no indígenas y un gran impacto al ecosistema³⁴⁰. Al respecto, señalar que Panguipulli es una de las 12 comunas que junto al bosque Valdiviano han sido declaradas Reserva de la Biósfera por la UNESCO en 2007, denominada “Reserva de Bosques templados lluviosos de los Andes Australes” y cuya finalidad se enmarcaría dentro de políticas públicas y privadas para preservar el bosque

³³⁵ Ibid.

³³⁶ Comunidad Ancestral Hueinahue, Comunidad Ancestral Rupumeika, Comunidad Ancestral Vicente Piutrillán de Carriñe y Liquiñe, Comunidad Ancestral Vicente Reinahuel de Trafún, Comunidad Ancestral Juan Paineipi de Trafún, Comunidad Ancestral Lorenzo Carimán de Rayehueico, Comunidad Ancestral José Neculfilo, Comunidad Ancestral, Comunidad Ancestral Nahuel Mawida de Changlil y Parlamento de Coz Panguipulli. En: LARRAÍN, S. y POO, P. ed. (2010), p.290

³³⁷ SEGUEL, Alfredo, Grupo económico Matte mantiene secuestrado lugares sagrados del Pueblo Mapuche, 28 enero 2009, Centro de Estudios Miguel Enríquez, p. 2-4

³³⁸ SEGUEL, Alfredo, Ob. Cit., p.2

³³⁹ Ibid., p. 3

³⁴⁰ LARRAÍN, Sara y POO, Pamela ed. (2010), Ob. Cit., p. 305-306

nativo.³⁴¹ El Río San Pedro, es considerado sagrado para las comunidades mapuche que habitan en la zona, quienes perciben esta intervención como un “atropello cultural y como una alteración de la vida espiritual” ya que para las comunidades mapuche “el represamiento de aguas implica además de los impactos sobre el ecosistema, una pérdida definitiva de la fuerza espiritual de las aguas. Lo anterior, se extiende a la tierra, al ser intervenidas o perforadas las montañas sagradas.”³⁴² Esto, se explica de otra forma con el impacto que provoca sobre la migración natural de fauna acuática³⁴³, como para la protección del bosque nativo y los recursos subterráneos.

Aun cuando existen instrumentos que protegen la biodiversidad, la participación de los pueblos originarios en cuestiones que afecten su hábitat y la protección del desarrollo propio, quedan supeditadas a quien se reivindique como propietario del derecho de aprovechamiento de aguas respectivo o de concesiones mineras³⁴⁴(que permitiéndoles explorar, si encuentran aguas se las pueden adjudicar por el trabajo que pusieron en alumbrarlas según lo establecido por el código de minería), independiente de la propiedad o posesión sobre el territorio y de los efectos que ocasione.

Según las autoras Larraín y Poo, en la mayoría de los conflictos por el agua en Chile, el debate se centra en el modelo de desarrollo, el cual se presenta desde una visión extractivista o productivista y se enfrenta a las opiniones de comunidades y/u organizaciones no gubernamentales, en torno a la sustentabilidad del patrimonio ambiental, tomando especial consideración la categoría de patrimonio indígena, desde la cosmovisión que prioriza el bienestar local en base al “respeto y cuidado del entorno natural, evitando destruir el equilibrio del frágil ecosistema”.³⁴⁵

En contexto de sequía en el norte, centro y sur del país, se ha evaluado recientemente el proyecto de Carretera Hídrica impulsada por Juan Sutil (presidente de la Confederación de la Producción y del Comercio), con lo que se pretende trasladar agua desde el sur del país hacia el norte, para abastecer zonas sin agua, afectando directamente derechos de aguas

³⁴¹ Ibid., p. 309

³⁴² Ibid., p.307

³⁴³ Ibid., p. 317

³⁴⁴ Ibid., p.309

³⁴⁵ Ibid., p.315

ancestrales mapuche reconocidos o no por el Estado, y con ello la sostenibilidad del ecosistema. Dentro de ese contexto, varios representantes de comunidades mapuche pehuenche, se apersonaron fuera de la secretaria de Ministerio Obras Públicas de Concepción, manifestando el rechazo al remate de derechos de agua superficiales del río Queuco y otros esteros de Alto Bío Bío.³⁴⁶

Es claro, que la actual protección por medio del Fondo de Tierras y Aguas de CONADI, no es suficiente para proteger los territorios y las aguas indígenas mapuche, es por ello urgente interpretar la normativa a la luz de los tratados internacionales ratificados por Chile en la materia, reconocer los derechos propios de propiedad de las aguas ancestrales con el alcance, que para cada comunidad merece en base a su cosmovisión y significancia del agua.

Capítulo VII: Discusión y conclusiones

A lo largo de esta memoria, fue posible investigar la naturaleza y alcance de la protección de la propiedad ancestral del agua de los pueblos indígenas en Chile, a partir de la caracterización de la cultura hídrica indígena y de la regulación y jurisprudencia internacional, aplicable en contraste con la normativa nacional sobre la materia.

De lo expuesto, es posible acreditar que los derechos sobre las aguas indígenas revisten características especiales que los diferencian de los derechos de aguas solicitados por ciudadanos no indígenas. Esto se debe, a la naturaleza propia del agua como flujo permeable y vital para toda forma de vida por su naturaleza ecosistémica, a la organización en torno a ella y a la pluralidad de dimensiones que dentro de las cosmovisiones de los pueblos originarios el agua encuentra valor. La cultura hídrica de estos pueblos, reviste al menos una dimensión material, tecnológica, otra organizacional y una dimensión ideacional o simbólica, cuyos contenidos específicos o formas de manifestación varían según la cosmovisión de cada pueblo y la geografía de sus territorios, e incluso dependen de las historias de desplazamientos forzados por la colonización u ocupación de sus territorios originarios. Los

³⁴⁶ HUENCHUMIL, Paula, Mapuche ganan pulseada por derechos de agua del Bío Bío, Medio de Prensa Digital Interferencia, Consulta en línea [25-10-2020]; <https://interferencia.cl/articulos/mapuche-ganan-pulseada-por-derechos-de-agua-del-bio-bio>

valores que adjudican al agua y a la gestión en torno a ella, trascienden el mero uso productivo, justificando así la existencia de una especie de derecho de propiedad sobre las aguas indígenas que encuentra origen en su cosmovisión ancestral- inclusive espiritual- y que ha sido traspasado por medio de la oralidad y la práctica misma de sus costumbres, ritos, tradiciones etc. Se ha relevado así, que el derecho ancestral al agua, es un derecho ancestral consuetudinario y colectivo, de naturaleza ecosistémica y de contenido pluridimensional.

La revisión e investigación bibliográfica y el análisis regulatorio, vislumbra que es vasta la literatura y fuentes normativas que, a nivel internacional y regional, consagran la propiedad sobre los territorios y recursos indígenas como un derecho consuetudinario colectivo ancestral, preexistente a los Estados Naciones. De las disposiciones de los principales instrumentos en la materia como son el Convenio N° 169 (OIT), la Declaración de los Pueblos Indígenas y Tribales (ONU) y recientemente la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (OEA), se puede concluir que, consagran el deber de los Estados de proteger especialmente y sin discriminación los derechos ancestrales sobre los recursos indígenas, junto con sus prácticas políticas-sociales-culturales y ecosistémicas en torno a los mismos, desde la perspectiva de la integridad del territorio. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sido progresista en la interpretación del clásico derecho de propiedad, al ser aplicado a territorios y recursos indígenas, considerando las peculiaridades consuetudinarias, culturales e históricas que originan la propiedad y posesión sobre aquellos por parte de titulares indígenas.

En el caso de Chile, se examinó el alcance efectivo del reconocimiento y protección de la naturaleza colectiva, ecosistémica y multidimensional de la propiedad ancestral del agua, en las comunidades del norte y en las comunidades mapuche del sur del país. Si bien, para llegar a un análisis más profundo es necesario una investigación más detallada sobre las solicitudes de derechos de aprovechamiento y los cambios de dominio de éstas, al menos ha dado luces del tipo de reconocimiento que trata. La legislación nacional indígena, comprende un régimen de protección especial sobre la propiedad de las aguas ancestrales, pero únicamente de aquellas comunidades que habitan la zona norte, a saber; Aymaras, Atacameñas, Diaguitas, Quechua y Collas de las I y II región, otorgando preferencia de constitución y amplitud en términos de territorio al momento de considerar el ámbito del derecho de

aprovechamiento, apartándolas -en parte- del régimen general establecido por el Código de Aguas.³⁴⁷ Sin embargo, existiendo un total de diez pueblos indígenas reconocidos por el mismo cuerpo legal, respecto de las cuales se compromete a respetar, proteger y fomentar su desarrollo en el ejercicio de sus derechos de acuerdo a sus costumbres y valores, éstas no encuentran reconocimiento de la propiedad ancestral sobre las aguas y quedan sujetos a la postulación al Fondo de Tierras y Aguas de CONADI, para obtener subsidio en las solicitudes de reconocimiento de los derechos de aprovechamiento sobre sus aguas ancestrales al organismo competente. Considerando la gran relevancia que este recurso tiene para el desarrollo, subsistencia y cultura de cualquier pueblo indígena y el equilibrio de sus territorios, la carencia de protección constituye una discriminación arbitraria y los deja en una situación de mayor vulnerabilidad en el ejercicio de sus derechos.

La escasa normativa especial para la regulación de las aguas indígenas, ha permitido regularizar parcialmente la propiedad sobre las aguas que utilizan los pueblos. Pero estas, no se escapan del régimen liberalizador, en la concepción del agua como recurso privatizable consagrado por el Código de Aguas y la Constitución Política de la República de Chile, lo que no permite proteger la naturaleza colectiva ecosistémica y pluridimensional que caracteriza la propiedad y posesión ancestral de aguas indígenas. Las medidas proteccionistas como no obligatoriedad de uso, tienen necesidad de autorización de CONADI para su enajenación, la preferencia de constitución en algunos casos, entre otras mencionadas, no han sido suficientes.

Esta desprotección, se debe en primer lugar a un problema estructural que parte con la consagración constitucional del agua como recurso económico susceptible de apropiación privada en el libre mercado, resultando contradictoria a la naturaleza de bien nacional de uso público, consagrada legalmente cuando no existen mecanismos serios de protección de la función pública del agua. En segundo lugar, se debe a la lógica liberal que rige el Código de Aguas, donde el titular del dominio sobre los derechos de aprovechamiento puede ser diverso al titular de la tierra, perjudicando la lógica integral del recurso que subyace, ya que este derecho se reconoce en virtud de un vínculo con el territorio indígena, de modo que hay una “carencia de sintonía valorativa” entre los usos ancestrales entorno al agua y las disposiciones

³⁴⁷ AYLWIN, J., MEZA-LOPEHANDIA M. Y YAÑEZ N. (2013), Ob. Cit., p.171

del código del ramo.³⁴⁸ Incluso, el derecho del titular a constituir servidumbre para acceder a ejercer los derechos sobre las aguas en caso que no sea propietario del suelo, implican una intromisión en territorios indígenas, los cuales a menos que se enmarquen dentro de un proceso de evaluación ambiental, se realizan sin consulta previa libre e informada. Otra barrera, es la forma de organización en comunidades de aguas que en ocasiones no coincide con la estructura indígena sobre la gestión del recurso, lo que puede afectar la integridad del tejido social entorno al agua. Y finalmente, que aun cuando la legislación indígena respeta la cultura y cosmovisión de los pueblos, ésta no ha sido realmente considerada en los procesos de regularización de derechos de propiedad de agua ancestral al evaluar la cantidad el agua que se otorga, ni las formas diversas de uso, considerando ésta, únicamente como recurso económico, valorando sólo el uso doméstico y agrícola en sentido restringido, sin considerar la importancia ecosistémica y pluridimensional que significa el agua para los pueblos originarios, donde la propiedad sobre las aguas también viene a proteger una cultura hídrica e inclusive una identidad sagrada específica.

Es así, como compartiendo un mismo procedimiento de regularización con el resto de usuarios no indígenas, sin un mecanismo eficiente y ad-hoc de protección de aguas ancestrales frente a nuevas solicitudes de regularización o constitución de derechos de aguas en territorios indígenas, resultan de más fácil adquisición por proyectos de inversión que por usuarios originarios. De este modo, tanto los derechos de aguas indígenas obtenidos por medio del Fondo de Aguas y Tierras de CONADI como por la Propiedad Ancestral sobre las aguas indígenas del norte del país, con sus respectivas particularidades, pueden ser parte del mercado de aguas, obteniéndose de éste y compitiendo en su regularización con inversionistas, que únicamente consideran el valor económico del agua en desmedro del ecosistémico, colectivo y simbólico, promoviendo paradójicamente un uso más eficiente del recurso, aun cuando ello conlleve a su agotamiento o sobrecarga.

La afectación de las aguas, en esta doble dimensión; como bien nacional de uso público y como derecho de aprovechamiento, no permite ejercer la libre determinación respecto de sus aguas y territorios, ya que se encuentran administrados o por el Estado o por el Mercado. En efecto, colisiona con la incorporación del Convenio N°169 de la Organización Internacional

³⁴⁸ Parsons A. Franklin (2002), Ob. Cit., p. 114-116

del Trabajo al derecho chileno, ha puesto en riesgo la identidad y existencia de las comunidades indígenas, permitiendo que diversos proyectos extractivos sustraigan, concentren y contaminen los recursos de uso ancestral en general, pero especialmente el agua, acaparando derechos de aprovechamiento y/o secando fuentes naturales con la consecuente degradación del hábitat que implica.³⁴⁹ Esto, ha desencadenado los constantes conflictos socioambientales en territorio ancestral. Aun cuando, las comunidades del norte puedan hacer valer sus derechos de manera preferente, en la práctica, generalmente sucede con posterioridad a la adjudicación de derechos de aprovechamientos por particulares sobre los caudales en territorio ancestral y los que en ocasiones provienen de fuentes que se encuentran ya agotadas. Por tanto, la efectividad de su protección se enmarca en litigios a los que difícilmente pueden acceder todas las comunidades que se ven afectadas y donde se da espacio a la negociación asimétrica y transacción de los derechos a cambio de sumas de dinero, lo cual puede resultar llamativo para resolver la situación de vulnerabilización estructural en la que se encuentran como pueblo. Esta vulnerabilidad a la que se enfrentan, se debe a la situación de subordinación del derecho propio indígena frente al derecho positivo estatal.³⁵⁰

Es posible concluir, que la protección de la propiedad ancestral sobre las aguas, que de manera excepcional se instala dentro de la normativa indígena, no es suficiente para protegerlas y garantizar efectivamente su uso y goce dentro de los términos de la cosmovisión indígena, sobre todo, considerando que ésta no alcanza a la totalidad de los pueblos indígenas en el territorio del país. Es así, que pueblos como el Mapuche, no gozan del mismo resguardo a sus derechos de propiedad sobre las aguas, que cursan sus territorios ancestrales, aun cuando ésta, reviste un carácter fundamental dentro de su cosmovisión, prácticas consuetudinarias y supervivencia dentro de su hábitat.

Si bien, han existido algunos casos emblemáticos que han reconocido de manera integral los derechos sobre las aguas y territorios, actualmente no hay certeza jurídica para los pueblos originarios, por no existir mecanismos idóneos y preventivos para proteger los derechos sobre la integridad de su territorio, de modo que garanticen la sustentabilidad en el uso y manejo

³⁴⁹ YAÑEZ N. y MOLINA R. (2011). Ob. Cit., p. 10.

³⁵⁰ CUADRA, MANUEL (2000), Ob. Cit.

del recurso, en función de la visión holística indígena, incorporando el valor ambiental, social y cultural del agua.³⁵¹ En este sentido, es necesario cambiar el foco en torno a pensar el agua, únicamente con un valor económico en tanto recurso, sino considerar el valor que tienen para sostener el ecosistema, las diversas especies de flora y fauna nativas y adicionalmente el valor como identidad espiritual y por tanto, dejar de utilizar la concepción de “riego” y “obras de ingeniería de captación”, como única variable a considerar para efectos de acreditar el uso efectivo del elemento en cuestión. Se aprecia, un avance jurisprudencial que tímidamente avanza en ese sentido en materia de regularización de aguas ancestrales, que no requieren obras de captación para acreditar el uso, sino que basta con que se acredite la utilización de bebedero de animales o de consumo humano, como también la aplicación de un concepto amplio e integral de tierra.

De este modo, es necesario aplicar la normativa internacional vigente para extender la interpretación de la normativa actual, en torno a las aguas que tiene el recurso en sí en los términos planteados por los estándares internacionales ratificados por Chile. Así, considerar el valor cultural como factor clave al momento de regularizar los derechos ancestrales de agua indígena, esto si siempre cuando sean solicitadas en común, ya que en tanto derecho colectivo pertenece a una comunidad o un conjunto de ellas y no sólo a un individuo. Adicionalmente, es menester permitir esta interpretación para la constitución de derechos de aprovechamientos de aguas mapuche, las que actualmente se encuentran en constantes conflictos con los propietarios de derechos de aprovechamiento sobre su territorio y lugares sagrados, donde han traído escasez y perjudicado el bosque nativo. En la experiencia comparada, en el continente americano, se ve que se han hecho intentos por armonizar el derecho nacional con los derechos consuetudinarios indígenas sobre sus territorios y recursos. Mediante el desarrollo jurisprudencial o el reconocimiento constitucional de estos derechos, se ha construido un marco normativo que acepta el derecho propio indígena, en torno al uso del agua como parte de un territorio y con valor además de material simbólico-espiritual, resultando ejemplos para revisar críticamente en miras al proceso constituyente en curso.

³⁵¹ AYLWIN, J., MEZA-LOPEHANDIA M. Y YAÑEZ N. (2013), Ob. Cit., p. 175-176

La riqueza de la diversidad geográfica y cultural, implica que la regulación del acceso, uso y distribución de los recursos, debe hacerse cargo de estas diferencias, con el desafío de hacerlo sin dejar desprotegidos algunos, aunque obedezcan a realidades y contextos diferentes. En un contexto de escasez hídrica, resulta urgente, tal como han establecido organismos internacionales, escuchar y asumir el rol de los pueblos originarios en la protección de la biodiversidad y ecosistemas.³⁵² Si bien, se ha dotado esta regulación especial y facilidades de subvencionar procesos de regularización, además de encontrarse vigente el Convenio n°169, no se han establecido mecanismos específicos para la protección de aguas indígenas, como un derecho consuetudinario propio colectivo, de naturaleza ecosistémica y pluridimensional. El escenario constituyente actual, es ideal para la importancia del reconocimiento y protección de la propiedad sobre los territorios y recursos de los pueblos originarios, aunque como ha demostrado la experiencia en la región, si no existen mecanismos locales de “baja escala” que aseguren su protección y se expropien territorios y recursos ancestrales, ya adjudicados por no indígenas, cualquier avance constitucional puede quedar como letra muerta.

ANEXO

Normativa nacional citada

- Constitución Política de la República de Chile (1980)
- Código de Aguas de la República de Chile, D.F.L. N° 1.122, Ministerio de Justicia del Gobierno de Chile (1981)
- Ley N°20.017 Modifica El Código De Aguas. Ministerio de Obras Públicas (2005)
- Ley N°19.253 que establece normas sobre Protección, Fomento y Desarrollo Indígena y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, Ministerio de Planificación y Cooperación (1993)
- Decreto Ley N° 2.603, que Modifica y Complementa Acta Constitucional N° 3; y establece normas sobre Derechos De Aprovechamiento De Aguas y Facultades Para

³⁵² DÍAZ CAMPOS, KARENN A. (2020), Ob. Cit., p. 77

El Establecimiento Del Régimen General De Las Aguas, Considerando único.
Ministerio Agricultura del Gobierno de Chile (1979)

Normativa internacional citada

- Convenio N°169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, Organización internacional del Trabajo (1989)
- Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Naciones Unidas (2007)
- Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Naciones Unidas (1992)
- Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas, Organización de Estados Americanos (2020)
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Naciones Unidas (1976)
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Naciones Unidas (1976)
- Observación General N°15, El derecho al agua, Naciones Unidas (2002)

Jurisprudencia mencionada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

- Mayagna (sumo) Awas Tigni v.s Nicaragua (2000)
- Comunidad indígena Yakyé Axa v.s Paraguay (2005)
- Partido político Yatama v.s Paraguay (2006)
- Comunidad indígena Xákmok Kásek v.s Paraguay (2010)
- Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (2012)
- Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat v.s Argentina (2020)

Jurisprudencia Nacional citada

- “Comunidad Atacameña Toconce con Essan”. Corte Suprema, 22 de marzo de 2004. Rol N° Rol n.° 986-2003. Cuarta Sala.
- “Linconao Francisca con Forestal Palermo”. Corte Suprema, Rol 7287-2009. 30 de noviembre de 2009.

- “Agua Mineral Chusmiza S.A.I.C. con Comunidad Indígena Aymara de Chusmiza Usmagama”. Corte Suprema, 25 de noviembre de 2009. Rol n.º 2840-2008. Segunda Sala
- “Díaz Farías Luis y otros con Comunidad Indígena de Mulluri”. Corte Suprema, 6 de junio de 2017 Rol Rol n.º 45848-2016. Tercera Sala
- Comunidad Indígena Atacameña de Toconce con Soquimich, SQM, y otros”. Corte Suprema, 2 de agosto de 2018. Rol n.º 44.255- 2017. Tercera Sala.
- "Huanca Olave Martin Y Otros Con Dirección General De Aguas", Corte Suprema, Rol: 12.988-2019, de febrero de 2020 Sala: Tercera y Rol: 14.162-2019 12 , Sala Tercera.
- “Flores Flores, Cipriana con Junta de Vigilancia del Río Lluta y sus Tributarios” Corte Suprema, Rol: 12.990-2019 12 de febrero 2020 Sala: Tercera
- "Flores Viza Primitivo Y Otros Con Agrícola Lluta S.A. (Ministerio De Obras Públicas Dirección General De Aguas)" Corte Suprema , Rol: 13.907-2019 29 de enero del 2020