

EL AGUA Y LOS PUEBLOS ORIGINARIOS AYMARÁS Y ATACAMEÑOS

MARÍA ANGÉLICA ALEGRÍA CALVO Y FERNANDO VALDÉS HERNÁNDEZ
Dirección General de Aguas - Ministerio de Obras Públicas

RESUMEN

Este trabajo pretende entregar una visión y análisis de las normas sobre las aguas terrestres contenidas en la Ley N° 19.253, específicamente en lo concerniente a las etnias aymarás y atacameñas.

Asimismo, ofrece una visión sobre la aplicación práctica del Convenio suscrito entre CONADI y la DGA para la protección, constitución y restablecimiento de los derechos de agua de propiedad ancestral de dichas comunidades.

El desarrollo del trabajo contempla una introducción al tema, el tratamiento del tema del agua y los pueblos originarios en el marco de la comunidad internacional, el marco regulatorio de las aguas, las características, elementos y modos de adquirir el derecho de aprovechamiento.

Enseguida se aborda el tema de las aguas en la Ley Indígena, los mecanismos de protección que ella establece para las aguas en general y para las de las comunidades aymarás y atacameñas en particular, las particularidades de esa legislación en relación con el marco regulatorio, el rol de la DGA, el reconocimiento de los derechos ancestrales y el procedimiento judicial para su inscripción.

Por último, se expone el estudio desarrollado por la DGA en virtud del aludido convenio, orientado a determinar la situación de los derechos de aprovechamiento, los usos ancestrales y la disponibilidad de agua de las comunidades aymarás y atacameñas en las comunas de Putre, Colchane, Pica y General Lagos en la I Región, y la determinación de los derechos de aprovechamiento existentes en las comunas de Ollagüe, Calama y San Pedro de Atacama en la II Región.

En relación con los derechos de aprovechamiento, el estudio concluye que el expediente de la regularización ha sido el mayoritariamente utilizado por dichas etnias, al que aún recurren en forma importante en la I Región. La solicitud de derechos de aprovechamiento es casi nula por parte de estos pueblos originarios.

Los usos ancestrales identificados en el estudio fueron: riego de áreas cultivadas, riego de bofedales, bebida de animales y uso doméstico.

La determinación de la oferta hidrológica de agua en las cuatro comunas de la I Región, en conjunto con los antecedentes anteriores (usos y derechos), permitieron la realización de balances hídricos conducentes a la determinación de disponibilidades técnicas y legales de agua que sirvan como fundamento de las regularizaciones que propicie CONADI.

1.- INTRODUCCIÓN

Con su publicación en el Diario Oficial de la República, el día 5 de octubre de 1993, entró a regir en nuestro país la Ley N° 19.253, que establece normas de protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI).

El artículo 64 inciso 1° de dicha ley Indígena estatuye que deben protegerse especialmente las aguas de las comunidades aymarás y atacameñas.

Por su parte, el artículo 3° transitorio, inciso final, dispuso que CONADI y la Dirección General de Aguas debían celebrar un convenio para la protección, constitución y restablecimiento de los derechos de agua de propiedad ancestral de las comunidades aymarás y atacameñas de conformidad con citado artículo 64. El aludido convenio se suscribió con fecha 30 de mayo de 1997, en la ciudad de Iquique, capital de la I Región de Tarapacá.

Pues bien, de acuerdo con lo estipulado en las cláusulas tercera y quinta de dicho acuerdo bilateral, la Dirección General de Aguas realizó el estudio denominado "Actualización de Recursos

Hídricos para Restablecimiento de derechos ancestrales indígenas en la I y II Regiones”, cuyo desarrollo se expone sumariamente en esta ponencia.

La finalidad del trabajo fue la de determinar las disponibilidades hídricas existentes en las zonas geográficas señaladas a objeto de que CONADI regularice en favor de comunidades indígenas aymarás y atacameñas sus usos ancestrales de acuerdo con las normas del Código de Aguas.

2.- PUEBLOS ORIGINARIOS: UN DESAFÍO PARA LA COMUNIDAD INTERNACIONAL

El creciente interés de la opinión pública en los pueblos originarios y un largo proceso de negociaciones internacionales, en el que participaron las organizaciones indígenas, indujeron a la comunidad internacional a proclamar el año 1993 el “Año Internacional de las Poblaciones Indígenas del Mundo”, y posteriormente, al período 1995-2004 “Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas del Mundo”, con el objeto de centrar la atención en las cuestiones de interés para los pueblos originarios (Resoluciones N^os 45/164, de 1990, y 48/63 de 1993, ambas de la Asamblea General de Naciones Unidas). Además, desde 1995 se ha celebrado el 9 de agosto como el “Día Internacional de las Poblaciones Indígenas del Mundo”.

Cada una de estas medidas ha tenido importancia en la lucha por el reconocimiento de los derechos de las poblaciones indígenas, medidas que cobran mayor significación con el próximo aniversario de un documento histórico relacionado con los derechos humanos y aprobado por las Naciones Unidas hace cincuenta años: la “Declaración Universal de Derechos Humanos”.

Uno de los desafíos más grandes que enfrentan los gobiernos y la comunidad internacional es lograr mejoras significativas en la vida de poblaciones que durante siglos han padecido la explotación y la marginación.

3.- CONVENIO SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES, 1989

La Organización Internacional del Trabajo convocó en la ciudad de Ginebra el 7 de junio de 1989 a su 76^a Conferencia General, la cual tuvo por objeto revisar las normas enunciadas en el Convenio sobre Poblaciones Indígenas y Tribales del año 1957.

Tomando en consideración la evolución experimentada por el Derecho Internacional desde esa data, así como los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos originarios en todas las regiones del mundo, en dicha Conferencia se estimó necesario adoptar nuevas normas internacionales sobre la materia. Es así que con fecha 27 de junio de ese año se adoptó el Convenio N^o 169, sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989.

Este documento constituye la pieza jurídica más acabada sobre protección de los derechos de los pueblos indígenas. Este Convenio se encuentra en nuestro país desde el año 1991 en el Congreso Nacional para su ratificación.

4.- INICIATIVAS REGIONALES SOBRE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS

El Decenio de las Poblaciones Indígenas del Mundo es la ocasión para aceptar el reto que representa mitigar la situación de los pueblos indígenas e intensificar los esfuerzos para atender sus legítimas demandas y necesidades. Ello requiere la voluntad de las autoridades nacionales de aumentar la cooperación en materia de asuntos indígenas, aprobar leyes nacionales en que se reconozcan los derechos de los pueblos originarios y la participación de esas poblaciones en la planificación y realización de actividades nacionales para promover los objetivos del Decenio.

Para decirlo con palabras de Rigoberta Menchú, india Maya de Guatemala Premio Nobel de la Paz por su labor de promoción de los derechos humanos de las poblaciones indígenas: “El Decenio es la esperanza de que es posible establecer nuevas relaciones basadas en el reconocimiento y el respeto mutuos”.

Ahora bien, en el marco de las iniciativas regionales con miras a promover la participación activa y directa de los pueblos indígenas, debe citarse la Resolución N^o 1708, del 5 de junio del año 2000, de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos que aprobó la elaboración del Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los pueblos indígenas.

5.- TEMA INDÍGENA EN EL 2º FORO MUNDIAL DEL AGUA

En el Segundo Foro Mundial del Agua, efectuado en la ciudad de La Haya, en marzo de 2000, cuya declaración final fue suscrita por los 149 países asistentes, 130 de los cuales tuvieron rango ministerial, en la sesión en la que se trató y discutió el tema del agua y los pueblos originarios, se concluyó que los indígenas y sus sistemas únicos de valores, conocimientos y prácticas relativas al agua han sido dejados de lado en el proceso de análisis mundial de la visión global del agua.

Se reconoció que éste es un tema recurrente para los pueblos indígenas quienes frecuentemente son obligados a negociar con temas vitales cuyos términos son impuestos por otros.

Se coincidió además que el conocimiento tradicional de los indígenas es mirado en menos por los actuales sistemas político, legal y científico, y por lo tanto sus argumentos son siempre descartados por todos los colectivos e instituciones.

Entre las acciones a realizar propuestas por el Foro cabe destacar las siguientes:

- Tomar medidas para permitir la participación más activa de los indígenas en intercambiar sus experiencias específicas, su conocimiento y sus intereses en la visión global del agua y en la estructura para la acción,
- Los gobiernos deberían reconocer que el desarrollo de proyectos a gran escala generalmente involucra y perjudica tierras indígenas, y
- Los gobiernos deberían reconocer la significativa contribución de los sistemas agua/tierra establecidos y deberían expandir su valoración del agua y otros recursos más allá de lo material y económico, y valorar también lo espiritual y sagrado.

6.- MARCO REGULATORIO DE LAS AGUAS TERRESTRES

Las aguas son bienes nacionales de uso público, esto es, el dominio de ellas es de la Nación toda y su uso pertenece a todos los habitantes del país, como acontece con las calles, plazas, puentes, etc. Cuando ellas se encuentran en su fuente natural, es decir, conformando un río, lago, etc., cualquier persona puede usarlas sin excluir a terceros (artículo 5º del Código de Aguas y artículo 595 del Código Civil).

Una situación diferente acontece al utilizar las aguas en forma exclusiva, llevándolas fuera de la fuente natural (río, lago, etc.) excluyendo a otros de su uso. En este caso, las aguas no se emplean en su carácter de bien nacional de uso público, sino como un bien necesario para las actividades económicas como un insumo para la producción de bienes y servicios.

Para poder utilizar y gozar de las aguas, de manera exclusiva y excluyente se requiere de un permiso o autorización que concede la Administración del Estado y que el Código de Aguas (Decreto con Fuerza de Ley N° 1.122 de 1981) denomina derecho de aprovechamiento de aguas.

El artículo 6º de la citada codificación lo define como un derecho real que recae sobre las aguas y que consiste en el uso y goce de ellas, con los requisitos y en conformidad con las reglas que prescribe dicho ordenamiento.

6.1.- Características del Derecho de Aprovechamiento

Una vez constituido o reconocido legalmente por la autoridad pública facultada para ello, el derecho se incorpora al patrimonio o dominio de su titular, quien puede usar, gozar y disponer de él en conformidad con la ley. Además, el dominio del titular sobre su derecho real se encuentra amparado por la garantía del derecho de Propiedad que establece el artículo 19 N° 24, de la Carta Fundamental.

Estos derechos de aguas, protegidos constitucionalmente, pueden ser libremente enajenados, así pueden transferirse (venta, permuta, donación en pago, etc.), transmitirse (herencia, legado, donación entre vivos) y gravarse (hipoteca).

Además, de la libre enajenación de los derechos de aprovechamiento de aguas, que tiene por finalidad facilitar el funcionamiento del mercado del agua, otra característica de dicho real es la libertad de uso que tienen los particulares. En efecto, no es necesario que al solicitar derechos los requirentes justifiquen uso futuro alguno. Asimismo, tampoco es menester que en las transferencias de derechos el nuevo adquirente respete el uso de su predecesor, de manera tal que puede cambiar libremente su uso o destino original, verbigracia, de riego a consumo humano.

6.2.- Elementos del Derecho de Aprovechamiento

El derecho de aprovechamiento de acuerdo con su definición legal (artículo 6º) se integra por tres elementos a saber, una fuente natural determinada, un caudal de agua también determinado y un lugar de extracción preciso.

Para los fines del presente trabajo, sólo nos ocuparemos el primer elemento. La regla general es que el derecho de aprovechamiento sólo puede constituirse o reconocerse por la autoridad con potestades para ello en fuentes naturales, como lo son los ríos, lagos, vertientes, esteros, lagunas y acuíferos (artículos 22, 119 N° 3 y 149 N° 2, todos del Código de Aguas).

Excepcionalmente, el derecho de aprovechamiento puede constituirse por acto originario de autoridad en embalses construidos con fondos fiscales (artículo 22 del Código de Aguas, en relación con el artículo 1º del Decreto con Fuerza de Ley N° 1.123, de 1981).

6.3.- Adquisición del Derecho de Aprovechamiento

El organismo estatal que constituye originariamente el derecho de aprovechamiento de aguas sobre recursos superficiales y subterráneos es la Dirección General de Aguas, servicio dependiente del Ministerio de Obras Públicas.

Para lo anterior los interesados, esto es, las personas naturales o jurídicas, deben presentar una solicitud, la que a su vez debe contener las menciones que indica la ley. Dicha solicitud debe publicarse a costa del interesado y en la forma y dentro del plazo que señala la ley. El otorgamiento del derecho se materializa mediante una Resolución (acto administrativo) que dicta el Director General de Aguas, la que debe reducirse a escritura pública y copia autorizada de ella inscribirse en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces respectivo.

El marco legal vigente permite también regularizar los usos de aguas consuetudinarios o inmemoriales, estableciendo al efecto un procedimiento especial en el artículo 2º Transitorio del Código de Aguas.

El conocimiento y resolución de este procedimiento de regularización corresponde a los Tribunales Ordinarios de Justicia. Asimismo, la sentencia que reconozca tal derecho también debe inscribirse en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces competente.

Es dable señalar que el Código de Aguas también contempla el caso de derechos de aprovechamiento que se adquieren por el solo ministerio de la ley, sin necesidad de petición a autoridad alguna. La adquisición se produce *ipso jure* por cumplirse con respecto a una persona natural o jurídica, los supuestos fácticos que habilitan para ello (artículo 20, inciso 2º y 56, inciso 2º, del Código de Aguas y artículo 110 del Código de Minería).

El derecho de aprovechamiento también puede adquirirse por prescripción (artículo 21 del Código de Aguas), aplicándose en esta materia las reglas que establece el Código Civil.

7.- LAS AGUAS EN LA LEY INDÍGENA

La Ley Indígena reconoce la existencia de comunidades indígenas como una realidad histórica, sociológica y antropológica desde los tiempos precolombinos independiente de su constitución legal (artículos 1º y 9º).

Esto es, entidades formadas por personas de una misma etnia (mapuche, aimará, rapanui, etc.) distintas de sus miembros individualmente considerados.

A su vez, la Ley N° 19.253 reconoce a las comunidades indígenas organizadas en conformidad con sus preceptos, el carácter de titulares de los derechos de aguas que se encuentran en los terrenos de propiedad de la comunidad (artículos 64 y 3º transitorio).

7.1.- Las Etnias Aymará y Atacameñas

El Código de Bello dispone que cuando el legislador haya definido expresamente para ciertas materias las palabras que emplea en la ley, debe dárseles a ellas su significado legal. Pues bien, ello acontece con las etnias aymará y atacameñas.

El artículo 62 prescribe que son aymará los indígenas pertenecientes a las comunidades andinas ubicadas principalmente a la I Región (Tarapacá), y atacameñas los indígenas pertenecientes a las comunidades existentes principalmente en los poblados del interior de la II Región (Antofagasta) y, en ambos casos, los indígenas provenientes de ellas.

7.2.- *El Pueblo Aymará*

La población aymará chilena actual es estimada en 48.000 personas. De esta población, las dos terceras partes habrían migrado desde su lugar de origen, las altiplanicies ubicadas en el sector fronterizo con Bolivia y Perú, hacia ciudades y pueblos del desierto (Calama y Pozo Almonte) o los puertos costeros más próximos (Arica e Iquique). El tercio restante mantiene su carácter rural, campesino, comunero o minifundista. La mitad de este último sector sigue habitando en la región altiplánica fronteriza y se ocupa principalmente de la ganadería de camélidos, en tanto que el resto se distribuye en pequeños valles y quebradas precordilleranas ubicados bajo los 3.500 m.s.n.m., dedicándose al cultivo agrícola dependiente del riego.

Desde la incorporación de sus territorios ancestrales a Chile, los aymarás han sido prácticamente ignorados por las autoridades, las que nunca han legislado en su favor. En efecto, a diferencia del caso de los mapuches, la propiedad de sus tierras nunca les fue reconocida, siendo consideradas por el Estado como fiscales mientras carecieran de otro dueño conforme con el derecho privado.

La falta de reconocimiento y protección a las comunidades aymarás ha generado en los últimos años numerosos conflictos tanto en su interior como entre ellas, debido al aceleramiento del proceso de inscripción por parte de particulares de títulos individuales de propiedad sobre las tierras y aguas comunes. Este hecho constituye una amenaza a la subsistencia de dicho pueblo.

La dictadura militar intensificó a contar de mediados de la década del 70 las políticas asimilacionistas en la región aymará mediante el establecimiento de escuelas fronterizas, entidades cuyo objeto central era "la chilenezación" de la población aymará.

El problema más grave que afecta hoy a las comunidades del altiplano es la privatización y la pérdida de sus derechos ancestrales en virtud del D.F.L N° 1.122, de 1981, dictado por el régimen militar.

La aplicación de dicha codificación en la zona durante la última década ha permitido el desarrollo de un proceso de apropiación de las aguas ancestrales de los aymarás por parte de las compañías mineras, privando a sus comunidades de este vital elemento para el desarrollo de sus actividades agrícolas, provocando el desecamiento de los bofedales y acrecentando la migración de sus habitantes.

7.3.- *Mecanismos de Protección de las Aguas de las Comunidades Aymarás y Atacameñas*

La Ley N° 19.253 establece diversas normas para la protección de las aguas de las comunidades indígenas aymarás y atacameñas.

- a) El artículo 20 crea un Fondo de Tierras y Aguas Indígenas cuya administración encomienda a CONADI. Entre otros de los objetivos del Fondo se encuentra el financiar la constitución, regularización o compras de derechos de aprovechamiento de aguas.
- b) El artículo 22 prohíbe la libre enajenación de los derechos de aguas para el beneficio de tierras indígenas adquiridos con recursos del Fondo.
- c) El artículo 64, inciso 1°, estatuye que deben protegerse especialmente las aguas de las comunidades aymarás y atacameñas.
- d) El artículo 3° Transitorio, inciso final, reconoce la existencia de los derechos de aguas de propiedad ancestral de las comunidades aymarás y atacameñas, ordenando a CONADI y a la DGA celebrar un convenio para proteger, constituir y restablecer tales derechos.

A continuación nos referiremos a los mecanismos cautelares señalados en las letras b), c) y d), omitiendo el consignado en la letra a), toda vez que excede los límites de esta ponencia.

7.3.1.- *La Ley Indígena prohíbe la libre enajenación de los Derechos de los Aprovechamiento.*

Como se ha precisado, una de las características del derecho de aprovechamiento de aguas es su libre enajenación por parte de su titular.

La Ley Indígena establece en relación con los derechos de aguas, que se adquieren con recursos del Fondo de Aguas y Tierras, una prohibición que desnaturaliza al derecho real definido por el artículo 6° del Código de Aguas.

En efecto, el artículo 22 de la citada Ley establece que los derechos de aguas para beneficio de las tierras indígenas adquiridos con recursos del Fondo no pueden ser enajenados durante 25 años, contados desde el día de su inscripción en el Registro de Propiedad de Aguas respectivo.

Agrega el precepto en comento que los Conservadores de Bienes Raíces, conjuntamente con la inscripción de los derechos de aguas, procederán a inscribir esta prohibición por el solo ministerio de la ley.

Resulta útil precisar que la prohibición legal referida sólo tiene lugar cuando los derechos que se adquirieron con recursos del Fondo se utilizan para el beneficio de tierras indígenas, mas no para inmuebles que no tengan tal calidad.

El artículo 12 de la Ley Indígena señala cuáles son las tierras indígenas, añadiendo que los propietarios de ellas pueden ser tanto personas naturales indígenas como las comunidades indígenas que dicho ordenamiento define.

De lo expresado se tiene que no tendría aplicación la prohibición legal en examen, respecto de los derechos de aguas adquiridos con recursos del Fondo, que se destinan al beneficio de tierras no comprendidas en los cuatro numerandos del citado artículo 12.

Con todo, mediante resolución fundada del Director de CONADI, la que deberá insertarse en el instrumento respectivo, podrá autorizar la enajenación de los derechos de aguas, previo reintegro al Fondo del valor del subsidio, crédito del beneficio recibido actualizado conforme al IPC.

La contravención a esta obligación producirá la nulidad absoluta del acto o contrato.

7.3.2.- Modo de Adquirir Prescripción

El derecho de aprovechamiento de aguas puede adquirirse por prescripción acorde con lo prevenido en el artículo 21 del Código de Aguas. La adquisición del derecho por prescripción se rige por las reglas del Código Civil, en aquello que no aparezca modificado expresamente por el Código de Aguas.

Pues bien, de conformidad con el artículo 13 de la Ley Indígena, aplicable a los derechos de aguas para el beneficio de tierras indígenas, adquiridos con recursos del Fondo, por disposición del citado artículo 22 de la Ley N° 19.253, los derechos reales referidos no pueden adquirirse por prescripción, salvo entre comunidades o personas indígenas de una misma etnia.

7.3.3.- Protección de las Aguas de las Comunidades Aymará y Atacameñas

El artículo 64, inciso 1°, de la Ley Indígena, establece que se debe proteger especialmente las aguas de las comunidades aymará y atacameñas.

Agrega el citado artículo que se considerarán bienes de propiedad y uso de la comunidad indígena establecida por esta ley las aguas que se encuentran en terrenos de la comunidad, tales como ríos, canales, acequias y vertientes, sin perjuicio de los derechos que terceros hayan inscrito en conformidad con el Código de Aguas.

El inciso final de la norma en comento dispone que no se otorgarán nuevos derechos de aguas sobre lagos, charcos, vertientes, ríos y otros acuíferos que sustenten a las aguas de propiedad de comunidades indígenas establecidas por esta ley, sin garantizar en forma previa el normal abastecimiento de agua a las comunidades afectadas.

Para algunos, el inciso 1° del citado artículo 64 consagra un caso de aguas de dominio privado de las comunidades indígenas constituidas en conformidad con la ley, respecto de las aguas que se encuentren en tierras de dominio de la comunidad. En esta materia, desde luego, se apartaría de la regla general que contempla tanto el Código Civil (artículo 589, inciso 2°) como el Código de Aguas (artículo 5°), en el sentido de que las aguas son bienes nacionales de uso público.

Otros, en cambio, creemos que no existe excepción alguna a la regla general según la cual las aguas son bienes nacionales de uso público. En efecto, quizás la interpretación aislada del artículo 64 pueda conducir a la conclusión indicada.

Sin embargo, debemos tener presente la norma de hermenéutica contenida en el artículo 22 del Código Civil conforme con la cual el contexto de la ley sirve para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Ahora bien, de la interpretación armónica del artículo 64, inciso 1° con el artículo 3°, transitorio, inciso final, de la Ley N° 19.253, se infiere que el Convenio que debe celebrar la DGA con la CONADI es para proteger los derechos de agua de propiedad ancestral de las aludidas comunidades y no las aguas de dominio de esos entes.

Asimismo, el precepto en estudio también se aparta absolutamente del principio básico establecido en el Código de Aguas (artículos 22, 119 N° 3, 140 N° 1 y 149 N° 3), conforme al cual el derecho de aprovechamiento sólo puede constituirse en fuentes naturales, como ríos, lagos, esteros, acuíferos y, excepcionalmente, sobre embalses fiscales; sin embargo, la Ley N° 19.253 confiere derechos en cauces artificiales, como lo son aquellos sobre las acequias.

Por otra parte, el derecho de aprovechamiento sobre las aguas ancestrales no se encuentra establecido en favor de persona natural indígena de la etnia aimará o atacameña, sino de la persona jurídica, comunidad que la Ley Indígena creó en el artículo 9°.

La Comunidad Indígena es una persona jurídica integrada a lo menos por 10 personas mayores de edad (18 años) pertenecientes a una misma etnia (aymarás, atacameñas, collas, mapuches, huilliches, etc.). Su constitución se efectúa en una asamblea ante Notario, Oficial de Registro Civil o Secretario Municipal. El acta de constitución debe depositarse en la oficina de CONADI que corresponda, debiendo además inscribirse en el Registro de Comunidades que lleva dicho ente público.

Enseguida, el inciso final del artículo 64 incurre en un error de marca mayor, toda vez que con arreglo al marco jurídico vigente, la Dirección General de Aguas no puede constituir originariamente derechos de aprovechamiento sobre charcos, los que no son fuentes naturales, ni, por supuesto, obras estatales de desarrollo del recurso.

Además, es dable consignar que dicho precepto no es más que una aplicación de la regla del artículo 22 del Código de Aguas, conforme a la cual el Director General de Aguas no puede constituir derechos de aprovechamiento de aguas en perjuicio o menoscabo de derechos de terceros.

7.3.4.- Rol de la Dirección General de Aguas en la Ley Indígena

El artículo 3° transitorio inciso final de la Ley Indígena dispuso que CONADI y la DGA debían celebrar un convenio para la protección, constitución y restablecimiento de los derechos de aguas ancestrales de las comunidades indígenas aymarás y atacameñas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 64 de dicho texto legal.

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 aymarás 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).

Debemos destacar en esta materia la cláusula sexta de acuerdo bilateral, conforme con la cual la Dirección General de Aguas está obligada a solicitar un informe a CONADI cada vez que se presentan solicitudes de exploración de aguas subterráneas en bienes nacionales, ya sean fiscales o de uso público; y peticiones de constitución y regularización de derechos de aprovechamiento de aguas superficiales y subterráneas, en la I y II Región que puedan afectar a dichas comunidades indígenas.

El convenio indica el contenido del informe fundado que debe evacuar CONADI, señalando además que éste constituirá un antecedente que la DGA tomará en consideración para resolver las peticiones que son de su competencia, a saber, la constitución del derecho de aprovechamiento y la exploración en bienes nacionales.

Respecto de las solicitudes de regularizaciones por el artículo 2° Transitorio del Código de Aguas, cuyo conocimiento y fallo corresponde a los Tribunales Ordinarios de Justicia, se implementaron procedimientos para hacer más expedita la tramitación que corresponde ante la Dirección General de Aguas (cláusula novena párrafo final).

7.3.5.- Reconocimiento de los Derechos Ancestrales

El mencionado artículo 3° transitorio de la Ley N° 19.253 reconoce que los usos consuetudinarios efectuados históricamente por las comunidades aymarás y atacameñas constituyen derechos de aguas ancestrales sobre las cuales las referidas comunidades indígenas tienen propiedad, estando en consecuencia amparados por el artículo 19 N° 24, de la Constitución Política de la República.

La Ley Indígena reconoce como propietaria de estos derechos a la comunidad indígena, es decir, a una entidad distinta de los miembros de la etnia que la integran. Dicho en otros términos, la ley reconoce derechos comunitarios de aguas, que tienen su génesis en el uso colectivo del recurso hídrico, como lo han efectuado desde tiempos inmemoriales estas agrupaciones étnicas.

Estos derechos, que carecen de títulos concesionales otorgados por la autoridad, y que no se encuentran inscritos, no adolecen de problemas de existencia, sino tan sólo de una falta de formalización registral.

En efecto, se trata de derechos sobre los cuales se tiene propiedad, y por eso es precisamente reconocido; y para los fines de certeza y seguridad jurídica, la ley contempla un sistema de regularización que permite su inscripción en el Registro de Propiedad de Aguas y Conservador de Bienes Raíces respectivo.

Estos usos consuetudinarios de aguas reconocidos como derechos por la ley a las comunidades indígenas aymarás y atacameñas pueden someterse al procedimiento de regularización que establece el artículo 2° transitorio del Código de Aguas.

La sentencia del tribunal, que declara la regularización del derecho, no tiene una naturaleza constitutiva ni creadora del derecho, sino simplemente se limita a dejar constancia de ello. En una palabra, le otorga certeza y seguridad jurídica al derecho ancestral reconocido por la ley.

7.3.6.- Inscripción de los Derechos Ancestrales de las Comunidades Aymarás y Atacameñas

Como se ha señalado, el Código de Aguas permite regularizar, esto es, inscribir en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces respectivo, los usos consuetudinarios como derechos por la ley a través del procedimiento que reglamenta el artículo 2° Transitorio del Código de Aguas.

La Ley N° 19.253 reconoce como propietario de tales usos consuetudinarios que denomina "derechos ancestrales" a la comunidad indígena.

El reconocimiento legal de los derechos ancestrales es genérico, toda vez que la ley no determina cuáles son, ni cuáles son sus características esenciales.

Sin embargo, el contexto de la Ley Indígena nos proporciona los elementos básicos que permiten definir cuáles son los derechos ancestrales. En primer término, el uso debe ubicarse en el ámbito geográfico determinado: comunidades andinas ubicadas principalmente en la I Región y en los poblados al interior de la II Región; luego debe existir un uso consuetudinario e históricamente antiguo del recurso hídrico, y, por último, el uso debe haberse efectuado en forma colectiva por la comunidad y no por los indígenas individualmente considerados aunque pertenezcan a la misma etnia.

Precisado lo anterior, es dable recordar que la Ley Indígena reconoce la existencia de derechos de agua de propiedad ancestral de las comunidades aymarás y atacameñas y ordena protegerlos especialmente. La razón del reconocimiento es el uso consuetudinario de las aguas efectuado históricamente por las comunidades ya mencionadas.

A su vez, a las comunidades que usan actualmente el recurso les es aplicable el artículo 7° del Decreto Ley N° 2.603, que reputa dueño del derecho de aprovechamiento a quien se encuentra haciendo uso efectivo de las aguas.

El uso histórico que han hecho las comunidades ha sido ininterrumpido, sin violencia ni clandestinidad y sin reconocer dominio ajeno, de manera tal que la regularización de esos usos consuetudinarios reconocidos como derechos debe hacerse conforme al procedimiento establecido en el artículo 2° transitorio del Código de Aguas.

8.- APLICACIÓN PRÁCTICA DEL CONVENIO CONADI-DGA

En el convenio suscrito entre CONADI y la DGA se estableció, entre otros aspectos, el compromiso de completar los catastros de recursos hídricos superficiales y subterráneos en dicha zona.

Dentro de este contexto la DGA desarrolló un estudio que se encuentra en su etapa final, cuyo objetivo central fue el proporcionar antecedentes técnicos relativos a la situación del uso del agua que han venido efectuando las referidas comunidades asentadas en siete comunas, dentro de las cuales se ubican importantes sectores precordilleranos y altiplánicos: General Lagos, Putre, Colchane y Pica en la I Región, y Ollagüe, Calama y San Pedro de Atacama en la II Región.

Para ello, en una primera etapa se investigó la situación de los derechos de agua en general y respecto de los asociados a usos ancestrales en particular. De dicha investigación se concluyó que en el caso de las comunidades ubicadas en la II Región, de acuerdo también con lo informado por CONADI, la situación de las aguas indígenas ya estaba establecida y no había muchos usos ancestrales más por regularizar. Ello sin perjuicio que hubo numerosos usos ancestrales que no pudieron regularizarse o se regularizaron por caudales mucho menores debido a que durante los años anteriores a la dictación de la Ley Indígena se regularizaron muchos derechos a particulares,

lo que significó que los caudales disponibles en los cauces o sectores donde las comunidades efectuaban sus usos disminuyeran notablemente al tiempo de su regularización, lo que significó un directo perjuicio para ellos.

En estas condiciones, el estudio hubo de reorientarse en el sentido que respecto de las tres comunas de la II Región se recopilarían los antecedentes de dichas regularizaciones, su inscripción, etc., y en el caso de la I Región se realizaría la determinación de disponibilidades de recursos en las zonas asociadas a las comunidades existentes en las cuatro comunas antes indicadas, sobre la base de oferta hidrológica de agua, la determinación de la cuantía del uso de agua que las comunidades efectúan y los derechos de aprovechamiento allí existentes.

De la identificación de los derechos existentes en las comunas de ambas regiones se tiene:

DERECHOS SUPERFICIALES (l/s) *			
	TOTAL DERECHOS	USOS ANCESTRALES	% USOS
	CONSTITUIDOS + REGULARIZADOS	CONSTITUIDOS + REGULARIZADOS	ANCESTRALES
I REGION	13500	5740	42,5
II REGION	15500	3910	25,0
* VALORES APROXIMADOS Y REFERIDOS A LAS COMUNAS SELECCIONADAS EN CADA REGIÓN			
DERECHOS SUPERFICIALES CONSTITUIDOS (l/s) *			
	TOTAL DERECHOS	USOS ANCESTRALES	% USOS
	CONSTITUIDOS	CONSTITUIDOS	ANCESTRALES
I REGION	4200	37,0	0,9
II REGION	10200	10,0	1,0
* VALORES APROXIMADOS Y REFERIDOS A LAS COMUNAS SELECCIONADAS EN CADA REGIÓN			
DERECHOS SUPERFICIALES REGULARIZADOS (l/s) *			
	TOTAL DERECHOS	USOS ANCESTRALES	% USOS
	REGULARIZADOS	REGULARIZADOS	ANCESTRALES
I REGION	9300	5700	61,0
II REGION	5300	3900	74,0
* VALORES APROXIMADOS Y REFERIDOS A LAS COMUNAS SELECCIONADAS EN CADA REGIÓN			
TOTAL SOLICITUDES Y REGULARIZACIONES SUPERFICIALES EN TRAMITE (l/s) *			
	TOTAL SOLICITUDES Y	SOLICITUDES Y REGULARIZACIONES	% USOS
	REGULARIZACIONES	PARA USOS ANCESTRALES	ANCESTRALES
I REGION	6200	3170	51
II REGION	5000	900	18
* VALORES APROXIMADOS Y REFERIDOS A LAS COMUNAS SELECCIONADAS EN CADA REGIÓN			
SOLICITUDES DE DERECHOS SUPERFICIALES EN TRAMITE (l/s) *			
	TOTAL	SOLICITUDES PARA	% USOS
	SOLICITUDES	USOS ANCESTRALES	ANCESTRALES
I REGION	1700	180	11
II REGION	3000	0	0
* VALORES APROXIMADOS Y REFERIDOS A LAS COMUNAS SELECCIONADAS EN CADA REGIÓN			
REGULARIZACIONES DE AGUA SUPERFICIAL EN TRAMITE (l/s) *			
	TOTAL	PARA	% USOS
	REGULARIZACIONES	USOS ANCESTRALES	ANCESTRALES
I REGION	4500	2900	64
II REGION	2000	900	45

	DERECHOS SUBTERRANEOS (l/s) *		
	TOTAL CONSTITUIDOS Y REGULARIZADOS	USOS ANCESTRALES CONSTITUIDOS Y REGULARIZADOS	% USOS ANCESTRALES
I REGION	2010	0	0
II REGION	7005	3	0,04

* VALORES APROXIMADOS Y REFERIDOS A LAS COMUNAS SELECCIONADAS EN CADA REGION

	DERECHOS SUBTERRANEOS CONSTITUIDOS (l/s) *		
	TOTAL CONSTITUIDOS	USOS ANCESTRALES CONSTITUIDOS	% USOS ANCESTRALES
I REGION	2000	0	0
II REGION	7000	0	0

* VALORES APROXIMADOS Y REFERIDOS A LAS COMUNAS SELECCIONADAS EN CADA REGION

	DERECHOS SUBTERRANEOS REGULARIZADOS (l/s) *		
	TOTAL DERECHOS REGULARIZADOS	USOS ANCESTRALES REGULARIZADOS	% USOS ANCESTRALES
I REGION	10	0	0
II REGION	5	3	60

* VALORES APROXIMADOS Y REFERIDOS A LAS COMUNAS SELECCIONADAS EN CADA REGION

	TOTAL SOLICITUDES Y REGULIZACIONES EN TRAMITE (l/s) *		
	TOTAL SOLICITUDES	SOLICITUDES PARA USOS ANCESTRALES	% USOS ANCESTRALES
I REGION	880	127	14
II REGION	2400	0	0

* VALORES APROXIMADOS Y REFERIDOS A LAS COMUNAS SELECCIONADAS EN CADA REGION

	SOLICITUDES DE AGUA SUBTERRANEA EN TRAMITE (l/s) *		
	TOTAL SOLICITUDES	SOLICITUDES PARA USOS ANCESTRALES	% USOS ANCESTRALES
I REGION	750	120	16
II REGION	2400	0	0

* VALORES APROXIMADOS Y REFERIDOS A LAS COMUNAS SELECCIONADAS EN CADA REGION

	REGULARIZACIONES DE AGUA SUBTERRANEA EN TRAMITE (l/s) *		
	TOTAL REGULARIZACIONES	REGULARIZACIONES PARA USOS ANCESTRALES	% USOS ANCESTRALES
I REGION	130	7	5
II REGION	0	0	0

* VALORES APROXIMADOS Y REFERIDOS A LAS COMUNAS SELECCIONADAS EN CADA REGION

De la recopilación anterior puede concluirse lo siguiente:

Del total de derechos de agua superficial ya sea constituidos o regularizados se tiene que los usos ancestrales representan un 42% de ellos en la I Región y un 25% en la II Región.

Las aguas superficiales en trámite (regularización y solicitudes) representan el 46% de los derechos superficiales actualmente existentes en las comunas seleccionadas de la I Región y un 32% en las comunas seleccionadas de la II Región.

En relación con las aguas subterráneas, estos porcentajes son del 44 y 34%, respectivamente.

Las comunidades indígenas utilizan muy poco agua subterránea y en consecuencia cuentan con pocos derechos de este tipo.

El procedimiento de la regularización de derechos superficiales es el mayormente usado por las comunidades indígenas, alcanzando el 61 y 74% del total de derechos regularizados en la I y II Región respectivamente, y el 99,3 y el 99,7% de todos los derechos correspondientes a usos ancestrales actualmente existentes.

Las regularizaciones y solicitudes de derechos subterráneos en trámite de las comunidades aymarás de la I Región representan una magnitud de caudal relativamente importante (unos 130 l/s).

Enseguida, haciendo un breve resumen del desarrollo del estudio, diremos que se comenzó por la determinación de la oferta hidrológica de agua sobre la base de los antecedentes y registros de precipitación y caudales registrados en las distintas estaciones ubicadas en el área en estudio, además de aforos realizados especialmente en este estudio. Producto de este análisis hidrológico, cuyo detalle no se entrega por la complejidad de su desarrollo, se pudieron definir para la zona en estudio 16 subcuencas sobre las cuales se efectuarían los correspondientes balances hídricos, con áreas entre 300 y 1.250 kms. aproximadamente.

A continuación se procedió a la identificación en terreno, a través de una extensa campaña desarrollada en este estudio (se cubrieron más de 11.000 km²) de las áreas con usos ancestrales en las comunas seleccionadas en la I Región, con el propósito de determinar cuáles eran éstos. Para ello se efectuó en terreno un levantamiento de dichos usos, además de un análisis en detalle del tipo, la cuantía y ubicación de ellos.

Los usos ancestrales identificados fueron: riego de áreas cultivadas, evapotranspiración de bofedales, consumo animal y consumo humano.

Las demandas de agua para el riego de las áreas cultivadas y de los bofedales se determinaron a través del cálculo de la evapotranspiración del cultivo en función de evaporaciones medidas en estaciones meteorológicas corregidas por los coeficientes de los evaporímetros y del coeficiente de cultivo (alfalfa, orégano, quínoa y papa).

Las demandas del consumo animal se determinaron a partir de la delimitación de las áreas de influencia de los poblados permanentes realizadas en este estudio, que es donde se efectúa el pastoreo, las que en general quedaron comprendidas íntegramente dentro de las subcuencas, determinándose a continuación el número de animales de pastoreo en cada subcuenca ya sea en base de un promedio de animales por habitante o en base del censo de ganado del SAG.

Las demandas de agua destinada al consumo humano se consideraron iguales a las normas de agua potable rural y la población se estimó en base de los resultados del censo de 1992 y sus proyecciones.

Ahora bien, con la oferta hidrológica, los derechos existentes y las demandas de los usos ancestrales determinados para cada cuenca se está en condiciones de efectuar el correspondiente balance a nivel mensual a fin de determinar si hay disponibilidad del recurso.

Los referidos balances efectuados en cada una de las 16 subcuencas definidas entregan antecedentes acerca de la disponibilidad del recurso para la regularización de usos ancestrales de comunidades aymarás ubicadas dentro de ellas.

En definitiva se tiene que el estudio en proceso abarcó una extensión de 11.000 km² en las cuatro comunas analizadas, dentro de las cuales se efectuaron balances de agua que determinaron técnica y legalmente la disponibilidad del recurso, los que servirán como antecedente de respaldo a la existencia de las aguas correspondientes a usos ancestrales en el trámite de regularización de derechos.