

MEMBRETE

INFORME EN DERECHO

JOSÉ AYLWIN OYARZÚN, abogado, Magíster en Derecho y Legislación Indígena en la Universidad de British Columbia, Canadá, y NANCY ADRIANA YÁÑEZ FUENZALIDA, abogado, Magíster en Derecho Internacional en la Universidad de Notre Dame, Estados Unidos, miembros del Programa de Derechos Indígenas, Instituto de Estudios Indígenas de la Universidad de la Frontera de Temuco, en autos sobre regularización de derechos de aprovechamiento de aguas superficiales, caratulados “COMUNIDAD ATACAMEÑA DE TOCONCE CON EMPRESA DE SERVICIOS SANITARIOS DE ANTOFAGASTA S.A.”, Rol Corte Suprema N° 986-2003, A US. Excelentísima decimos:

Según lo dispuesto en el artículo 805 del Código de Procedimiento Civil y, por encargo de la Comunidad Atacameña de Toconce venimos en emitir el siguiente informe en Derecho relativo a la Propiedad Ancestral Indígena de la Aguas, el cual emitimos en los siguientes términos:

PROPIEDAD ANCESTRAL INDIGENA SOBRE LAS AGUAS

1. Planteamiento del problema:

Con fecha 4 de Octubre de 1995, la Consultora Purifica, inició un proceso de regularización de derechos de aprovechamiento de agua por un total de 100 litros por segundo, de carácter superficial y corriente, en favor de la Comunidad Indígena Atacameña de Toconce de la II Región de Antofagasta.

Este proceso de regularización se ejecuta por encargo de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, en el marco del Programa de Regularización de Derechos de Aguas que impulsa dicho organismo en coordinación con la Dirección General de Aguas, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 3 inciso 2°, transitorio y 64, ambos de la Ley 19.253 de 1993, sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas, en adelante Ley Indígena.

El caudal solicitado corresponde al obtenido por la Comunidad Indígena de Toconce de cuatro bocatomas, denominadas respectivamente: Potrero, por un total de 30 lts; Media Quebrada, por un total de 10 lts; Patillón por un total de 25 lts; y, Essan, por un total de 35 lts.

El procedimiento utilizado es el establecido en el artículo 2 transitorio del Código de Aguas, que contempla un mecanismo de regularización de Derechos de Aguas.

Las publicaciones de dicha solicitud se efectuaron el día 5 de Noviembre de 1995, en el diario El Mercurio de Calama. Con fecha 1 de Diciembre la empresa Essan S.A. presentó oposición. La contienda judicial fue resuelta, en primera instancia, con fecha 8 de Julio del año 2002. La Sentencia de Primera Instancia concedió un derecho de aprovechamiento de aguas superficiales y corrientes, de uso consuntivo, y de ejercicio permanente y continuo, en el río Toconce a favor de la comunidad indígena Atacameña de Toconce por un total de treinta litros por segundo, que corresponde a 20 litros por segundo de la denominada bocatoma de Essan, y diez litros por segundo que corresponde a la bocatoma Patillón. Además, se ordenó la constitución de una servidumbre de acueducto a favor de la Comunidad Indígena de Toconce para el traslado del agua desde la bocatoma Essan. Contra la sentencia definitiva de primera instancia se dedujeron recursos de apelación, tanto por parte de la Comunidad Atacameña de Toconce, como también por parte de la empresa Essan S.A. Los recursos fueron resueltos por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Antofagasta, con fecha 16 de Enero del 2003, a favor de la Comunidad Indígena de Toconce. El Tribunal de Alzada confirmó la sentencia recurrida en el sentido de regularizar el derecho de aprovechamiento de agua a favor de la comunidad, pero declarando al mismo tiempo que los derechos de aprovechamiento de agua que le deben ser regularizados en definitiva equivalen a 100 litros por segundo.

Dicha sentencia fue objeto de Recurso de Casación en el fondo y en la forma, el que fue interpuesto por Essan S.A. Con fecha 12 de Agosto del 2003, la Excelentísima Corte Suprema declaró inadmisibile el Recurso de Casación en la Forma y para conocer del Recurso de Casación en el Fondo ordenó traer los autos en relación.

El Recurso de Casación en el Fondo se funda en el hecho de que el fallo impugnado adolece de un vicio de fondo, al considerar improcedente que se utilice en la sentencia recurrida el concepto de “*propiedad*” para referirse al derecho ancestral que la Comunidad Indígena de Toconce tiene sobre las aguas del río Toconce y, finalmente, se le reconozca su calidad de “*poseedora*” para efectos de regularizar en su favor el derecho de aprovechamiento.

Estima la recurrente que ambos conceptos son incompatibles, y que no corresponde regularizar derechos al propietario. Refiriéndose expresamente a la aplicación en el caso sub – lite del artículo 2 transitorio del Código de Aguas, argumenta que la sentencia recurrida infringe dicho precepto, que consagra una “especie de prescripción”, al admitir que este derecho excepcional puede ser invocado por el propietario del derecho de aprovechamiento.

En mérito de lo expuesto y atendida la circunstancia de que el derecho que invoca la comunidad Indígena de Toconce emana de la aplicación de una legislación especial como es la Ley Indígena, que ha utilizado como instrumento de regularización de derechos de aguas disposiciones transitoria de la normativa común que constan en el Código de Aguas, se ha estimado relevante elaborar el presente Informe en Derecho a objeto que pueda ilustrar a la Excelentísima Corte Suprema sobre el significado del concepto de “*Propiedad Ancestral Indígena*” que utiliza la Ley Indígena N° 19.253, y que hace suyo la sentencia, y de los derechos que emanan de esta categoría jurídica.

MEMBRETE

2. Reconocimiento y alcances jurídicos del concepto de “Propiedad Ancestral Indígena”

En primer lugar, cabe consignar que el fallo impugnado al usar el concepto “**Propiedad Ancestral Indígena**” para referirse al tipo de derecho que ostenta la Comunidad Indígena de Toconce sobre las aguas cuya regularización solicita, no hace sino recoger la nomenclatura que usa la Ley N° 19.253, sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas. En efecto, el artículo 3° transitorio, inciso 2°, dispone textualmente lo siguiente:

*“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 Atacameñas** de conformidad al artículo 64 de la Ley Indígena.”* (Las negrillas son nuestras)

El artículo 64 del mismo cuerpo legal sigue utilizando el concepto de “**propiedad**” para referirse al derecho ancestral que las comunidades Atacameñas tienen sobre sus aguas e instaurar mecanismos de protección de las mismas. Dispone el artículo 64 de la Ley Indígena:

*“Se deberá proteger especialmente las aguas de las comunidades Aymaras y Atacameñas. Serán consideradas 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 vertientes, sin perjuicio de los derechos que terceros hayan inscrito de conformidad al Código General 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.”*

Las normas antes citadas al utilizar la expresión “**Propiedad Ancestral Indígena**” recogen el desarrollo que ha experimentado la consagración de los Derechos Indígenas en el Derecho Internacional, donde le ha sido reconocido expresamente la propiedad ancestral de los Pueblos Indígenas como base para el reconocimiento de derechos colectivos específicos sobre sus tierras y recursos naturales.

El uso de la expresión “**Propiedad Ancestral Indígena**”, constituye un reconocimiento de la dimensión que los derechos indígenas sobre la tierras y los recursos adquiere en el marco del derecho consuetudinario o derecho propio indígena, sistemas jurídicos que desde tiempos inmemoriales han validado la propiedad indígena sobre estos bienes. Sin embargo, tras el proceso colonial y la incorporación de estos Pueblos a los Estados - Nación, estos derechos de propiedad reconocidos por el derecho consuetudinario indígena han entrado permanentemente en colisión con los ordenamientos jurídicos que rigen a todos los ciudadanos en los Estados Republicanos, en donde el reconocimiento del derecho emana de un acto de autoridad y donde ha sido instaurado, en general, un sistema registral para la efectuar la tradición del derecho de propiedad y/o darle adecuada publicidad.

La preeminencia del derecho nacional por sobre el derecho consuetudinario indígena se ha traducido a lo largo de la historia en un desconocimiento de la “*Propiedad Ancestral Indígena*”, como producto del reconocimiento al mejor derecho de terceros que ostentan derechos de propiedad inscritos sobre los bienes inmuebles, como es el caso de las tierras, o de las aguas, respecto de las cuales el Estado en ejercicio de su derecho eminente ha otorgado concesión a particulares en perjuicio del interés indígena que ha hecho uso desde tiempos inmemoriales de dicho recurso. En la actualidad, el derecho internacional, el derecho comparado y siguiendo esta misma línea el derecho interno chileno pretende revertir esta situación. Para revertir esta tendencia, y a la vez respetar el derecho de terceros, conforme a las exigencias propias del Estado de Derecho, los ordenamientos jurídicos referidos han dispuesto mecanismos de regularización de la propiedad indígena sobre la tierra y sus recursos naturales, particularmente del agua, donde la “*Propiedad Ancestral Indígena*” es el hecho que funda la posesión.

A continuación nos referiremos en acápites separados a la situación de los derechos indígenas sobre la tierra y sus recursos naturales en el ámbito internacional y al régimen jurídico instaurado por la legislación chilena para reconocer estos mismos derechos a las comunidades y personas indígenas, y en particular aquellas de origen Atacameño como es el caso de la Comunidad Indígena de Toconce. Hacemos presente que en este informe serán tratados en conjunto el derecho a la tierra y a los recursos naturales, particularmente los derechos a las aguas, pues se trata de derechos que se encuentran indisolublemente ligados según será demostrado a continuación.

2.1 Reconocimiento de los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional y comparado

2.1.1 Antecedentes preliminares

Durante la segunda mitad del siglo XX, se ha verificado un importante progreso a nivel internacional de los derechos humanos, otorgándoseles un creciente reconocimiento legal y estableciéndose mecanismos de protección a los derechos humanos individuales y colectivos.

Asimismo, en las últimas décadas y particularmente en el marco del reconocimiento de los derechos colectivos han obtenido consagración legal los derechos de los pueblos indígenas al interior de los foros internacionales, tales como la Organización de las Naciones Unidas, la Organización Internacional del Trabajo y la Organización de Estados Americanos.

El debate acerca de los derechos de los Pueblos Indígenas en el derecho internacional es amplio y de gran complejidad, por lo que concentraremos nuestra atención en un área que es pertinente para resolver la controversia sometida a la decisión de la Excelentísima Corte Suprema: esto es la de sus derechos sobre la tierra y los recursos naturales.

Se reconoce hoy que la mayoría de los países del mundo son étnica y culturalmente diversos. Los aproximadamente 200 estados independientes del planeta incluyen más de

MEMBRETE

600 grupos lingüísticos y alrededor de 5.000 grupos étnicos. En muy pocos de estos estados los ciudadanos pueden asegurar que comparten un mismo idioma o que pertenecen al mismo grupo etnocultural¹ Entre estos grupos con características propias, muchos de los cuales han sido catalogados tradicionalmente como minorías,² están los pueblos indígenas. La población que integra estos pueblos era estimada en 1990 en 300 millones, concentrándose mayoritariamente en las Américas y en Asia, así como en la región polar del norte de Europa.³ Durante las recientes décadas los pueblos indígenas han levantado su voz exigiendo el reconocimiento de derechos y un tratamiento especial. A través de sus organizaciones, estos pueblos han afirmado sus derechos como pueblos con identidad propia tanto dentro de los Estados como a nivel internacional.⁴

Aunque las demandas de los pueblos indígenas varían de acuerdo a los contextos en que viven y los problemas que enfrentan, algunas demandas son comunes a la mayoría de estos pueblos a través del mundo. Entre estas demandas comunes destaca la protección y el control de sus tierras y recursos naturales tradicionales, que recibe la denominación genérica de derechos territoriales.⁵

El lugar central que tiene el reconocimiento de estos derechos a la tierra y a los recursos naturales por parte de los estados y por la comunidad internacional, es algo que con ahínco han exigido los pueblos indígenas y los analistas no-indígenas.⁶

¹ Will Kymlicka, *Multicultural Citizenship. A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford, Carlton Press, 1988, pag. 1

² Francesco Capotorti, Relator Especial de la ONU intentó, en 1979, definir este concepto para la aplicación del Artículo 27 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas. De acuerdo a su definición una minoría es:

un grupo, numericamente inferior al resto de la población de un Estado, que no se encuentra en una posición dominante, cuyos miembros, siendo nacionales del Estado, poseen características étnicas, religiosas o lingüísticas diferentes de las del resto de la población y demuestran, aunque sea implícitamente, un sentido de solidaridad, dirigido hacia la preservación de su cultura, tradición, religión o lenguaje. (Traducción de José Aylwin)

Francesco Capotorti, *Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*, Nueva York, Naciones Unidas, 1979, E/cn.4/Sub.2/384/rev.1

³ Natan Lerner, *Group Rights and Discrimination in International Law*, Dordrecht, Holanda, Martinus Nijhoff, 1990, pag. 100.

⁴ El surgimiento de organizaciones de pueblos indígenas a nivel nacional e internacional en décadas recientes, y la influencia que estas organizaciones han tenido en los cambios que se han introducido a su trato por parte de los estados y la comunidad internacional, es un asunto enfatizado por James Anaya, abogado apache (S. James Anaya, *Indigenous Peoples in International Law*, Nueva York, Oxford University Press, 1996, pag. 46.

⁵ Declaración de Principios de Derechos Indígenas de 1984 (Ver World Council of Indigenous Peoples, *Declaration of Principles of Indigenous Rights*, Fourth General Assembly of the WCIP (Panama, 1984), in Anaya, op.cit. pags. 188-190 [en adelante WCIP, *Declaration*]). Similares demandas han sido exigidas en años recientes por parte de las organizaciones indígenas en el contexto de los foros internacionales tales como la OIT or el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas (WGIP) de la ONU:.

⁶ *Ibid.*; Jose Martinez Cobo, *Study of the Problem of Discrimination Against Indigenous Populations*, Vol. 5 *Conclusions, Proposals and Recommendations*, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/ 1986/7/Add.4, pags. 15-21 paras. 191-278; y Hurst Hannum, *Autonomy, Sovereignty, and Self-Determination. The Accommodation of Conflicting Rights* Revised ed., Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1996, pags. 91-103.

Como lo señala el Relator Especial Martínez Cobo en las conclusiones de su estudio relativo a estos pueblos "el reconocimiento y protección del derecho a la tierra constituye la base de todos los movimientos indígenas y de sus demandas hoy, teniendo presente la continua depredación de sus tierras"⁷

Martínez Cobo también reconoce la relación entre el derecho de los pueblos indígenas a sus tierras con su derecho a los recursos naturales que existen en su interior. Martínez Cobo afirma que, como norma general, "las riquezas naturales de las tierras indígenas pertenecen a la población indígena, y es ella la que puede explotarlos"⁸. El afirma que los pueblos indígenas tienen un derecho natural e inalienable a proteger los territorios que poseen⁹

En la últimas décadas se ha avanzado en el reconocimiento y protección de los derechos de los pueblos indígenas a nivel nacional e internacional. En el primer nivel, se ha legislado para proteger las tierras indígenas frente a su apropiación por parte de no-indígenas. También se han establecido políticas para resolver demandas de tierras de los indígenas y sus comunidades y su acceso a los recursos naturales particularmente al agua necesaria para garantizar la productividad de estas tierras y su equilibrio ecológico.

a. Instrumentos vigentes de la legislación Internacional

Dos instrumentos de la legislación internacional relacionados con los pueblos indígenas han sido aprobados en años recientes por diferentes instancias internacionales: El Convenio N° 169 de la OIT y la denominada Agenda 21. En proceso de adopción en el seno del Sistema de Naciones Unidas y Sistema Interamericano están sendas Declaraciones sobre derechos de los Pueblos Indígenas.

También la jurisprudencia internacional ha avanzado en el reconocimiento de los derechos indígenas sobre sus tierras y recursos naturales. Así lo muestra una reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que se pronunció acerca de una controversia suscitada entre la comunidad Indígena Awas Tingni y el Estado de Nicaragua.

A continuación nos referiremos en acápite separados a cada uno de los instrumentos internacionales antes referidos y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reconocimiento de los Derechos de los Pueblos Indígenas.

i. Convenio N° 169 de la OIT

Las críticas hechas por las organizaciones indígenas respecto al carácter integracionista del Convenio N° 107 de la OIT, llevaron a esta institución a un proceso orientado a revisar este

⁷ Martínez Cobo, op.cit.pag.t 17 para. 215 (traducción de José Aylwin). De acuerdo a este Relator Especial de Naciones Unidas, es esencial entender la profunda y espiritual relación entre pueblos indígenas y sus tierras como base de su existencia al igual que todas sus creencias, costumbres, tradiciones y cultura. *Ibid.* pag. 196.

⁸ *Ibid.* pag. 18 para. 234.

⁹ *Ibid.* pag. 16 para. 198.

MEMBRETE

instrumento legal.⁵⁰ En el curso de tres años la OIT desarrolló, a través de un complejo sistema que incluyó la participación indígena,⁵¹ un nuevo Convenio (N° 169 de la OIT) Sobre Pueblos indígenas y Tribales en Países Independientes. Al igual que el N° 107, el nuevo Convenio trata una gran variedad de asuntos, incluyendo los derechos de participación indígena, derechos a la tierra y sus recursos, derecho a la educación, salud, contratación, condiciones laborales y capacitación indígena. A continuación analizaremos los aspectos del Convenio relacionados a los derechos de los Pueblos Indígenas sobre la tierra y los recursos naturales.

La segunda parte del Convenio desarrolla ampliamente los derechos de los pueblos indígenas a la tierra y sus recursos naturales. Reconoce la "importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios" (Artículo 13.1), define a los territorios indígenas como aquellos que cubren "la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera" (Artículo 13.2).⁶¹ También se refiere a la necesidad de reconocer sus derechos de "propiedad y de posesión" sobre las tierras que ocupan "tradicionalmente" (artículo 14.1), a la responsabilidad de los gobiernos en adoptar las medidas necesarias para "determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión" (Artículo 14.2) y estipula que deberán "instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para decidir las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados" (Artículo 14.3)⁶²

⁵⁰ El rol que cumplieron las organizaciones Indígenas en la adopción por parte de la OIT de los nuevos estándares legales para el logro de la auto-determinación es enfatizado por Russel L. Barsh, del Four Directions Council del Estado de Washington, EEUU. (Ver Russel L. Barsh. "An Advocate's Guide to the Convention on Indigenous and Tribal Peoples" (1990) 15 No.1 *Oklahoma City University Law Review*, pag. 209). Una reunión de expertos organizada por la OIT en 1996 estuvo de acuerdo en que el enfoque del Convenio era inadecuado y que ya no reflejaba la visión contemporánea sobre los asuntos tratados, recomendando su inmediata revisión. ILO - OIT, Partial Revision of the Indigenous and Tribal Populations Convention, 1957 (N° 107) Report VI (1), en pag. 117 (Conferencia Internacional del Trabajo. Sesión No.75, Ginebra, 1988)

⁵¹ De acuerdo a Lee Swepton, experto de la OIT en Ginebra, esta fue la ocasión en que a las ONGs representando a los pueblos Indígenas o hablando en su nombre, se les permitió el mayor involucramiento para representar directamente sus propios intereses en un foro internacional para adoptar normas. Muchas modificaciones del texto fueron hechas luego de intervenciones de ONGs. Sin embargo, el mismo experto reconoce que algunos representantes de estos grupos sintieron que no tuvieron adecuada representación en las discusiones de la OIT (Lee Swepton, "A New Step in International Law on Indigenous and Tribal Peoples: The ILO Convention No. 169 of 1989" (1990) 15 No. 3 *Oklahoma City University Law Review* pag. 687).

⁶¹ La inclusión del término "territorios", el que era fuertemente rechazado por los gobiernos, fue resultado de la insistencia de los representantes indígenas. Ellos estiman que este concepto tendría implicancias más amplias, tanto en lo político, como en lo geográfico y lo ecológico, que el concepto tierra. Sin embargo, su aplicación se restringió a sólo algunos Artículos (14, 15 y 16) de la Convención. *Ibid.* pag. 224.

⁶² El Artículo 14 tenía la intención de reflejar el hecho que en muchos casos el concepto de propiedad es desconocido en las estructuras legales tradicionales de los indígenas, y que la posesión es frecuentemente un derecho muchísimo más importante para ellos. La inclusión del término "tradicionalmente ocupan" significa que debe haber una conexión con el presente, por ejemplo, una expulsión relativamente reciente desde sus tierras o una pérdida de ellas. También debe entenderse en relación al pedido hecho a los gobiernos de establecer procedimientos para las demandas de tierras indígenas (Artículo 14.3) sin límite de tiempo en cuanto a la fecha en que esas demandas puedan haber surgido. Swepton, op.cit.pags. 700-702.

El Artículo 15 intenta salvaguardar los derechos indígenas sobre los recursos naturales vinculados a sus tierras. Este derecho, de acuerdo al Convenio, incluye su participación "en la utilización., administración y conservación de dichos recursos" (Artículo 15.1). En los casos en que los estados mantengan la propiedad de recursos minerales o del subsuelo o derechos a otros recursos pertenecientes a las tierras, los gobiernos deberán "establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras".⁶³ El Artículo 16 trata de la reubicación de los pueblos indígenas, fenómeno que constituye un factor importante de pérdida de sus tierras. Establece una prohibición general al señalar que "los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan" (Artículo 16.1). La relocalización debe llevarse a cabo sólo "excepcionalmente". Además, para implementarse, debe requerir de "su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa"(Artículo 16.3.4). También se establece el derecho a retornar a sus tierras tradicionales después de que los motivos de la relocalización hayan cesado. Cuando se exige compensación económica, deben cancelarse los montos (Artículo 16.3.4).⁶⁴ Finalmente, el artículo 17.1 afirma que deberán respetarse "las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados, establecidos por dichos pueblos".⁶⁵

ii. Agenda 21

Este instrumento internacional fue adoptado en el contexto de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medioambiente y Desarrollo que tuvo lugar en Río de Janeiro en 1992.⁶⁷ Aunque no se refiere específicamente a los pueblos indígenas, contiene un Capítulo (26) llamando a los estados signatarios a reconocer y fortificar el rol de estas "poblaciones" y sus comunidades. Este Capítulo reconoce la relación que históricamente ha existido entre

⁶³ El Artículo 15 fue uno de los más polémicos de la Convención. De acuerdo a las costumbres de estos pueblos, el goce del derecho a la tierra, implica necesariamente los derechos a los recursos que pertenecen a ella. El problema era difícil de resolver, debido a que en la mayoría de los países, estos recursos, en particular los del subsuelo, son considerados como propiedad de estado. La disposición relativa a la participación indígena "siempre que sea posible" en los beneficios de explotación de estos recursos y compensación por los daños que produce (Artículo 15.2), es menos exigente que lo que deseaban las ONGs, que querían garantías firmes sobre esta materia. Barsh, *op.cit.* pags. 227-229.

⁶⁴ Los pueblos indígenas habían exigido que el consentimiento fuese una condición para la relocalización. La Conferencia vio necesario considerar casos en que el consentimiento no podía ser obtenido. El párrafo considera instancias en que no se obtuvo su consentimiento y entrega requisitos de procedimiento adecuados para tales casos.. Swepston, *op.cit.* pags. 706-707.

⁶⁵ El mismo Artículo establece que estos pueblos deben ser consultados "cuando se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad (17.2). ONGs presente en el debate de esta convención afirmaba que las tierras de estos pueblos debían ser "inalienables". Esto no fue aceptado. La Conferencia adoptó la redacción actual. Esto debe ser leído junto al Artículo 8, reconociendo las leyes de costumbres y consuetudinarias.(custom and customary law) . *Ibid.* pag. 709.

⁶⁷ *United Nations Document A/CONF.151/26 (vol.3)* at 16, Annex 2 (1992).

MEMBRETE

estas poblaciones y sus tierras, incluyendo en este concepto el medio ambiente de las zonas que esas poblaciones ocupan tradicionalmente, así como el conocimiento científico tradicional que tienen sobre sus tierras, recursos naturales y medioambiente (Capítulo 26.1). También llama a los gobiernos, en asociación con las poblaciones indígenas, a establecer un proceso que posibilite su fortalecimiento a través de los distintos mecanismos que propone para estos fines (Capítulo 26.3.a).⁶⁸ El mismo Capítulo pide a los gobiernos establecer mecanismos para intensificar su participación activa en la formulación de políticas, leyes y programas relacionados con la ordenación de los recursos y otros procesos que puedan afectarles (capítulo 26.3b), y a posibilitar su involucramiento a nivel nacional y local en el manejo de recursos y estrategias de conservación (Capítulo 26.3c). Finalmente, considera este acuerdo la adopción por parte de los gobiernos de medidas específicas - incluyendo la ratificación de convenciones internacionales, la adopción de políticas y leyes que "protejan la propiedad intelectual y cultural indígena, y el derecho de las poblaciones indígenas de preservar sistemas y prácticas consuetudinarias administrativas" - con el fin de permitir un mayor control sobre sus tierras, un manejo de sus propios recursos, y la participación en decisiones que les afecten, incluida la participación en el establecimiento o la ordenación de áreas protegidas. (Capítulo 26.4)

b) Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: "Comunidad Awas Tingni Mayagna (Sumo) " vs. "La Republica de Nicaragua"

La Corte Interamericana de Derecho Humanos también se ha pronunciado acerca del derecho de los Pueblos Indígenas sobre sus territorio y recursos naturales y, en un inédito fallo, se pronuncia a favor de la plena vigencia de la "*Propiedad Ancestral Indígena*", otorgándole amparo a través de las normas de la Convención Interamericana de Derechos Humanos. En esta jurisprudencia la Corte Interamericana estima que la "*Propiedad Ancestral Indígena*" debe ser reconocida como propiedad plena y que para estos efectos el derecho consuetudinario indígena tiene el mismo rango que las normas que rigen la constitución y/o regularización de la propiedad particular en el derecho común.

Conforme a esta jurisprudencia la "*Propiedad Ancestral Indígena*" no sólo constituye fundamento de la posesión indígena como ocurre en el derecho interno chileno y en la mayoría de las legislaciones latinoamericanas, sino que es reconocida como propiedad plena.

En sentencia del 31 de agosto de 2001, la Corte Interamericana de Derechos Humanos falló en contra del Estado de Nicaragua por violar el derecho de propiedad de Awas Tigni

⁶⁸ Entre ellas la adopción de políticas y/o instrumentos jurídicos apropiados, el reconocimiento de que las tierras de estas poblaciones debe estar protegidas contra actividades que presenten riesgos para el medio ambiente o que sean improcedentes desde el punto de vista social y cultural; el reconocimiento de sus valores, conocimientos tradicionales y sus prácticas de ordenación de los recursos con miras a promover un desarrollo sostenible; y la elaboración de acuerdos nacionales sobre solución de controversias en problemas relacionados con la ordenación de tierras y gestión de recursos.

sobre sus tierras y recursos, al otorgar una concesión forestal a la empresa Sol del Caribe (Solcarsa) en territorio de la comunidad, sin el consentimiento previo de ésta. Como resultado de esta violación, la Corte condenó a Nicaragua a demarcar y titular el territorio de la comunidad en concepto de indemnización por los daños morales provocados, así como invertir la suma de 50 mil dólares en obras sociales. El Estado de Nicaragua fue condenado a pagar Costas a la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, la suma de treinta mil dólares.⁴

En julio del año 2002, a petición de la Comunidad Awas Tingni se complementó la sentencia disponiéndose la adopción de medidas provisionales, de conformidad a los artículos 63. inc2 de la Convención Americana y 25 del Reglamento de la Corte. En la oportunidad se alegó que las medidas provisionales son necesarias para asegurar el cumplimiento de la sentencia de la Corte sobre el fondo en el presente caso y para mitigar el daño inmediato, grave e irreparable que se está produciendo en la actualidad en el territorio de la Comunidad, y que se agravará si el Estado no toma una posición diligente para poner freno a las actividades de terceros actualmente realizadas dentro de las tierras de la Comunidad de Awas Tingni.

La Corte accedió a este petitorio en resolución de 6 de septiembre de 2002, “requiriendo al Estado de Nicaragua para que adopte, sin dilación, cuantas medidas sean necesarias para proteger el uso y disfrute de la propiedad de las tierras pertenecientes a la Comunidad Mayagna Awas Tingni y de los recursos naturales existentes en ellas, específicamente aquellas tendientes a evitar daños inmediatos e irreparables resultantes de las actividades de terceros que se han asentado en el territorio de la Comunidad o que exploten los recursos naturales existentes en el mismo, hasta tanto no se produzca la delimitación, demarcación y titulación definitivas ordenadas por la Corte; requerir al Estado que dé participación a los peticionarios en la planificación e implementación de las medidas y que, en general, los mantenga informados sobre el avance de las medidas dictadas por la Corte Interamericana. Asimismo, la Corte decidió requerir al Estado que investigue los hechos denunciados que dieron origen a las presentes medidas con la finalidad de descubrir a los responsables y sancionarlos; requerir al Estado, a los representantes de la Comunidad y a la Comisión Interamericana que informen a la Corte sobre las medidas adoptadas para la implementación del “acuerdo de reconocimiento provisional de los derechos de uso, ocupación y aprovechamiento de la Comunidad” tan pronto éstas sean implementadas y requerir al Estado que informe a la Corte Interamericana, cada dos meses, sobre las medidas provisionales adoptadas, y requerir a los representantes de la Comunidad que presenten sus observaciones a los correspondientes informes en un plazo de cuatro semanas contado a partir de su recepción, y a la Comisión Interamericana que presente sus observaciones a dichos informes dentro de un plazo de seis semanas contado a partir de su recepción”⁵

El interés de la sentencia Awas Tingni reside precisamente en que adopta una interpretación del *derecho a la propiedad privada* garantizado por la Convención

⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la comunidad mayagna (sumo) awas tingni vs. Nicaragua sentencia de 31 de agosto de 2001

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, informe anual 2002

MEMBRETE

Interamericana de Derechos Humanos, que no es sólo extensiva sino creativa, toda vez que adapta el alcance del derecho a la evolución de los estándares internacionales en materia de derechos humanos⁶:

“Mediante una interpretación evolutiva de los derechos humanos...esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua”⁷

El derecho de propiedad comunal indígena es tratado en la sentencia como un derecho de carácter colectivo, basado en una “tradicción comunitaria sobre una forma comunal de propiedad colectiva de la tierra”⁸

La sentencia de la Corte sostiene que los pueblos indígenas mantienen una relación especial con la tierra en que viven, una relación que debe considerarse por el Estado al momento de reconocer y proteger los derechos de estos pueblos.⁹

“Las culturas indígenas tienen una vinculación muy particular con la tierra secular de sus antepasados, en la cual cumplen su ciclo vital y donde buscan alcanzar su plenitud espiritual y material”¹⁰

Refiriéndose a la jerarquía del derecho consuetudinario respecto al régimen común de propiedad, la sentencia expone lo siguiente:

“El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial y el consiguiente registro”¹¹

El párrafo anterior se refiere a las contradicciones entre el derecho consuetudinario indígena que funda la propiedad en la ocupación y el derecho común que la funda en el reconocimiento por acto de autoridad y su correspondiente registro. Como consecuencia del lo expuesto la Corte concluye que el acto de titulación de las tierras comunales indígenas, es un acto declarativo y no constitutivo de derecho.

La sentencia de la Corte Interamericana en el caso de Awas Tingni sienta un precedente relevante para los Estados signatarios de la Convención Americana de Derechos Humanos, entre ellos Chile, en el campo de los derechos de los pueblos indígenas específicamente con

⁶ Armstrong Wiggins, Revista Wani, Revista del Caribe “julio-septiembre 2002, n°30 página 14

⁷ Sentencia de la Corte parr.148

⁸ Sentencia de la Corte, parr 149

⁹ Armstrong Wiggins, Revista Wani, Revista del Caribe “julio-septiembre 2002, n°30 página 15

¹⁰ Voto Razonado Concurrente del Juez Sergio García Ramírez ..., parr. 3

¹¹ Sentencia de la Corte, pág. 151

respecto a sus tierras y recursos naturales. Esta jurisprudencia reafirma los reconocimientos constitucionales a nivel interno de cada país, así como el reconocimiento internacional de los derechos referidos.

3. Derechos reconocidos al pueblo Atacameño o Lickanantay en el ordenamiento jurídico chileno

El 5 de Octubre de 1993 se dictó la Ley N° 19.253 sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas, la que regula los derechos de los Pueblos Indígenas del país y fija las bases institucionales de las políticas públicas destinadas a los Pueblos Indígenas.

A través de la ley el Estado reconoce como principales etnias indígenas de Chile, entre otras, a las comunidades Atacameñas¹², valora su existencia por ser parte esencial de las raíces de la Nación chilena, así como su integridad y desarrollo, de acuerdo a sus costumbre y valores¹³.

Como consecuencia de este reconocimiento se establece que es deber de la sociedad en general y del Estado en particular, a través de sus instituciones respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, incluidos los Atacameños, sus culturas, familias y comunidades, adoptando las medidas adecuadas para tales fines y, consecuentemente, proteger las tierras Atacameñas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación.¹⁴

Específicamente, reconoce la Ley que son Atacameños los indígenas pertenecientes a las comunidades existentes principalmente en los poblados al interior de la II Región y los indígenas provenientes de estas comunidades.¹⁵

En lo que compete al presente informe, cabe resaltar que la Ley Indígena ha reconocido a los Atacameños o Lickanantay dos derechos que, como ya señaláramos latamente en el acápite precedente al tratar del Derecho Internacional, están indisolublemente ligado, estos derechos son: El derecho a la tierras ancestrales y los derechos a las aguas existentes en dicho territorio.

Cabe hacer presente que para el caso Atacameño el reconocimiento de los derechos sobre las aguas de propiedad ancestral es indispensable para garantizar su sobrevivencia y permanencia en el espacio territorial en que habitan sus comunidades desde tiempos inmemoriales.

A continuación nos referiremos particularizadamente a los derechos de los Atacameños y sus comunidades a las tierras y a las aguas. A través del análisis normativo de estos

¹² En lengua vernácula el Pueblo Atacameño se autoidentifica como “Lickanantay”. La denominación como “Atacameño”, fue impuesta por los conquistadores tras el primer contacto.

¹³ Artículo 1°, inciso 2°, Ley 19.253.

¹⁴ Artículo 1°, inciso 3°, Ley 19.253.

¹⁵ Artículo 62, inciso 1°, Ley 19.253.

MEMBRETE

derechos se evidencia que su reconocimiento legislativo se funda en la posesión ancestral que los Pueblos Indígenas, y en particular el Pueblo Atacameño a través de sus comunidades reconocidas por la Ley, han ejercido sobre estos espacios territoriales y sus recursos de tierra y agua y que, como consecuencia de este reconocimiento, el ordenamiento jurídico chileno instaura mecanismos de regularización de los mismos conforme al derecho común..

3.1 El acceso a la tierra y los derechos sobre el espacio territorial ancestral atacameño

El legislador ha reconocido a los miembros del Pueblo Atacameño y sus comunidades derechos específicos tendientes a garantizar el acceso a las tierras que han ocupado desde tiempos inmemoriales, mediante la instauración de un procedimiento para regularizar las tierras Atacameñas que se ha denominado “Plan de Saneamiento de Tierras Atacameñas.”

Complementariamente, ha concebido la creación en este espacio territorial de un Área de Desarrollo Indígena con el objeto de promover el desarrollo Atacameño en estos espacios de propiedad ancestral mediante la focalización de la acción del Estado y sus organismos en beneficio del desarrollo armónico de los indígenas y sus comunidades.

3.1.1 Plan de Saneamiento de las Tierras Atacameñas

La ley Indígena, impuso a la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena y al Ministerio de Bienes Nacionales la obligación conjunta de elaborar, dentro de los tres años posteriores a la publicación de la ley indígena, un plan de saneamiento de títulos de dominio sobre las tierras Atacameñas de la II Región¹⁶.

Las bases normativas del plan de saneamiento de la propiedad Atacameña están establecidas en el párrafo 2° del Título VIII de la Ley Indígena que dispone que la Corporación, en el proceso de constitución de la propiedad de las comunidades Atacameñas, deberá salvaguardar los siguientes tipos de dominio:

- a) Tierras de propiedad de indígenas individualmente considerados, que por lo general comprende la casa habitación y terrenos de cultivo y forrajes;
- b) Tierras de Propiedad de la Comunidad Indígena constituidas en conformidad con esta ley y correspondientes, por lo general, a pampas y laderas de cultivo rotativas.
- c) Tierras patrimoniales de propiedad de varias Comunidades indígenas, tales como pastizales, bofedales, cerros, vegas y otras de uso del ganado auquénido¹⁷.

Las normas antes citadas reconocen tres tipos de *dominio* en el régimen de tenencia tradicional de las tierras Atacameñas, exigiendo que sean respetados por el programa de saneamiento. Además, complementando esta normativa, la Ley impuso a la Corporación la obligación de incentivar programas especiales para la recuperación y repoblamiento de

¹⁶ Artículo 3° transitorio, Ley Indígena.

¹⁷ Artículo 64, Ley Indígena.

pueblos y sectores abandonados de la etnia Atacameña, asumiendo que los procesos migratorios forzados han generado estas situaciones de abandono que son posibles de revertir con una adecuada política de repoblamiento.¹⁸

Emerge de la normativa citada un concepto de Propiedad Ancestral fundado en la ocupación. Cabe, además, resaltar que este criterio de ocupación es diverso al concepto de ocupación efectiva que suele primar en los programa de saneamiento de tierras fiscales que se llevan a cabo de acuerdo a la normativa general de disposición, administración y uso de los bienes del Estado o fiscales cuyo marco regulatorio es el D.L. 1.939 de 1977.

Para el diseño y posterior ejecución del referido plan de saneamiento el Ministerio de Bienes Nacionales en el año 1998, encomendó la realización de sendos estudios catastrales que dieran cuenta de la situación de tenencia de las tierras de los Lickanantay de la II Región.

Conforme a estos estudios en la provincia del Loa se detectaron 19 comunidades indígenas de origen Atacameño que ocupan grandes extensiones territoriales en donde realizan sus actividades productivas desde tiempos inmemoriales, las que en la actualidad se encuentran inscrita a nombre del Fisco de Chile y, por tanto, debe ser objeto de regularización a favor de sus ocupantes ancestrales por expreso mandato del artículo 3 inciso 1 transitorio de la Ley Indígena y el artículo 63 del mismo cuerpo legal.

El resto de la propiedad corresponde básicamente a predios individuales insertos en las referidas comunidades, los que comprenden casa habitación y pequeñas superficies de cultivo aledañas. El número de propiedades individuales asciende a 5.426 de la cuales 4.667 poseen título y 541 no lo poseen y, por tanto, también tendrían el carácter de fiscales.

El área que ocupan los 4.667 predios con título inscrito es de 2.706,3 hectáreas con una superficie promedio de 0.58 hectáreas por propiedad, lo que representa un 0,19% del total del área comunitaria.

La situación por comuna es la siguiente:

Ollagüe: Esta comuna presenta solo la comunidad indígena de Ollagüe, la cual se encuentra asentada sobre territorio fiscal.

Calama: Presenta 7 comunidades indígenas: Conchi Viejo, Chiu Chiu, Lasana, Ayquina – Turi, Toconce y Caspana; todas ubicadas en terrenos fiscales, a excepción de una parte de Ayquina – Turi.

Ayquina – Turi posee una inscripción de dominio vigente de carácter comunitario sobre un pequeño sector de los terrenos de la comunidad inscripción que tiene una cabida de 736 hectáreas.

¹⁸ Artículo 65, Ley Indígena.

MEMBRETE

San Pedro de Atacama: Corresponde a la comuna que agrupa el mayor número y superficie de comunidades indígenas de la provincia de El Loa, alcanzando a 11 del total de 19 comunidades: Santiago del Río Grande, Machuca, Quito, San Pedro de Atacama, Sólór, Coyo Toconao, Talabre, Camar, Socaire y Peine.

Existen tres inscripciones de dominio vigentes de carácter comunitario, las cuales se señalan a continuación:

Machuca: 37.224 hectáreas, abarca el 100% del territorio de la comunidad.

Santiago del Río Grande: 40.752 hectáreas, la que ampara aproximadamente el 90% del territorio propuesto para la comunidad.

Peine (Tilopozo): 56 Hectáreas, corresponden a un sector ínfimo del territorio propuesto para la comunidad.

En la actualidad el plan de saneamiento de las tierras ancestrales Atacameñas se encuentra en plena ejecución. La inversión efectuada por CONADI en el ámbito de la política de tierras para el Pueblo Lickanantay o Atacameño es de \$143.000.000 (1993 – 2002). De las 905.000 hectáreas efectivamente ocupadas por las comunidades Atacameñas, a la fecha se encuentra en tramitación la transferencia de 437.104,33 hectáreas, que incluyen saneamientos de títulos comunitarios y sitios arqueológicos. Efectivamente se han saneado 83.660,29 hectáreas a favor de la comunidad Río Grande y Peine y se han transferido a título gratuito a las comunidades de Socaire, Sólór, Asociación de Likan Tatay, Chiu Chiu y Conchi Viejo un total de 807,49 hectáreas. Por otra parte, se han transferido a las comunidades indígenas correspondientes la concesión de uso gratuito por 5 años de los Pukará de Quito, Lasana y Chiu Chiu, con el compromiso que vencido el plazo de la concesión estos sitios serán transferido en dominio a las comunidades, alcanzando una superficie de 9,73 hectáreas.

La política de tierras en la II región ha beneficiado a aproximadamente 440 familias indígenas. Todas las solicitudes se han tramitado en virtud de los D.L. 1.939 de 1977, cuando se trata de transferencia de predios fiscales, y 2.695 de 1979 cuando se trata de regularizar propiedad particular.

Inscritos en el Registro Nacional de Tierras Indígenas hay un total de 245 títulos, de éstos en el año 2001 se inscribieron 107 títulos de Calama y 109 títulos de San Pedro de Atacama. Durante el año 2002, se inscribieron 27 títulos de Calama y 2 de San Pedro de Atacama.

Se ha constituido una Comisión Técnica Regional de Tierras en la Región de Antofagasta, la que ha sido la instancia de participación y coordinación entre las comunidades indígenas y los Servicios Públicos. Esta instancia ha permitido validar a nivel regional el trabajo realizado por la Oficina de asuntos Indígenas de San Pedro de Atacama y Bienes Nacionales en materia de constitución y regularización del dominio de las comunidades Atacameñas sobre sus tierras ancestrales.

3.1.2 Creación del Area de Desarrollo Indígena Atacama La Grande

Complementariamente la Ley Indígena, en los artículos 26 y 27, dispone la creación de Areas de Desarrollo Indígena que son espacios territoriales en que los organismos de la Administración del Estado focalizarán su acción en beneficio del desarrollo armónico de los indígenas o sus comunidades.

Para el establecimiento de un Area de Desarrollo Indígena es necesario que concurren los siguientes criterios:

- a) Espacios territoriales en que han vivido ancestralmente las etnias indígenas;
- b) Alta densidad de población indígena;
- c) Existencia de tierras de comunidades o individuos;
- d) Homogeneidad ecológica; y
- e) Dependencia de recursos naturales para el equilibrio de esos territorios, tales como manejo de cuencas, ríos, riberas, flora y fauna.

El 10 de marzo de 1997, mediante el D. S. N° 70 del Ministerio de Planificación y Cooperación, se declaró la creación del Área de Desarrollo Indígena Atacama la Grande, que se ubica en la comuna de San Pedro de Atacama. Este territorio comprende la cuenca del Salar de Atacama y el Altiplano Andino de la II Región de Antofagasta y presenta una alta densidad de población indígena atacameña, cerca de un 95 % del total de habitantes de la Comuna de San Pedro de Atacama (aproximadamente 2.546 personas).

La constitución del Area de Desarrollo Indígena ha sido de gran importancia para el caso Atacameño, donde se ha adoptado un reglamento de gestión de la misma que involucra la participación de todos los actores públicos, privados e indígenas que tienen competencias o intereses en la gestión de este espacio territorial y sus recursos. En este marco, se ha constituido una mesa regional presidida por el Intendente Regional que se pronuncia sobre la inversión pública y privada en el Area de Desarrollo Indígena Atacama La grande.

3.2 Régimen de Protección de los Derechos de Aguas

El agua es un recurso fundamental para el desarrollo cultural y económico de las comunidades indígenas, particularmente de las que integran los pueblos del Norte del país, Aymara, Atacameñas, Quechuas y Collas.

Desde comienzos del siglo XX a la fecha, las comunidades indígenas han sido regularmente desprovistas de este recurso, proceso que ha generado el desecamiento de vegas y bofedales, afectando gravemente la economía y cultura indígena.

El abogado experto en derechos de aguas Manuel Cuadra, refiriéndose a las causas de la pérdida de aguas de uso ancestral de las comunidades andinas señala: “Desde los albores

MEMBRETE

del siglo XX, la principal causa de la pérdida de las aguas de las comunidades aymaras y atacameñas del norte de Chile, fue la desprotección jurídica en que éstas quedaron como consecuencia de la subordinación del derecho consuetudinario indígena al derecho positivo estatal, en un escenario de creciente demanda de esos recursos para abastecer los centros mineros y las ciudades de la zona.”¹⁹

La leyes de la República han declarado las aguas bienes nacionales de uso público, pero han establecido un régimen de apropiación del recurso mediante la figura de “concesiones” efectuadas por el Estado a los particulares. El título otorgado por la concesión, en consecuencia, regula el uso y de esta manera se desconocen derechos provenientes del uso consuetudinario del recurso el cual per se no genera derecho.

La emergencia de las ciudades y el desarrollo minero son hitos que han determinado una fuerte presión por el recurso agua en la zona norte del país, donde atendida las condiciones climáticas de tipo desértico existe una permanente escasez de recursos hídricos. El Estado a través de sus política ha favorecido la demanda de los centros urbanos y mineros por sobre la demanda indígena en lo que respecta al otorgamiento de concesiones sobre las aguas.

El mismo Cuadra da cuenta de esta política que se expresa en régimen de concesiones que se impuso en los principales ríos de la cuenca del Loa a partir de 1913. El régimen de concesiones quedó establecido en un Reglamento relativo a las mercedes que se soliciten en el río Loa y sus afluentes y en las aguadas y vertientes de la provincia de Antofagasta, dictado con fecha 30 de Octubre de 1913 y modificado por Decreto N° 648 de 26 de Marzo de 1920. Conforme a esta normativa, fueron concesionadas las aguas de la subcuenca de los ríos San Pedro e Inacaliri, otorgadas al Mineral de Chuquicamata y al Ferrocarril de Antofagasta a Bolivia. Luego fueron concesionados los principales afluentes de la subcuenca del río Salado, ríos Linzor, Hojalar, Toconce y Salado, concedidas al Mineral de Chuquicamata y a la Sanitaria SENDOS (hoy ESSAN S.A.) Posteriormente fueron concedidas a estas mismas empresas y algunas mas, las aguas del mismo río Loa.²⁰

La privatización de las aguas indígenas y su apropiación por particulares ajenos a las comunidades indígenas se agudizó con la dictación - en 1981 - del Código de Aguas, D.F.L. N° 1.222. Este cuerpo legal estableció un derecho de aprovechamiento de las aguas, derecho real que pasa a ser de propiedad del titular, quien puede usar, gozar y disponer de su derecho en conformidad con la ley. Este derecho es transferible, transmisible y prescriptible, y se constituye por un acto de autoridad, independiente si el solicitante es dueño o no de la tierra donde está ubicada el agua y si hace o no uso efectivo del recurso. A partir de la puesta en vigencia del Código de aguas se produce un creciente proceso de apropiación del recurso por particulares. En el caso de las comunidades indígenas del norte del país el recurso es apropiado fundamentalmente por las grandes empresas mineras. El auge minero de las últimas décadas, ha favorecido un masiva apropiación de las aguas, y ha profundizado procesos de antigua data como el desecamiento de vegas y bofedales y la migración indígenas de sus tierras de origen a las ciudades de la costa, con el consiguiente

¹⁹ Cuadra, Manuel. Teoría y práctica de los derechos ancestrales de agua de las comunidades atacameñas. En: Revista Estudios Lickanantay N° 19 – 2000, p. 93.

²⁰ Cuadra, ibidem, p. 95

abandono de las tierras altas. No obstante la antigüedad de estos procesos, lo cierto es que han alcanzado una dimensión crítica a partir de la década de los 80.

Para hacer frente a esta situación, se dictaron - a partir de 1990 - dos cuerpos legales en los cuales se han sustentado las reclamaciones de los Pueblos Indígenas del Norte del País, para hacer efectivos sus derechos ancestrales sobre las aguas existentes en sus territorios históricos.

- La Ley N° 19.145 de 1992, que modificó el Código de Aguas y limitó la exploración y explotación de aguas subterráneas en zonas acuíferas que alimentan vegas y bofedales de las I y II Regiones del país.
- La Ley N° 19.253 de 1993, Ley Indígena, que contempla normas generales de protección de los derechos de aguas de las comunidades indígenas en general y de las comunidades Aymaras, Atacameñas y otras del Norte del País en particular.

El régimen de protección instaurado por la Ley Indígena para resguardar los derechos indígenas sobre las aguas está establecido en los artículos 20, 22, 64 y 3° transitorio inciso 2° de la Ley Indígena.

El artículo 20 la Ley Indígena crea el Fondo de Tierras y Aguas Indígenas a través del cual se disponen de recursos para financiar la constitución, regularización o compra de derechos de aguas o se permite financiar obras destinadas a obtener el recurso agua²¹

El artículo 64 de la Ley Indígena protege especialmente las aguas de las comunidades Aymaras y Atacameñas, estableciendo normas especiales para la constitución del derecho a favor de las comunidades que pertenecen a dichos pueblos. Dispone el artículo 64 que serán bienes de propiedad y uso de las referidas comunidades indígenas, las aguas que se encuentren en terrenos de la comunidad, tales como los ríos, canales, acequias y vertientes. Las comunidades gozan de este derecho preferente de constitución, sin perjuicio de los derechos que terceros hayan inscrito de conformidad al Código General de Aguas²². Establece, además, el mismo articulado que no se otorgarán nuevos derechos de aguas sobre lagos, charcos, vertientes, ríos y otros acuíferos que surten a las aguas de propiedad de varias comunidades indígenas, debiendo en ese caso garantizarse el normal abastecimiento de agua a las comunidades afectadas.

Por su parte, el artículo 3° transitorio, inciso 2°, establece que 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 Atacameñas de conformidad al artículo 64 de la Ley Indígena.

Estas normas tienen la importancia que reconocen un derecho preferente de constitución a favor de las comunidades indígenas del Norte fundado principalmente en sus derechos ancestrales. En estas normas las comunidades han fundado la regularización de sus

²¹ Artículo 20 letra c), Ley Indígena.

²² Artículo 64 inciso 1°, Ley 19.253, Ley Indígena.

MEMBRETE

derechos y exigido su constitución, argumentando que en este caso - no existiendo derechos constituidos con anterioridad a favor de terceros - el acto de autoridad que otorga el derecho de aprovechamiento cumple un rol meramente registral²³.

Sobre el punto se expone Cuadra: "... “Así, estos usos consuetudinarios de agua “reconocidos - como derechos – de acuerdo a la ley” pueden optar por la “regularización” cuando reúnen los requisitos de legitimidad que establece el Art. 2º transitorio del Código de Aguas: uso interrumpido de las aguas, libre de violencia y clandestinidad y sin reconocer dominio ajeno.”²⁴

Acreditándose estas circunstancias ante un Tribunal, añade el abogado, procede que éste declare la regularización del derecho mediante una sentencia judicial. A su entender, la regularización es un acto meramente declarativo y no constitutivo, que vienen a constatar la existencia del derecho, pero no lo constituye, sólo da certeza jurídica sobre la titularidad del mismo y determina la modalidad de su ejercicio, regulando sus características esenciales, esto es: caudal; punto de captación; determina si se trata de derechos consuntivos o no consuntivos; de ejercicio permanente o eventual; continuo, discontinuos o alternados, todo ello conforme a las reglas del Código de Aguas²⁵.

La postura del abogado Cuadra y que traemos a colación en este análisis tienen la fuerza que la misma logró imponerse, siendo recogida por la jurisprudencia a propósito del programa de regularización de derechos de aguas de las comunidades atacameñas que el mismo llevó adelante y que permitió la regularización de 70 derechos de agua a favor de las comunidades atacameñas por un caudal de 2.278,8 litros por segundo, todos de naturaleza consuntiva, permanentes y continuos. La regularización de estos derechos tiene una importancia fundamental para el Pueblo Lickanantay o Kunza, pues representan el 85% de las aguas usadas por las comunidades indígenas de la Provincia de El Loa.²⁶

4. Conclusiones

- La “**Propiedad Ancestral Indígena**” sobre las tierras y recursos naturales indígenas ha sido reconocida por el derecho internacional y por la jurisprudencia en el sistema interamericano;
- El ordenamiento jurídico internacional y las legislaciones de los países donde habitan Pueblos Indígenas, sobre la base del antedicho reconocimiento, han implementado mecanismos de regularización de la “**Propiedad Ancestral Indígena**” sobre la tierra y recursos naturales, en los cuales dicha Propiedad Ancestral es considerada como posesión regular para los efectos de adquirir la propiedad de estos bienes a través de la Prescripción.
- El hecho de someter la “**Propiedad Ancestral Indígena**” a un régimen de regularización no entraña, desde el punto de vista de derecho común, ninguna contradicción. Lo que hace el legislador a través de esta fórmula es conciliar dos

²³ Cuadra, ibidem, p. 99.

²⁴ Cuadra, ibidem, p. 99.

²⁵ Cuadra, ibidem, p. 99.

²⁶ Cuadra, ibidem, p. 107

regímenes jurídicos: el derecho consuetudinario indígena, que asigna al derecho el carácter de propiedad ancestral fundado en la ocupación; y, el derecho nacional, que exige la concurrencia de un título translaticio o constitutivo de dominio y, para el caso de los bienes inmuebles, la competente inscripción. La regla general adoptada por el derecho internacional, el derecho comparado y el derecho chileno, ha sido resolver la controversia dando preeminencia al derecho nacional por sobre el derecho consuetudinario, y a través de la “regularización” acoger las reclamaciones de los pueblos indígenas, procediendo a la titulación de estos bienes fundado en un criterio de justicia.

- En la causa sometida al conocimiento de la Excelentísima Corte Suprema, los antecedentes del derecho internacional e interno anteriormente señalados viene a refrendar el derecho que la comunidad Atacameña de Toconce tiene sobre sus aguas ancestrales. Los antecedentes de hecho que obran en el proceso dan cuenta que las aguas que se reclaman han abastecido desde tiempos inmemoriales las terrazas de cultivo que posee la comunidad Atacameña de Toconce en las riberas del río del mismo nombre, razón por la cual deberían serle regularizadas las aguas que reclama y sin las cuales no es posible su sobrevivencia en las tierras sobre las que también reclaman propiedad ancestral y que se encuentran en proceso de saneamiento.

JOSE AYLWIN OYARZUN

**Abogado, Magíster en Derecho y Legislación Indígena
en la Universidad de British Columbia, Canadá**

**Coordinador del Programa de Derechos Indígenas,
Instituto de Estudios Indígenas de la Universidad de la Frontera de Temuco**

NANCY ADRIANA YÁÑEZ FUENZALIDA

**Abogado, Magíster en Derecho Internacional en la Universidad de
Notre Dame, Estados Unidos**

**Investigadora del Programa de Derechos Indígenas,
Instituto de Estudios Indígenas de la Universidad de la Frontera de Temuco**