

LA AGUAS EN LA LEY 19.253, DE 1993, LEY INDÍGENA

FRANKLIN PARSONS ÁLVAREZ
Abogado, Fiscalía Conaf

INTRODUCCIÓN

Para una visión sumaria de los derechos de agua de los indígenas y sus comunidades es menester citar brevemente en primer lugar las disposiciones que sobre el tema enuncia la ley N° 19.253, conocida como la Ley Indígena. En segundo lugar, aquilatar dichas disposiciones para después contrastarlas con las contenidas en el Código de Aguas. Con posterioridad estimo pertinente efectuar un breve análisis de la Convención Ramsar en relación con los artículos 58 y 63 del Código de Aguas, que se refieren a tipos de humedales y concluir el trabajo con una reflexión sobre el tema tratado.

LA LEY INDÍGENA EN RELACIÓN CON LAS AGUAS

El artículo 1° de la ley indígena señala que las comunidades e individuos indígenas son los descendientes de las agrupaciones humanas que existen en el territorio nacional desde tiempos precolombinos, que conservan manifestaciones étnicas y culturales propias, siendo para ellos la *tierra* el fundamento principal de su existencia y cultura. El último inciso de este artículo señala que es deber de la sociedad en general y del Estado en particular, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades, adoptando las medidas adecuadas para tales fines y proteger las *tierras* indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación.

El artículo 9° de la ley señala que se entiende por comunidad indígena toda agrupación de personas pertenecientes una misma etnia y que se encuentren en una o más de las situaciones que allí se señalan (un mismo tronco familiar, una misma jefatura, provengan de un mismo poblado o que posean o hayan poseído *tierras* en común).

El título II de la ley se refiere al reconocimiento, protección y desarrollo de *tierras* indígenas. Solo en el Párrafo 2° de este título aparece al fin una mención de las aguas indígenas, al señalar el artículo 20 que se crea un Fondo de Tierras y Aguas Indígenas administrado por la Corporación de Desarrollo Indígena (CONADI), con tres

fines, siendo el primero de ellos otorgar subsidios a los indígenas o sus comunidades para la adquisición de *tierras*, el segundo para financiar mecanismos que permitan solucionar los problemas de *tierras* y solo el tercer fin se refiere a las aguas, al señalar que con este fondo la CONADI podrá financiar la constitución, regularización o compra de derechos de aguas para financiar obras destinadas a obtener este recurso.

El artículo 21 de la ley en comento, luego de señalar los recursos que incrementarán este Fondo, señala que la CONADI podrá recibir del Estado o de particulares, entre otros acervos, derechos de agua y otros bienes de esta especie destinados a indígenas o comunidades indígenas, para radicarlos, entregar títulos, realizar proyectos de colonización, reubicación y actividades semejantes.

No está de más comentar que los fines, la incongruencia entre los fines allí indicados se avienen más con el concepto de tierras y propiedades que con los derechos de agua.

Estos derechos de agua para beneficio de tierras indígenas, según nos dice el artículo siguiente de la ley, adquiridas con recursos de este Fondo, no podrán ser enajenadas por un período de 25 años, contados desde su inscripción. Pero el segundo inciso de este artículo nos informa que la Corporación podrá, por resolución de su Director, autorizar la enajenación de los derechos de aguas, previo reintegro al Fondo del valor del subsidio, crédito o beneficio recibido, actualizado según el I.P.C. La contravención a esta obligación producirá la nulidad absoluta del acto o contrato.

Antes de comentar este artículo, valga acotar el hecho de que la nulidad no es aplicable a los casos en que los derechos de aguas no hayan sido adquiridos con recursos del Fondo de Tierras y Aguas, como sería el caso de una donación de dichos derechos.

En forma indirecta son mencionadas las aguas en el Título III de la ley, que se intitula "Del Desarrollo Indígena", en su artículo 26, que señala los criterios que deben concurrir para el establecimiento de las Areas de Desarrollo Indígena (ADI), señalando entre otros (tales como espacios territoriales ancestrales, alta densidad poblacional, tierras indígenas), la dependencia

de recursos naturales para el equilibrio de esos territorios, tales como manejo de cuencas, ríos, riberas, flora y fauna.

La sequía legislativa en el tema de las aguas se mantiene en el Título IV (de la cultura y educación indígena), en su Título V (Sobre la participación), en el Título VI (De la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena) a la que específicamente le encomienda la función de velar por las tierras indígenas, y promover la adecuada explotación de ellas, mantener un Registro Público de Tierras Indígenas. Solo se menciona a las aguas en caso de conflicto entre indígenas y sus comunidades en conflictos sobre tierras y aguas, para ejercer labores de conciliación y arbitraje y en su artículo 40, al señalar que la Corporación podrá recibir del Fisco, organismos públicos o particulares a título gratuito, bienes raíces o derechos de aguas para asignarlos a comunidades o personas indígenas en propiedad, uso o administración.

Por su parte el título VII sobre normas especiales de los procedimientos judiciales, se refiere a la costumbre indígena y a la conciliación y procedimiento judicial en los juicios de tierras.

Tenemos que llegar al título VIII que establece disposiciones particulares para las distintas etnias indígenas para encontrar el único artículo referido exclusivamente a las aguas. Es el artículo 64 que textualmente establece que "Se deberá proteger especialmente las aguas de las comunidades aimaras y atacameñas. Serán considerados bienes de propiedad y uso de la Comunidad Indígena establecida por esta ley, las aguas que se encuentren en los terrenos de comunidad, tales como los ríos, canales, acequias y 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 surtan a las aguas de propiedad de varias Comunidades Indígenas establecidas por esta ley sin garantizar, en forma previa, el normal abastecimiento de agua a las comunidades afectadas.

También dentro de estas disposiciones particulares, se establece en su artículo 63, que la CONADI deberá salvaguardar, entre otros tipos de dominio, las tierras patrimoniales de propiedad de varias Comunidades Indígenas, tales como pastizales, bofedales, cerros y vegas.

Por último, cabe señalar dentro de las disposiciones de esta ley, la obligación establecida para la Dirección General de Aguas y la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, en su artículo 3° transitorio de suscribir un convenio para la protección, constitución y restablecimiento de los derechos de aguas de propiedad

ancestral de las comunidades aimaras y atacameñas, de acuerdo a lo señalado en el ya enunciado artículo 64.

ANÁLISIS DE LAS DISPOSICIONES DE LA LEY INDÍGENA

Sin duda, no deja de sorprender que el marco normativo de las aguas contemplado en la ley indígena sea muy limitado, quizás porque el legislador pensó que las disposiciones normativas del Código de Aguas eran suficientes y solo debían atenderse algunas situaciones puntuales, como el caso del artículo 64 de la ley.

Sin embargo, a juicio nuestro, hay una carencia de sintonía valorativa entre los usos ancestrales de las aguas y las normas del Código del Ramo que dificultan la vigencia efectiva de tales normas, aparte de que el derecho positivo no explicita sus propias definiciones.

Así por ejemplo, el artículo 20 se refiere a las "aguas indígenas" sin definir las en ninguno de sus acápite, al revés de lo que ocurre con las tierras indígenas. Por deducción debe llegarse a la conclusión de que son las aguas que pueden ser utilizadas por los indígenas y sus comunidades cumpliéndose los requisitos que la ley señala en los artículos que hacen referencia a ella y que no violen las disposiciones del Código de Aguas.

El artículo 22 de la ley, según ya vimos, establece una prohibición de enajenar por 25 años los derechos de agua para beneficio de tierras indígenas, adquiridas con recursos de este Fondo, contados desde su inscripción.

Ello altera la libre transferencia de los derechos de aprovechamiento fijada en el Código de Aguas, y corresponde a un tipo de prohibición legal del cual no hay ejemplos en el Código señalado.

Por otro lado, como ya se observó, esta limitación solo rige respecto de derechos de aguas para beneficio de tierras indígenas adquiridas con el Fondo para Tierras y Aguas Indígenas. Cabe preguntarse qué podría ocurrir si se plantease que las aguas no están destinadas al beneficio de las tierras indígenas, sino para otros fines o si los derechos de aguas no significaron un desembolso a la CONADI. Además, dicha limitación puede ser dejada sin efecto por la Corporación, mediante resolución de su Director, previo reintegro al Fondo del valor del subsidio. Asimismo, nada obsta a que dichos derechos puedan ser arrendados, entregados en comodato, o imponerles cualquier limitación a su uso por parte del titular, ya que al revés de las tierras indígenas, no se han fijado limitaciones a ellas "por exigirlo el interés nacional" como se refiere

re la ley a las limitaciones impuestas a las tierras indígenas.

También cabe preguntarse si existe una libre transferencia de los derechos de aguas de aimaras y atacameños, ya que dichos derechos, conforme al artículo 64, son de la comunidad y no de personas en particular, por lo que en la práctica pueden llegar a ser intransferibles si no se ha fijado en el Reglamento que se dicte por la propia comunidad la forma en que se traspasarán los bienes comunales, o si fijándose, su quórum de aprobación sea tan alto, que se haga imposible su transferencia.

Sin embargo, debe tenerse presente que la utilización de las aguas indicada en el Código respectivo es a través de un derecho real de aprovechamiento, con determinadas características que contrastan con el uso de las aguas que tradicionalmente han efectuado las comunidades indígenas de la I y II Región. Así por ejemplo, su ejercicio no es obligatorio. No obstante, las comunidades indígenas regulan su uso entre sus miembros conforme al empleo que cada uno de ellos realiza.

No deja de sorprender que luego de que el artículo 40 señale que la CONADI puede recibir a título gratuito derechos de aguas del Fisco, organismos públicos o privados para entregarlos a las comunidades indígenas en propiedad, uso o administración. No queda claro en primer lugar a qué título la CONADI recibe los bienes, si son donación, usufructo, comodato, etc. En segundo lugar tampoco queda claro a qué uso se refiere, si es al derecho de uso establecido en el Código Civil, al derecho de uso con las restricciones aplicables en la ley indígena (artículos 13, inciso segundo, 17, 35, y 56) los que a nuestro juicio son aplicables solo al caso de las tierras o a las acciones de uso consistentes en aprovechar la cosa parte del usuario.

También no deja de ser curioso que el procedimiento judicial sea diverso tratándose de tierras indígenas que de aguas indígenas, ya que el artículo 56 de la Ley Indígena solamente establece un procedimiento especial tratándose de cuestiones relacionadas con las tierras indígenas sin mencionar para nada el caso de las aguas.

Respecto de la disposición del artículo 64 que regula las aguas de las comunidades aimaras y atacameñas, la redacción del artículo en comento presenta algunas imprecisiones como es el caso de la frase "serán considerados bienes de propiedad y uso de la Comunidad Indígena... las aguas que se encuentren en los terrenos de la comunidad". Si estas aguas no se encuentran inscritas, y tal parece ser el caso en que se puso el legislador y siendo los terrenos de propiedad de la comunidad, sería el único caso de nuestra

legislación en que serían las aguas y no los derechos de aprovechamiento sobre ellas de propiedad de particulares. Sin embargo, al calificar el Código Civil en su artículo 595 así como el Código de Aguas en su artículo 5° a las aguas como bienes nacionales de uso público se está frente a una manifiesta contradicción. Ya que las aguas por su carácter están fuera del comercio humano. En otras palabras, los bienes nacionales de uso público no pueden ser objeto de apropiación por particulares.

Solo cabe resolver el problema atendiendo al significado de la expresión considerar que en el Diccionario de la Lengua Española, que en su tercera acepción la define como "juzgar", "estimar". A su vez la palabra estimar se define en su primera interpretación como "apreciar", "poner precio", "evaluar las cosas".

Por ello, entendemos que una posible interpretación de la expresión acotada es que sin ser las referidas aguas de propiedad de las comunidades aimaras y atacameñas por las razones antedichas, se reputan de tal calidad para una efectiva protección del ecosistema que conforman las aguas y tierras indígenas y que como tal, son inseparables, ya que actúan como una unidad funcional.

En este análisis cabe finalmente acotar lo señalado en el artículo 3° transitorio de la ley N° 19.253, que señala la obligación para la Dirección General de Aguas y la CONADI de suscribir un convenio para la protección, constitución y restablecimiento de los derechos de aguas de propiedad ancestral de las comunidades aimaras y atacameñas. Estos derechos no requieren de su inscripción para su existencia. La inscripción solo cumple un rol de certeza jurídica y dicha inscripción puede llevarse a cabo a través de lo dispuesto en el artículo 2° transitorio del Código de Aguas, si se han poseído sin violencia ni clandestinidad y en forma ininterrumpida.

Una pequeña digresión cabe aquí. No hay duda de que a estas comunidades les es aplicable plenamente el artículo 7° del D.L. N° 2.603, que reputa dueño del derecho de aprovechamiento a quien se encuentra usando efectivamente las aguas. Textualmente señala "*Se presumirá dueño de derecho de aprovechamiento a quien lo sea del inmueble que se encuentre utilizando dichos derechos. En caso de no ser aplicable la norma precedente, se presumirá que es titular del derecho de aprovechamiento quien se encuentre actualmente haciendo uso de la aguas*".

A criterio de la Dirección General de Aguas, esta es una presunción simplemente legal y no de derecho, ya que en caso contrario, el legislador así lo habría expresado. Esta presunción solo se refiere al agua, ya que como señala don

Patricio Agurto, solamente tiene por objeto amparar al usuario, sea titular o no, del entorpecimiento en su uso.

Recordemos que el Código de Aguas en el primer inciso del artículo 181, expresa que "El titular de un derecho de aprovechamiento o quien goce de la presunción del artículo 7° del D.L. N° 2.603, de 1979, que estimare estar siendo perjudicado en el aprovechamiento de las aguas, por obras o hechos recientes, podrá ocurrir ante el juez competente a fin de que se le ampare en Su derecho".

De acuerdo a lo anterior, el reconocimiento del derecho de aprovechamiento, se obtiene por medio de una sentencia judicial ejecutoriada, dictada de acuerdo al artículo 2° transitorio del Código de Aguas.

Por esta razón el artículo 1° del D.L. 2.603 que señala que los derechos de aprovechamiento reconocidos o constituidos en conformidad a la ley otorgan a sus titulares la propiedad sobre ellos. Al hablar de derechos reconocidos, se refiere a una sentencia judicial y no a la ley, porque la ley no reconoce derechos sino que los otorga o confiere mediante el procedimiento en ella indicado.

Aunque la ley no define ni caracteriza a estos "derechos ancestrales", de la propia ley pueden deducirse que corresponden solo a los pueblos indígenas que la ley señala (aimaras y atacameños), que deben haber sido usados por las comunidades indígenas (no por individuos determinados) y que dicho uso sea ancestral o sea de acuerdo al Diccionario de la Real Academia, tradicional y de origen remoto, vale decir, usados de una manera determinada y desde antiguos tiempos.

Respecto a la etnia mapuche y rapa nui, estimo que esta forma de regular sus derechos de aguas, no les es aplicable, ya que la ley no se refiere a ellos, pero pueden adquirir sus derechos de aprovechamiento a través del Fondo de Tierras y Aguas Indígenas que administra la CONADI.

Como conclusión, podemos llegar a las mismas que señala doña Patricia Albornoz en su trabajo sobre los derechos de aprovechamiento de aguas indígenas, vale decir, que aunque las comunidades aimaras o atacameñas están sujetas a los mismos principios del Código de Aguas en lo que respecta a la unidad de la corriente (es decir que la hoya hidrográfica está conformada por todos los afluentes, quebradas, esteros, lagos y lagunas que afluyen a ella, en forma continua o discontinua, subterránea o superficial), al respecto de los derechos de terceros, al principio de igualdad ante la ley, hay diferencias en lo que respecta al ejercicio del derecho, ya que lo

ejercen las comunidades y no los individuos (siempre que su uso sea ancestral); en su ámbito de aplicación, más restrictivo ya que los derechos de terceros que reconoce el artículo 64 de la ley indígena deben tener el requisito de estar "inscritos" y en su necesidad de estar ligados a los territorios indígenas, al revés de la legislación general, que separa el dominio de las aguas de las tierras.

EL CONVENIO CONADI-DGA

En lo que respecta al convenio marco para la protección, constitución y restablecimiento de los derechos de agua de propiedad ancestral de las comunidades aimaras y atacameñas suscrito entre la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena y la Dirección General de Aguas, se establecieron en él diversas normas de protección para las señaladas comunidades, así, se acordó que la constitución y protección de los derechos de aguas de propiedad ancestral de las comunidades aimaras y atacameñas se referirá a la regularización y constitución de derechos de aguas, a la identificación y delimitación de las vegas y bofedales y a la aplicación efectiva de las normas de protección establecidas en el Código de Aguas y a otorgar el financiamiento necesario para tales fines.

El hecho de que la Dirección General de Aguas asuma todos los gastos que involucren las medidas que de oficio decreta en los procedimientos de regularización y constitución de derechos de aprovechamiento de aguas a favor de las comunidades aimaras y atacameñas es una indudable facilidad de tipo económico para estas comunidades que normalmente se encuentran en un nivel de mera subsistencia.

Un segundo compromiso asumido por la DGA fue completar los catastros de los recursos hídricos superficiales y subterráneos de la I y II Región y a financiar esos estudios.

Un tercer punto a destacar del convenio es que CONADI y la DGA asumieron la obligación de financiar un estudio destinado a implementar mecanismos de protección de los derechos de aguas de propiedad ancestral de las mencionadas comunidades indígenas.

Merece ser mencionado el compromiso de la CONADI en dicho convenio en orden a financiar un estudio destinado a identificar aquellos derechos de agua de propiedad ancestral de que han sido privadas las comunidades sin su consentimiento, lo anterior con el objeto de implementar mecanismos de compensación, subsidio, compra, u otros legales, que signifiquen efectivamente su restablecimiento.

LOS ARTÍCULOS 58 Y 63 DEL CÓDIGO DE AGUAS

Atendido que el desierto de Atacama es uno de los más secos del mundo, los lugares donde afloran naturalmente las aguas subterráneas del altiplano constituyen el único lugar del desierto donde pueden existir pequeñas comunidades humanas dedicadas al pastoreo de llamas y alpacas, zonas denominadas vegas y bofedales. Pero estas comunidades han sufrido drásticamente el auge de las empresas mineras, ya que los derechos de aprovechamiento de aguas a ellas concedidas, han repercutido y comprometido la supervivencia de numerosas comunidades que han habitado dichos lugares desde tiempos inmemoriales.

Estimo necesario para una mayor claridad en el tema exponer brevemente las características orográficas más relevantes de la zona más septentrional del país. Cuatro son los sectores que claramente determinan la geografía de la región: La costa; la depresión intermedia; la precordillera y el altiplano. Han sido los cursos de aguas que bajan por quebradas profundas y los humedales (vegas y bofedales) los que han permitido la presencia humana en el sector.

La costa es estrecha, dominada por una cordillera que casi cae al mar. La depresión intermedia es casi totalmente desértica, a excepción de aquellas quebradas con afluentes provenientes de la cordillera. Hacia el este, a una altura aproximada de 2.000 metros se inicia la precordillera, que se extiende hacia el oriente hasta una altura de 4.000 metros, presentando numerosos microclimas, con cuencas en las cuales es posible efectuar actividades agrícolas reducidas.

Finalmente, encontramos a una altitud de sobre 4.000 metros el denominado altiplano, con una superficie prácticamente plana, donde afloran las aguas subterráneas, conformando los denominados bofedales en la I Región y vegas en la segunda.

Fue en estos humedales donde en tiempos incaicos se organizó en forma colectiva por las comunidades agrarias indígenas un sistema colectivista de uso de las aguas, denominado ayllu, que con escasas variaciones ha permanecido invariante a los largo del tiempo. Es precisamente esta forma colectiva de uso de las aguas la que aparece más refrendada con las disposiciones del derecho positivo, básicamente centrado en el concepto de la propiedad individual del derecho de aprovechamiento de las aguas. El individuo de las colectividades andinas no poseyó derechos ni deberes sobre las aguas, sino que los derechos y obligaciones correspondían al ayllu, el cual se vinculaba a las aguas en dos formas, una en forma de adoración a las fuentes de agua

y el otro el derecho a fijar su uso. No se concebía que este aprovechamiento de las aguas, se radicase en una persona, ya que su uso era común a toda la comunidad. Era la comunidad toda la que participaba en la construcción de canales, represas y terrazas en los cerros, maximizando los escasos recursos hídricos.

A la fecha aún se mantienen estas prácticas comunitarias de uso de las aguas ya que los usuarios de ellas en cada comunidad acuerdan en común los sectores en que se realizarán los cultivos temporales, especialmente papas y maíz, así como también orégano alfalfa y habas. Restos de la sacralidad de las aguas aún se conservan en las fiestas religiosas o en las ceremonias de petición de lluvias, o para asegurar la fertilidad de los animales.

Todo este sistema de vida corre el serio peligro de perderse, dados los derechos de aprovechamiento otorgados a favor de las sociedades mineras, así como el crecimiento de las ciudades costeras, lo que ha provocado una constante y creciente emigración de las comunidades indígenas de sus lugares tradicionales, al perder un recurso tan básico como el agua.

Ante este progresivo despoblamiento del altiplano se introdujeron reformas a los artículos 58 y 63 del Código de Aguas en el año 1992, relativas a la exploración y explotación de aguas subterráneas respectivamente. Posteriormente la ley indígena en su artículo 3° transitorio reconoció la existencia de los derechos de agua de propiedad ancestral de las comunidades aimaras y atacameñas.

Previamente, cabe señalar que las comunidades indígenas en general no hacen uso de las aguas subterráneas, por lo que no cabe hablar de derechos ancestrales en este caso. Solo indirectamente se hace uso de este recurso en los afloramientos naturales de dichas aguas en los sectores de vegas y bofedales.

Al artículo 58 que trata sobre la exploración de aguas subterráneas se agregó un tercer inciso por la ley N° 19.145, el que señala que *"No se podrán efectuar exploraciones en terrenos públicos y privados de zonas que alimenten áreas de vegas y de los llamados bofedales en las Regiones de Tarapacá y Antofagasta, sino con autorización fundada de la Dirección General de Aguas, la que previamente deberá identificar y delimitar dichas zonas"*.

Por su parte al artículo 63 la misma ley le agregó dos nuevos incisos del siguiente tenor:

"Las zonas que correspondan a acuíferos que alimenten vegas y los llamados bofedales en las Regiones de Tarapacá y Antofagasta, se entenderán prohibidas para mayo-

res extracciones que las autorizadas, así como para nuevas explotaciones, sin necesidad de declaración expresa. La Dirección General de Aguas deberá previamente identificar y delimitar dichas zonas.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, la Dirección General de Aguas podrá alzar la prohibición de explotar, de acuerdo con el procedimiento indicado en el artículo siguiente" (a petición justificada de parte, si así lo aconsejan los resultados de nuevas investigaciones respecto de las características del acuífero).

Son aplicables en la especie además la Resolución DGA N° 186, de 1996, que estableció las normas de exploración y explotación de aguas subterráneas y la Resolución 909, del mismo año que delimita las zonas correspondientes a vegas y bofedales, dado que considera que estas áreas sustentan ecosistemas únicos y frágiles que es necesario preservar.

Respecto de la exploración de aguas subterráneas, se advierte que la autorización debe ser fundada, es decir, con razones técnicas que justifiquen la petición de exploración y la autorización comprende tanto terrenos privados como públicos.

Respecto de la explotación de aguas subterráneas en vegas y bofedales, llama la atención de que bastan nuevos antecedentes o investigaciones para alzar la prohibición de explotación. Dichos antecedentes son normalmente entregados por las empresas mineras, ansiosas del recurso. Sobre esta materia cabe tener presente las apreciaciones efectuadas por don Manuel Cuadra (en su trabajo sobre La Protección de Zonas de Vegas y Bofedales del Norte de Chile: Una perspectiva Indígena) "*la circunstancia que las limitaciones para explorar y explotar se apliquen únicamente en las áreas acuíferas que hayan sido previamente identificadas y delimitadas por la Dirección General de Aguas, ha restringido ostensiblemente la aplicación de estas normas*". Señala a continuación que las superficies de las áreas delimitadas en la resolución DGA N° 909 de 1996 son muy reducidas y normalmente en sectores: muy próximos a la vega o el bofedal, por lo que escasas consecuencias prácticas han tenido estas limitaciones. Luego agrega que "*Como consecuencia se han otorgado permisos de exploración y derechos de aprovechamiento, especialmente a empresas mineras, en sectores muy próximos de las áreas delimitadas por aquel servicio, aún siendo evidente que se trata de la misma zona acuífera*". Hace presente que "*Según cifras entregadas por la propia Dirección de Aguas, la superficie de las áreas delimitadas abarcan el 0,57% de la I*

Región y el 2,22% de la II. Concluye su análisis en este punto indicando que en los hechos, casi todas las resoluciones de la DGA son fundadas, de tal manera que esta limitación no constituye una verdadera restricción.

Urge en consecuencia una modificación legal que haga efectiva una real protección a estos ecosistemas de gran fragilidad y dependientes para su supervivencia del agua que reciben, estableciéndose la prohibición de exploración y explotación en tales áreas.

Atendido que estas autorizaciones no se ajustan a los preceptos legales indicados en la Convención de Ramsar, y a que las áreas de vegas y bofedales son humedales, a continuación se señalan brevemente algunos de los principios y resoluciones señalados en dicha convención.

LA CONVENCIÓN RAMSAR

La Convención sobre Humedales celebrada en la ciudad de Ramsar, Irán, en el año 1971, fue reconocida como Ley de la República en septiembre de 1980 y promulgada como tal a través del D.S. N° 771 de 1981, del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Los humedales han sido definidos por la Convención como "*extensiones de marismas, pantanos, turberas y aguas de régimen natural o superficial, permanentes o temporales, estancadas o corrientes, dulces, salobres o saladas, incluyendo las extensiones de agua marina cuya profundidad en marea baja no exceda los 6 metros*".

Según R. Schlatter, en lo que dice relación con el estado de conservación de los humedales de Chile, la zona desértica de altura es considerada como crítica. Atendido que los humedales constituyen un recurso de gran valor económico, cultural, científico y recreativo, su pérdida sería irreparable si no se toman las medidas necesarias para proteger estos entornos, que cumplen funciones ecológicas fundamentales, como reguladores de los regímenes hidrológicos y como hábitat de una biodiversidad escasa o vulnerable, a la que sirve de refugio y que permite su reproducción, así como a las poblaciones indígenas que en ellas habitan.

Estos sitios corresponden principalmente a 1) humedales de la puna, agrupados en sistemas altoandinos de salares lacustres y fluviales y vegas y bofedales y 2) humedales desérticos y costeros, tanto artificiales como embalses y tranques como los afluentes de los valles transversales, zonas de camanchaca, estuarios y costa marina.

Cabe señalar que de acuerdo a la Dirección General de Aguas, para las regiones de Tarapacá y Antofagasta se cuenta con un listado que supe-

ra las 300 vegas y bofedales, delimitándose para cada uno de ellos los acuíferos que los alimentan mediante la resolución 909 de 1996. A su vez, como resultado del convenio entre la Universidad de Chile y la D.G.A., de 1993, se detectaron 426 formaciones vegetacionales de tales características.

Cabe aquí recordar que en la zona norte solo cinco humedales han ingresado al Listado de sitios Ramsar (el salar de Surire en la Región de Tarapacá, el salar de Huasco, salar de Tara y el Sistema Hidrológico de Soncor en la Región de Antofagasta y el complejo lacustre Laguna Negro Francisco y laguna Santa Rosa este último en la Región de Atacama).

Los humedales se rigen por la Convención Ramsar, cuya misión es la conservación y el uso racional de los humedales, a través de la acción nacional y mediante la cooperación internacional, a fin de contribuir al logro de un desarrollo sostenible en todo el mundo. La Convención ha tomado diversas resoluciones entre las cuales interesa a nuestro tema el anexo de la resolución VII.8 en su séptima reunión en la ciudad de San José, Costa Rica, de mayo de 1999, la que señaló los lineamientos para establecer y fortalecer la participación de las comunidades locales y de los pueblos indígenas en el manejo de los humedales. Como antecedente, según se señala más adelante, cabe tener presente que en el año 1996 en la Convención Ramsar celebrada en Brisbane, Australia, se pidió a las partes contratantes *“que hagan esfuerzos especiales para alentar la participación activa e informada de las comunidades locales e indígenas en sitios incluidos en la Lista de Ramsar y otros humedales y sus cuencas de captación, así como su intervención directa en la gestión de los humedales a través de los mecanismos apropiados”*. Se encargó a la Secretaría de la Convención y a otros organismos entre ellos la UICN (Unión Mundial para la Naturaleza) la elaboración de los lineamientos para ayudar a las partes contratantes en sus esfuerzos.

Los lineamientos establecieron en primer lugar que debía involucrarse a las comunidades locales y pueblos indígenas en el manejo de los humedales de manera que se fomenten los objetivos de un uso racional de los mismos. Cabe recordar que en 1987 Ramsar definió el uso racional como *“su uso sostenible para beneficio de la humanidad de manera compatible con el mantenimiento de las propiedades naturales del ecosistema”*. Dicha participación indígena debería efectuarse a través de una asociación para el manejo del humedal en los siguientes casos:

A) Cuando el compromiso activo y la colaboración de los interesados son esenciales para el

manejo del humedal, por ejemplo, si el humedal está habitado o es de propiedad privada.

B) Cuando el acceso a los recursos naturales en el humedal es esencial para la subsistencia, la seguridad y el patrimonio cultural local.

C) Cuando las comunidades locales y los pueblos indígenas expresan un fuerte interés en participar en el manejo.

La resolución señala que la justificación de la participación indígena es aún más sólida cuando han gozado de derechos consuetudinarios sobre el humedal, cuando se ven afectados por la gestión del humedal, cuando el régimen de manejo existente no ha permitido un uso racional, cuando los interesados directos están dispuestos a colaborar y cuando existe tiempo suficiente para realizar negociaciones entre los interesados directos con antelación a las decisiones sobre el manejo del humedal.

La Resolución de San José señaló también que la participación de las poblaciones indígenas en el manejo de los humedales es útil por dos motivos principales. El primero es que sin ella la sostenibilidad a largo plazo de muchos ecosistemas de humedales correría peligro. La segunda es que las poblaciones indígenas se benefician del uso sostenible de los recursos de los humedales para sustento, recreación y por razones culturales y espirituales. Si se involucra a los pueblos indígenas en la identificación de los problemas, la toma de decisiones de cómo resolverlos, la ejecución de planes de manejo y el monitoreo de las medidas convenidas para enfrentar los problemas es posible incrementar la sostenibilidad de las actividades de manejo. Esta participación local ya había sido considerada en la Conferencia de las Partes Contratantes celebrada en Montreal, Canadá, en 1990, dentro de los lineamientos para la aplicación del uso racional, mediante el establecimiento de planes de manejo que involucren a la población local. En 1993, siguiendo esta línea de pensamiento, el grupo de trabajo recomendó que las partes contratantes *“podrían establecer procedimientos para garantizar que las poblaciones locales participen en el proceso de toma de decisiones relativas al uso del humedal, y dar a estas poblaciones un conocimiento suficiente sobre las actividades planificadas como para que su participación en ese proceso de toma de decisiones resulte significativa”*.

Con estos precedentes en la Recomendación de la Convención en 1996, en su recomendación 6.3 se pidió a las partes *“que hagan esfuerzos especiales para alentar la participación activa e informada de las comunidades locales e indígenas en sitios incluidos en la Lista de Ramsar y*

otros humedales y cuencas de captación, así como su intervención directa en la gestión de los humedales a través de los mecanismos apropiados". Asimismo, pidió además a las partes contratantes "que reconozcan el valor de los conocimientos y aptitudes de las comunidades locales e indígenas en lo que respecta a la gestión de los humedales y que hagan esfuerzos especiales para alentar y facilitar desde un principio su participación en la elaboración de políticas y programas de humedales".

En 1999, la Conferencia de San José de Costa Rica instó a las partes a que "creen, cuando procede, el marco jurídico apropiado para facilitar la participación directa de las comunidades locales y pueblos indígenas, en el proceso de adopción de decisiones en los planos local y nacional para el uso sostenible de los humedales, incluido el suministro de los recursos necesarios"

Cabe preguntarse hasta qué punto nuestro país ha dado cumplimiento a las recomendaciones que a lo largo del tiempo han emitido las conferencias de Ramsar destinadas a poner en práctica los fines de la Convención. Es sabido que en nuestro país la normativa internacional que ha pasado a formar parte de nuestra legislación tiene muy escasa aplicación práctica, especialmente en el campo de la protección de las riquezas naturales, ya que no existen los organismos encargados de su aplicación, control, fiscalización y cumplimiento ni hay un mayor interés por parte del Estado en su creación. Específicamente, para el caso de los humedales no tenemos en nuestro país un organismo al que por ley se le haya dado la misión de dar cumplimiento a los acuerdos de la Convención Ramsar. Por ello, las recomendaciones que dicho organismo señala o las obligaciones derivadas de la misma Convención no tienen aplicación real en Chile.

Pero esta carencia de un marco legal adecuado que garantice la protección, conservación y uso racional de los humedales, no es la única falencia. Carecemos de una Política Nacional sobre los humedales, lo que deriva en una escasa aplicación de las directrices elaboradas por la Convención Ramsar sobre el uso racional, o sea sustentable, de estas áreas.

Cabe citar a guisa de ejemplo que la ley N° 18.450, de 1985, que fija las normas para el fomento de la inversión privada en obras de riego y drenaje, así como su reglamento, se preocupan en parte alguna del impacto que tales obras puedan causar sobre los componentes físicos, biológicos y antropológicos de los humedales.

Por otra parte, hay carencia de una adecuada información de los organismos del Estado, y por qué no decirlo, igualmente de los privados, acerca del concepto de humedal y de su uso racional

sancionado por la Convención Ramsar. Además, hay una falta de integración de este concepto de uso racional de los humedales dentro de la planificación y la adopción de decisiones sobre el uso del suelo, cuencas, acuíferos en general y zonas costeras.

Los humedales son fuente de recursos plurifuncionales, que no solo conllevan una actividad económica para sus pobladores (siembra, plantas medicinales, ganadería, leña) o para la flora y fauna, sino que además importan un valor ecológico difícil de valorar económicamente. Estos recursos biológicos y ecológicos no son comercializables, lo que lleva a una subvaloración de los mismos en el mercado.

Como una consecuencia de ello, y derivado del hecho de los numerosos derechos de aprovechamiento de aguas por parte de las empresas mineras, que le han sido concedidos por la Dirección General de Aguas sin tomar en cuenta los principios antes señalados, y atendido que los intereses particulares de estas sociedades mineras se contraponen al uso racional de las vegas y humedales, se ha producido un progresivo despoblamiento de la poblaciones altoandinas aimaras y atacameñas, por la pérdida de las aguas que ocupaban.

Ello a su vez ha provocado un progresivo desecamiento de numerosas vegas y bofedales, por las aducciones de aguas que las afectan, como ha sido el caso en Inacaliri, Colana, como ocurrió a partir de 1962, con la construcción del canal Lauca, que produjo inevitablemente una redistribución de la población andina desvinculándola de sus recursos tradicionales o como está sucediendo con la vega de Turi, todos ellos lugares donde las comunidades indígenas han perdido formas ancestrales de adaptación a ese difícil medio, viéndose obligadas a emigrar a ciudades como Calama, Antofagasta o Arica, donde su obligado proceso de adaptación a un entorno absolutamente ajeno a sus formas de vida necesariamente ha de repercutir de una forma muy negativa en su cosmovisión andina y en la mantención de su cultura y tradiciones.

Sin perjuicio de lo expuesto, tanto la Dirección General de Aguas como la Corporación Nacional Forestal han suscrito convenios con la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI), en el año 1997 y 2000 respectivamente, dándose así cumplimiento en el caso del primero de los convenios mencionados a lo dispuesto en el artículo 3° transitorio de la Ley Indígena, convenio ya visto sumariamente y en el segundo caso, con el fin de asegurar la integridad territorial y la protección de los recursos naturales de las áreas silvestres protegidas entregadas a la tuición y administración de CONAF.

Respecto a este convenio, que acuerda generar un marco de relaciones entre las comunidades indígenas y CONAF, a fin de prevenir eventuales conflictos, un fomento al repoblamiento de la flora medicinal indígena, el fomento forestal en los terrenos indígenas comprados por CONADI, también interesa destacar de dicho convenio el apoyo a la generación de una política entre las empresas forestales y las comunidades indígenas considerando, entre otros factores, el uso y disponibilidad de los recursos hídricos de parte de las familias indígenas cercanas a predios forestales.

CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LA LUCHA CONTRA LA DESERTIFICACIÓN Y LA SEQUÍA

Esta Convención tiene su origen en el llamado efectuado por la Naciones Unidas en la Conferencia sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992. Su texto se concluyó en 1995 y Chile adhirió a ella a través del D.S. N° 2.605, del Ministerio de Relaciones Exteriores de 1997, publicado en el Diario oficial en febrero de 1998.

Su estrategia de acción se basa en los programas que cada país efectúe, tanto a nivel nacional como regional o local, para combatir la degradación de las tierras secas, que incluyen los ambientes desérticos, áridos, semiáridos y subhúmedos secos.

Esta convención se preocupa especialmente de prevenir las consecuencias de la desertificación, tales como las migraciones humanas, la extinción de la flora y la fauna, los cambios climáticos y la necesidad de brindar apoyo a las poblaciones que sufren los efectos de la desertificación.

Chile se comprometió al firmar la Convención, a luchar contra la desertificación implementando las políticas y acciones participativas de las comunidades locales afectadas. Cabe recordar que si bien es cierto que existe el Programa de Acción Nacional contra la Desertificación, dicho programa no ha evitado la progresiva pérdida de los humedales representados por las vegas y bofedales.

ALGUNAS REFLEXIONES FINALES

De lo expuesto pueden extraerse algunas reflexiones, como las que se exponen a continuación:

La legislación no ha sido la más adecuada para generar una protección verdadera a las vegas y bofedales. Mientras ella no se efectúe, continuará el despoblamiento altiplánico en la I y II Región. Urge una legislación que se preocupe de compatibilizar intereses mineros y el crecimiento de las ciudades costeras con los modos de vida tradicionales del altiplano cuyo uso del agua es el núcleo de su organización económica, social y cultural. En tal sentido corresponde un importante rol a la Dirección General de Aguas en el sentido de fijar las áreas acuíferas extendiéndolas a las zonas de acuíferos que alimentan vegas y bofedales y no solamente a estos. De lo contrario uno de los principios básicos del Código de Aguas, como es el de la unidad de la corriente, no se estaría cumpliendo.

El otorgamiento de los derechos de aprovechamiento de aguas, o la venta de dichos derechos, como bien ha señalado Hendricks en 1998, hacia sectores ajenos a los sistemas de riego manejados por las comunidades indígenas, pone en peligro la subsistencia de dichos sistemas y por ende en la sobrevivencia de sus poblados. Además, desincentiva el interés por invertir en tales sistemas de riego por el peligro latente de que en cualquier momento su caudal pueda verse disminuido drásticamente.

Es indispensable que el Ministerio de Bienes Nacionales sanee el dominio de las tierras pertenecientes a los indígenas o a las comunidades indígenas aimaras y atacameñas. Al pasar a ser titulares de sus derechos de dominio sobre pastizales, bofedales, vegas, terrenos de cultivo, vale decir sobre territorios indígenas, recién puede aplicarse sin discusión lo dispuesto en el artículo 64 de la ley indígena.

Una última consideración. El concepto de uso sustentable de los acuíferos está ausente del Código de Aguas. Quizás en 1981 ese concepto no interesaba al legislador. Hoy, 20 años después, con otro régimen político, con una ley marco del medio ambiente y con una visión social más madura ambientalmente, quizás ha llegado el momento de introducir este concepto para evitar el agotamiento de los acuíferos y permitir su mantención a través del tiempo, asegurando la permanencia de pueblos milenarios, que con la actual legislación, paulatinamente se van deslizando hacia el fondo de la historia como cultura.