

LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS INDÍGENAS*

EL CASO DE LAS ETNIAS AYMARÁ, ATACAMEÑA Y MAPUCHE.

PATRICIA ALBORNOZ GUZMÁN

Egresada de Derecho. Pontificia Universidad Católica de Chile

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. Manejo de las aguas por los indígenas. A/ Costumbres indígenas respecto de las aguas. 1.- El caso mapuche. 2.- La situación aymará y atacameña. B/ Contraposiciones del manejo del recurso. 1.- La consideración del agua separada de la tierra y del ecosistema. 2.- Desarticulación comunitaria. PRIMERA PARTE: Existencia de los derechos de aprovechamiento de aguas indígenas. A/ Normativa aplicable a la utilización de aguas indígenas. 1.- Regulación de los derechos de aprovechamiento de aguas indígenas. a) Legislación general aplicable. b) Ley Indígena. 2.- Estatuto particular de las comunidades aymará y atacameñas. a) La Ley Indígena. b) Código de Aguas. c) Característica de ancestralidad de estos derechos. B/ Constitución y regularización de los derechos de aprovechamiento de aguas indígenas. 1.- Distinción de ambos procedimientos. 2.- Facilidades planteadas para la realización de los procedimientos por las comunidades aymará y atacameñas. SEGUNDA PARTE: Caracterización de los derechos de aprovechamiento de aguas indígenas. A/ Características de dichos derechos. 1.- Particularidades de los derechos de aprovechamiento de aguas. 2.- Determinación de un derecho de aprovechamiento de aguas indígenas. 3.- Análisis comparativo de las características de los derechos de aprovechamiento de aguas en general y los indígenas. B/ Contenido de los derechos de aprovechamiento de aguas indígenas y su relación con las reglas generales del Código de Aguas. 1.- Síntesis del contenido de los mismos. 2.- Limitaciones a las que están afectos los derechos de aprovechamiento de aguas indígenas. COMENTARIO FINAL. Existencia de un régimen legal alternativo respecto de las comunidades aymará y atacameñas.

RESUMEN

En la actualidad, el Derecho Consuetudinario y el manejo de los recursos naturales son dos temas de discusión y conflicto que inciden en el proceso de modernización y desarrollo que nuestro país está llevando a cabo. Ambos aspectos convergen en una situación concreta como es la relación de las distintas etnias que habitan nuestro territorio con el agua, las cuales se fundamentan en las costumbres que practican, y cuya utilización se encuentra regulada en el actual Código del ramo.

Considerando la diversa situación de las etnias en Chile (geográfica, histórica, etc.), se presenta el caso aymará, atacameño y mapuche, con objeto de comparar la regulación de aguas que les afecta. Además, se pretende en este estudio caracterizar los "derechos de aprovechamiento de aguas indígenas" presentando un paralelo con el sistema general, con objeto de visualizar sus particularidades.

INTRODUCCIÓN: EL MANEJO DE LAS AGUAS INDÍGENAS

En este capítulo trataremos el manejo del recurso hídrico, primero presentando las costumbres que tienen las diferentes etnias respecto del manejo de las aguas (A), y posteriormente haciendo explícitas las contraposiciones que se presentan frente al sistema vigente de aguas en nuestro país (B).

* El presente trabajo corresponde a una parte de la tesis de grado de la autora intitulada "Derecho Indígena y Derecho de Aguas". En esta presentación se plantean principalmente las conclusiones de dicho estudio, que buscan caracterizar estos derechos de aprovechamiento.

A/ COSTUMBRES INDÍGENAS RESPECTO DE LAS AGUAS

1.- *El caso mapuche*

La cosmovisión¹ de los mapuches se relaciona con las divinidades, los antepasados, la naturaleza y los espíritus, por lo que tienen un respeto casi sagrado por el medio ambiente. No pueden desprenderse de la tierra, porque para ellos lo es todo; nacen de ella, transitan un tiempo sobre ella y luego vuelven a la misma.

No consideran el agua con una mayor particularidad, ya que como consecuencia del mismo hábitat en que se desenvuelven, el agua no había sido un recurso escaso, y por esto, sus costumbres y organización se encuentran centradas en la tierra, donde subsisten mecanismos tradicionales para repartirse el recurso a través de la mediería y herencia².

En todo caso, se considera que la tierra y el territorio son elementos básicos de la cosmovisión mapuche, y se representan con una visión integral, incluyendo el aire, el agua, el suelo y subsuelo.

En la actualidad, hace algunos años han existido problemas de sequía que han influido v.gr. en la maduración del trigo y, por tanto, en el resultado de sus cosechas, por lo que las aguas han comenzado a ser una preocupación para los mapuches. De igual forma, se les ha hecho patente la escasez de este recurso, cuando han tratado de inscribir derechos de aguas y no han podido hacerlo por no existir disponibilidad del recurso.

Frente a estos hechos se han promovido proyectos de riego, pero han encontrado dificultades al tratar de introducir a los mapuches al trabajo con técnicas agrícolas. Además, por la geografía, se hace difícil la construcción de canales y por ello se ha mantenido un riego mecánico, con lo que tampoco existe un mayor desarrollo en este aspecto.

De todas formas, el problema claramente es el “control” del agua para implementar estos sistemas. Así, pese a no organizarse en torno al recurso hídrico, ellos consideran el territorio en que habitan en su integridad incluyendo este indispensable recurso.

2.- *La situación aymará y atacameña*

Respecto a los recursos naturales y en especial el agua, ésta ha sido y sigue siendo fundamental para los aymarás, atacameños, y el mundo andino en general. Es básica para su economía, pues el riego constituye una práctica antiquísima, en torno a la cual han desarrollado un sistema de ingeniería hidráulica para utilizar de mejor manera el recurso, situación que proviene de la concepción y trabajo que los incas promovieron a este respecto.

El control del agua, su manejo y redistribución, caracterizan la composición del poder, y son la base que estructura la organización política andina³, y es así como los derechos de agua de cada miembro de la comunidad son determinados socialmente.

Vemos claramente que cada ayllu o unidad básica se encuentra relacionada directamente con una fuente de agua, la que se comprende como parte de un todo ecológico, en cuya organización se contempla la cuenca completa. Ellos consideran todos los elementos existentes en el territorio, y se organizan en torno a éstos y las variables que puedan afectarles.

Estas etnias han mantenido consuetudinariamente la distribución del recurso hídrico. El turno de las aguas se presenta como una síntesis de tres tradiciones: andina, hispánica y moderna, que han determinado las diferentes situaciones y modalidades de reparto de agua que existen en las comunidades andinas, ya que cada una de ellas tiene sus propias particularidades.

La antropóloga Milka Castro caracteriza al mundo andino como una “cultura hídrica”, ya que los diferentes procesos que se producen en torno al agua, como la captación del recurso, su conducción por grandes canales, su distribución y aplicación, se relacionan en un plano organizacional, como se ha descrito precedentemente: en un plano técnico-material a través de

¹ PRATT, Henry. “*Diccionario de sociología*”, Fondo de Cultura Económica, México- Buenos Aires, 1949. Por cosmovisión, podemos entender la “concepción del mundo”.

² MARDONES (1997), pp. 121-122.

³ HERRERA (1997), p. 580.

diversas técnicas de riego; y también en el plano ideacional, que comprende los conocimientos que tienen de las aguas, las creencias, valores y normas en torno a ellas⁴. La conformación de estos tres planos que caracterizan a una cultura le dan en el caso andino la connotación de hídrica.

Por otra parte, no debemos considerar el agua en su aspecto económico sólo referida al sistema agrícola, sino también como responsable del abastecimiento de las vegas y bofedales que sirven al pastoreo. Así, se relaciona íntimamente el uso de las aguas superficiales y las subterráneas, las cuales son consideradas en su conjunto por los indígenas.

B/ CONTRAPOSICIONES EN EL MANEJO DEL RECURSO

De acuerdo a lo señalado, se coligen varias diferencias con el planteamiento de la actual regulación de aguas, que nos clarifican el valor que se le da al derecho consuetudinario en nuestro sistema. Las presentaremos en dos grandes tópicos:

1.- *La consideración del agua separada de la tierra y del ecosistema*

Para la concepción de los indígenas, todo terreno tiene derecho a agua. De acuerdo a la legislación actual, los derechos de aguas se consideran independientemente del uso que ellos realizan de las tierras, el que puede ser modificado posteriormente y trasladado del lugar donde inicialmente se estaba ejerciendo.

El proyecto de la CEPI⁵ para la ley indígena ocupaba el término "territorio", el cual consideraba al ecosistema en su totalidad, planteando una visión integrada de las situaciones que mutuamente se afectan⁶.

Así, v.gr., el gran aumento de las peticiones de derechos de aprovechamiento por las mineras en el norte del país ha influido seriamente en el abandono de los espacios de las zonas altas, por la pérdida de los derechos de agua que usaban y que ahora son casi inexistentes. Este hecho además repercute en el menor volumen de agua en las partes bajas destinadas a la conservación de vegas, bofedales y cultivos en terrazas en la precordillera, que alteran todo el medio, y que conllevan como situación particular el desecamiento de algunos sectores de vegas.

Este hecho se ha dado, y es clara la situación ocurrida en Inacaliri, en la cuenca del río Loa, donde además del abandono de la actividad ganadera, quienes ejercían esta actividad debieron dejar la vega seca e ir a vivir a Toconce o Calama. De igual manera sucedió con el caso de Colana, donde se perdieron las formas de vida ancestrales de adaptación que mantenían en ese difícil medio de altura.

Pero estos sucesos no sólo ocurrieron en el pasado sino que se vuelven a repetir en la actualidad, como estaría sucediendo ahora con la vega de Turi. Según explica Carlos Aldunate del Solar⁷, esta vega ya ha reducido su extensión por las aducciones realizadas, y aunque como ecosistema es utilizado por los pastores de Ayquina y Toconce alimentando a más de 2.000 cabezas de ganado;

⁴ CASTRO (1992), pp. 30-37.

⁵ El 27 de mayo de 1990 se dictó el D.S. 30, que crea la Comisión Especial de Pueblos Indígenas (CEPI), con objeto de que coordine las políticas del Estado en el tema indígena, y elabore un proyecto de ley para presentar al Congreso.

⁶ "La nueva legislación incorpora el concepto de territorio, siguiendo con esto las modernas legislaciones internacionales. Se considera que los pueblos indígenas requieren para su desarrollo de un espacio ecológico, de un medioambiente adecuado, que es necesario cautelar. El territorio es entendido como un espacio de creación, desarrollo y vida de los pueblos indígenas que exceden muchas veces las propias tierras que ellos mantienen en propiedad. Son parte del territorio: las aguas, el aire, los lagos, las riberas del mar, el suelo, el subsuelo, la flora y la fauna. Los territorios de desarrollo indígena que se establecen en esta ley son espacios donde existe propiedad indígena y propiedad no indígena, y donde se aplican planes y programas de desarrollo que tienen en cuenta las particularidades de las culturas y pueblos indígenas." Extracto de la introducción del borrador de discusión de la nueva ley indígena elaborado por la CEPI.

⁷ ALDUNATE (1985), p. 138.

ahora se habría concedido a CODELCO Chile el derecho de extraer las aguas de la fuente que la alimenta... y ¿qué sucederá con todo el medio que se desenvuelve en torno a ésta? Es claro que le afecten las mismas consecuencias señaladas en los acontecimientos anteriores, además de todas las modificaciones que se produzcan en el ecosistema.

Estos son casos en que se ven agotadas las fuentes de aguas por el otorgamiento desmedido de derechos de aprovechamiento sobre ellas. También se producen dificultades con otras regulaciones que influyen en la situación de las aguas utilizadas por los indígenas como v.gr. la repercusión de políticas de conservación de fauna nativa, en los mismos espacios que ellos utilizan consuetudinariamente para el pastoreo.

2.- *Desarticulación comunitaria*

Este hecho es directamente atinente a los aymarás y atacameños, por organizarse en torno a este recurso. El Código de Aguas señala la constitución de comunidades de aguas para hacer uso de ellas, señalando que la conforman los usuarios del canal:

Art. 187. "Las comunidades podrán organizarse por escritura pública suscrita por todos sus titulares que se conducen por una obra común".

En la práctica, en una comunidad indígena hay generalmente más de un canal, con lo que la existencia de una organización comunal con varias comunidades de aguas destruye el patrón de organización, estructura, poder y gestión del recurso. Esta es una clara consecuencia del punto anterior, ya que la comunidad indígena considera como parte de ella las tierras y las aguas que las irrigan como una unidad territorial.

Al mantener una inscripción individual, se establece un derecho determinado sobre un caudal común, que puede transarse en el mercado y que, por lo tanto, permite que particulares ajenos a sus terrenos obtengan derechos de aprovechamiento sobre aguas que históricamente ellos han ocupado.

Jaap Lemereis⁸ señala a este respecto que el resguardo que se pretende de las aguas parece más dependiente de la cohesión social de la comunidad en cuestión que un problema de perfeccionamiento de la ley. Frente a esto, podemos argüir que la ley no puede venir a desarticular formalmente una organización, como es la comunidad indígena, por esta vía.

En todo caso, en la actualidad se encuentra la posibilidad de inscribir como comunidad los derechos de aprovechamiento de las aguas según se verá –con respecto de los aymarás y atacameños–, pero las dificultades primeramente planteadas se mantienen. Se agrega la situación puntual de los votos que se presentan dentro de la comunidad, ya que para los aymarás y atacameños es fundamental establecer un voto por regante y no en razón de las acciones que se tengan (las que se establecen en proporción al volumen de aguas que manejan dentro de la organización de usuarios), por lo que estas asociaciones claramente no los representan.

PRIMERA PARTE: EXISTENCIA DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS INDÍGENAS

Respecto de las tierras indígenas, la Ley 19.253 en su artículo 12 define cuáles son. Pero... ¿podemos hablar de "aguas indígenas"?... ¿son distintos estos "derechos" a lo preceptuado en la legislación nacional?

Para poder resolver estas interrogantes, primero se planteará la legislación aplicable en la materia viendo si ésta permite el uso consuetudinario de las aguas (A), y se analizarán las particularidades de los procedimientos de regularización y constitución de los derechos de aprovechamiento de aguas indígenas (B).

⁸ LEMEREIS (1986), p. 21.

A/ NORMATIVA APLICABLE A LA UTILIZACIÓN DE AGUAS INDÍGENAS

1.- *Regulación de los derechos de aprovechamiento de aguas indígenas.*a) *Legislación general aplicable.*

Dentro de la actual legislación de aguas, existen derechos consuetudinarios, que son reconocidos constitucionalmente⁹. Dentro de éstos podemos situar los derechos de aguas ejercidos por los indígenas, que pueden solicitar su regularización si cumplen los requisitos del artículo segundo transitorio del Código del ramo, es decir, si se han utilizado durante un lapso de tiempo determinado, sin violencia ni clandestinidad.

Además, se puede, por ende, recurrir a la presunción del artículo 7° del D.L. 2.603 de 1979, que relaciona el recurso hídrico con el inmueble donde se utiliza.

b) *Ley Indígena*

La actual Ley Indígena N° 19.253 se refiere en algunas normas determinadas al tema de las aguas de manera general respecto de los indígenas, al establecer en el párrafo 2°, título II, el fondo para tierras y aguas indígenas.

El art. 20 letra c) señala que uno de los objetivos de este fondo es:

“Financiar la constitución, regularización o compra de derechos de aguas o financiar obras destinadas a obtener este recurso”.

Los derechos de aprovechamiento adquiridos con este Fondo para beneficio de tierras indígenas tienen una limitación en su disposición ya que no podrán ser enajenados durante 25 años desde el día de su inscripción, salvo que sean adquiridos por comunidades o personas de la misma etnia, o que se cuente con autorización de la CONADI, o que se reintegre el valor del subsidio actualizado (art. 22).

El reglamento sobre el Fondo de Tierras y Aguas Indígenas, Decreto N° 395 de 1994¹⁰, articula el modo de operación de éste. Se determinan las formas de asignación de financiamiento a través de subsidios (art. 8°).

2.- *Estatuto particular de las comunidades aymará y atacameñas*

Además de las normas generales para los derechos de aprovechamiento de aguas indígenas, para el caso de los aymará y atacameños se les agrega el carácter de “ancestrales”, de acuerdo a lo preceptuado por la Ley Indígena. Así, estos derechos contemplan esta característica específica, y tienen un estatuto particular al respecto.

a) *Ley Indígena.*

–El art. 64 de esta Ley, que se encuentra inserto en las disposiciones particulares complementarias para los aymará, atacameños y demás comunidades indígenas del norte del país, señala que:

“Se deberá proteger especialmente las aguas de las comunidades aymará y atacameñas. Serán considerados bienes de propiedad y uso de la Comunidad Indígena establecida por esta ley, las aguas que se encuentren en los terrenos de la comunidad, tales como los ríos, canales, acequias y vertientes, sin perjuicio de los derechos de terceros hayan inscrito de conformidad al Código General de Aguas.

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 sin garantizar, en forma previa, el normal abastecimiento de agua a las comunidades afectadas.”

⁹ Se encuentran reconocidos constitucionalmente en el art. 19 N° 24 inciso final. Se establece que existirá derecho de propiedad sobre los derechos reconocidos o constituidos que tengan los particulares sobre las aguas. Así, nuestra Carta Fundamental al establecer el estatuto que rige los derechos de aprovechamiento de aguas, se refiere a los derechos constituidos; es decir, a aquellos en que ha intervenido para su existencia un acto de autoridad, y también los derechos cuya existencia se encuentra reconocida por la ley. Entre ellos se considerarían los usos mínimos que se realizan de las aguas, algunos derechos antiguos y los derechos consuetudinarios.

¹⁰ Decreto N° 395, publicado en Diario Oficial el 17 de mayo de 1994, N° 34.867.

Se establece a la comunidad indígena como sujeto capaz de obtener derechos de aprovechamiento de aguas, con lo que podría accederse al recurso en forma individual o comunitaria, como tradicionalmente se utiliza.

Cualquiera nueva petición de derechos para ser aceptada debe garantizar previamente el normal abastecimiento de aguas para las comunidades indígenas que se encuentran en el sector afectado (situación que corresponde a una especificación de los principios generales del Código de Aguas).

– Para dar cumplimiento a dicho artículo, y precisamente a la obligación de garantizar y proteger la situación de los indígenas, el artículo 3° transitorio establece que:

“La CONADI y la DGA establecerán un convenio para la protección, constitución y restablecimiento de los derechos de aguas de propiedad ancestral de las comunidades aymarás y atacameñas de conformidad con art. 64 de la ley”.

Este convenio marco fue suscrito el 30 de mayo de 1997, y contempla en su segundo punto que *“la constitución y protección de los derechos de agua de propiedad ancestral de las comunidades aymarás y atacameñas, estará referida a la regularización y constitución de derechos de aguas, a la identificación y delimitación de las áreas de vegas y bofedales, y a la aplicación efectiva de las normas complementarias de protección establecidas en el Código de Aguas”*.

Se establecen acuerdos de confección de catastros de los derechos que poseen comunidades indígenas en la I y II región, y a escala general también, considerando las aguas superficiales y subterráneas, un catastro de las vegas y bofedales, etc.

Éstas son algunas de las medidas que buscan hacer efectiva esta protección, que –en general– se plantea con el fin de conocer los derechos de aguas que se encuentran constituidos en estas regiones, apreciar cómo éstos afectan a los indígenas y cómo podrían también hacerlo nuevas peticiones que se soliciten.

Un punto importante de este convenio es que existe un compromiso por identificar los derechos de agua de propiedad ancestral de que han sido privadas las comunidades sin su consentimiento para implementar v.gr. mecanismos de compensación, para restablecerlos.

b) Código de Aguas.

También hay que tener presente que no siendo una normativa especial, son aplicables directamente a ellos las modificaciones establecidas en el Código de Aguas por la Ley N° 19.145 de 1992 en los artículos 58 y 63, en razón de prohibir exploraciones y nuevas explotaciones de aguas en terrenos públicos o privados de zonas que correspondan a acuíferos que alimenten áreas de vegas y bofedales en las regiones de Tarapacá y Antofagasta. Situación claramente determinante en el pastoreo andino. En la actualidad existe un catastro con la identificación de estos humedales, y corresponde a una forma de protección de sus aguas subterráneas.

Estos artículos son importantes porque tienen una aplicación regional, para una zona donde se produce este abuso en la utilización del recurso. Así, esta modificación al Código de Aguas tiene un carácter ambiental, pues busca evitar la desaparición del tipo de flora adaptada a este clima tan árido, y también tiene una importancia geopolítica, ya que estos humedales, como señalamos anteriormente, son ocupados por los pastores aymarás y atacameños para desarrollar su actividad económica, que de no mantenerse, los hace emigrar a las ciudades.

c) Característica de ancestralidad de estos derechos.

El artículo tercero transitorio de la actual Ley Indígena habla de los derechos de agua de propiedad ancestral que tienen los aymarás y atacameños, siendo el único artículo que se refiere explícitamente a este término.

No es definido por la misma ley, pero por ancestral, podemos entender de acuerdo a lo indicado por la Real Academia de la Lengua Española: i) *“Pertenciente o relativo a los antepasados”*, ii) *“Tradicional y de origen remoto”*. Ambas acepciones se refieren claramente al factor tiempo, por lo que si hablamos de derechos de aprovechamiento de aguas indígenas ancestrales, nos estamos refiriendo a un uso del recurso hídrico que se realiza desde hace mucho tiempo (*“relativo a los antepasados”, “origen remoto”*), con características que han permanecido en él (*“tradicional”, “pertenciente a los antepasados”*).

Si interpretamos este artículo dentro del contexto en que se encuentra, está explícitamente vinculado con el artículo 64 de la misma ley, el que nos indica que son aguas de las comunidades, de su uso, las que se encuentren en sus terrenos. Esto nos ratifica el sentido natural y obvio del concepto de ancestralidad de estos derechos, refiriéndonos así a la forma en que siempre han tenido y manejado el recurso hídrico las comunidades aymarás y atacameñas. Considerándolas como los sujetos que hacen uso del recurso hídrico, y por tanto que corresponde a la manera en que tradicionalmente se ha utilizado.

De acuerdo con este planteamiento, que ha sido profundizado y desarrollado por Cuadra Lizana¹¹, los derechos ancestrales se caracterizarían porque concurren en ellos los siguientes elementos:

i. *Ejercicio dentro de su ámbito territorial*: la propia Ley Indígena reconoce que en la I y II Región del país, se encuentran las comunidades andinas, por lo que el ejercicio de sus derechos debe ser realizado en este espacio, en las fuentes cercanas a sus poblados y comunidades, de acuerdo a la ocupación extensiva que hacen del territorio.

ii. *Uso consuetudinario*: Desde tiempos inmemoriales han sido utilizadas, con la convicción de que es legítimo su uso. En todo caso, las comunidades reconocen generalmente el uso consuetudinario que hacen las demás comunidades con respecto de las aguas, y el uso que se les da a ellas, v.gr. para abrevar animales o para la agricultura, reconociendo así lo que hacían y les contaban sus antepasados, pudiendo acreditarse con algún tipo de obra hidráulica (generalmente estas construcciones son prehispánicas).

iii. *Uso comunitario*: En nuestra consideración, este es el aspecto fundamental y particular que identifican estos derechos ancestrales. El hecho de que la comunidad sea dueña del derecho de aprovechamiento de agua, respeta su uso común, su administración particular, y su distribución de acuerdo a sus costumbres, mantiene su organización comunitaria y su vinculación con el territorio.

B/ CONSTITUCIÓN Y REGULARIZACIÓN DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS INDÍGENAS

1.- *Distinción entre ambos procedimientos*

a) Aplicación de ambos procedimientos.

Ambos sistemas son aplicables a las comunidades atacameñas y aymarás, y a la etnia mapuche, pero sólo las primeras pueden conseguir, a través del estatuto legislativo particular que existe para ellas, que se reconozca su uso comunitario.

De acuerdo a lo expresado, hay un reconocimiento en la legislación nacional de los derechos de agua consuetudinarios. Éstos existen independiente de su inscripción –teniendo incluso propiedad sobre ellos– y, por eso precisamente, la legislación los “reconoce”, y sólo por un factor de certeza y publicidad de su existencia (para su efectiva protección en la cantidad utilizada, el tipo de uso, lugar de la bocatoma, etc.) el Código de Aguas presenta en su artículo 2° transitorio un proceso de regularización que permite su posterior inscripción. Es un proceso voluntario, meramente declarativo de un derecho preexistente, el cual si cumple con las características planteadas, es reconocido como tal.

Pero existen ocasiones en que no existe un uso previo del agua por parte de la comunidad y, por ende, no podemos hablar de un reconocimiento, sino más bien de la creación de un derecho originario, por la vía general que establece el Código del ramo. Así, si la solicitud presentada procede legalmente, si existe disponibilidad del recurso hídrico y si no se perjudican derechos de terceros, la DGA dictará una resolución que constituirá el derecho.

En este procedimiento se puede dar el hecho de que existan más solicitantes, donde tendrán que presentarse en un remate del derecho solicitado, y ahí el mejor postor adquirirá el derecho sobre el recurso, según lo estipula el art. 142 del Código de Aguas, ya que, como vimos en este estudio, no existen prioridades para su uso. Por ello, el procedimiento estipulado en el artículo 2° transitorio del Código viene a evitar el riesgo de una eventual licitación, al hacer una solicitud de aprovechamiento de aguas.

¹¹ CUADRA (1999).

b) Características de la generalidad de los casos de regularización de los derechos.

El proceso regulatorio se aplica para el caso de aguas superficiales, ya que son éstas las que las comunidades han ocupado ancestralmente, por ende respecto de las aguas subterráneas existiría sólo el proceso de constitución originaria de las mismas.

Ahora bien, el considerando quinto del Convenio DGA-CONADI señala que ambos organismos suscriptores de este acuerdo financiarán un estudio destinado a determinar e implementar mecanismos que protejan los derechos de aguas de propiedad ancestral de las comunidades aymará y atacameñas, "*comprendiendo dentro de tales derechos los no consuntivos sobre las aguas, y los que puedan tener sobre las aguas subterráneas*". De esta forma podrían estar consideradas estas posibilidades del manejo del recurso con los caracteres de ancestrales, aunque en la práctica sea difícil que se verifiquen directamente. Así, el uso ancestral de aguas subterráneas no se realiza extrayendo directamente el recurso, sino ocupando los sectores de vegas y bofedales alimentados por éstas principalmente.

Del mismo modo, son derechos de uso consuntivo y permanente, como consecuencia de la aplicación que se hace de el recurso, es decir, para la agricultura y el pastoreo.

2.- *Facilidades planteadas para la realización de los procedimientos por las comunidades aymará y atacameñas*

De acuerdo a lo expresado en el Convenio firmado por la DGA y la CONADI el 30 de mayo de 1997, se establecieron algunos aspectos a considerar en estos procedimientos:

– Se intenta facilitar al menos económicamente la inscripción (declarativa u originaria) de los derechos de aprovechamiento de estas comunidades, y para ello, en su punto segundo señala que la CONADI financiará estos procesos para las comunidades aymará y atacameñas.

Dentro de esta misma política se establece en el punto cuarto, el hecho de que: "*La DGA asumirá todos los gastos que involucren las medidas que de oficio decreta en los procedimientos de regularizaciones y constitución de derecho de aprovechamiento de aguas, a favor de las comunidades aymará y atacameñas, tales como, entre otros, análisis técnicos propios de su competencia*".

– Como medidas de protección y resguardo a sus derechos, el punto sexto señala que la DGA provincial o regional respectiva solicitará un informe a la CONADI toda vez que se presenten solicitudes de exploración, constitución o regularización de derechos de aprovechamiento en la provincia del Loa II Región y Parinacota, Arica e Iquique en la I Región, que puedan afectar a las comunidades aymará y atacameñas. Este informe servirá de antecedente para la DGA en la resolución de las solicitudes presentadas.

Además, de acuerdo a lo expresado en su considerando decimotercero, las oficinas provinciales de la DGA de la I y II Región deben notificar personalmente a la Corporación de todas las solicitudes que se les presenten y que puedan afectar a las comunidades, y se indica que en especial en el caso de peticiones de aguas subterráneas.

Muy relacionado con este punto, pero en una consideración más genérica, el artículo 34 inciso primero de la Ley Indígena, en lo que respecta a la participación indígena, señala que los servicios de la administración del Estado y los organismos de carácter territorial, cuando se refieran a temas que relacionan o influyan a los indígenas, deben escuchar las opiniones de sus organizaciones, que en el caso de las comunidades del norte se ha hecho más específicamente aún. De acuerdo a lo expresado por Neumann¹², esta obligación se cumpliría haciendo uso de la facultad establecida en el artículo 131 inciso final del Código de Aguas, donde si se conoce la individualidad del o los afectados por el procedimiento se procede a notificarlos personalmente.

– Como acciones de celeridad procedimental, la DGA se compromete en el punto noveno a implementar las medidas necesarias para lograrlo, ya sea en el tema de las inscripciones en el registro que lleva, atender los requerimientos de los jueces, darle prioridad a las solicitudes de regularización presentadas, en la medida que lo permita la legislación vigente.

¹² NEUMANN (1999), p. 14.

SEGUNDA PARTE: CARACTERIZACIÓN DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS INDÍGENAS

Estos derechos de aprovechamiento no son iguales a lo estipulado en el sistema general de aguas del país. Por esto, a continuación buscaremos identificar las características que tienen estos derechos (A) haciendo el paralelo con la regulación actual (B) que nos permita clarificar las diferencias que puedan existir en la constitución y/o en el ejercicio de estos derechos.

A/ CARACTERÍSTICAS DE DICHS DERECHOS

1.- *Particularidades de los derechos de aprovechamiento de aguas.*

De acuerdo a lo expresado en el artículo 6° del Código de Aguas, sobre las aguas existe un derecho real que permite el uso y goce de ellas de acuerdo a lo prescrito en ese cuerpo legal. Esto debido a que el recurso hídrico se considera como un bien nacional de uso público (art. 5° del Código de Aguas y 589 inciso segundo del Código Civil), que por tanto pertenece a toda la nación y que no es susceptible de apropiación privada.

Sobre este derecho real de aprovechamiento sí existe propiedad, la que se encuentra protegida constitucionalmente. Este derecho debe cumplir con los requisitos y ejercerse conforme al Código de Aguas.

De acuerdo a lo expresado por Guzmán Alcalde¹³, este derecho real tiene particularidades que lo diferencian de los demás derechos reales contemplados en el Código Civil. Señala que en cierto sentido este derecho afecta incluso la facultad de disposición del Estado, además de limitar las facultades de uso y goce del mismo que adquiere el propietario del derecho.

Siguiendo el desarrollo que hace por su parte Escudero Ahumada¹⁴, este derecho de aprovechamiento de aguas también podríamos considerarlo especial frente a otras concesiones entregadas sobre diversos bienes nacionales, ya que posee características particulares que corresponderían a una “desafectación parcial de las aguas”, y el derecho real de aprovechamiento que se tiene sobre ellas es perpetuo.

Así, estos derechos gozan de ciertas particularidades, y son el mecanismo existente para usar el recurso hídrico.

2.- *Determinación de un derecho de aprovechamiento de aguas indígenas.*

La forma de utilización de las aguas que señala nuestro sistema, es a través de un derecho real constituido sobre ellas. Ahora bien, hemos verificado que en el caso de las comunidades aymaras y atacameñas específicamente se produce una utilización consuetudinaria de las aguas, la cual está amparada constitucionalmente. Es facultativa su regularización, pero la misma CONADI la ha promovido para hacer efectiva su protección.

Por ello, podemos hablar de derechos de aguas indígenas como la forma general de utilización del recurso hídrico.

El párrafo 2° del título II de la Ley Indígena se refiere al Fondo para Tierras y Aguas Indígenas, y en ninguna parte del articulado define qué se entiende por estas últimas. Situación diversa es lo que ocurre con las tierras, ya que el artículo 12 enumera cuáles se consideran como indígenas, indicando que son las que las personas o la comunidades indígenas ocupan, poseen o poseerán, por los diferentes títulos que se especifican.

De acuerdo a esto y comprendiendo las particularidades de este recurso, y en concordancia a lo planteado en el Código del ramo, podríamos decir a grandes rasgos que son derechos de aprovechamiento de aguas indígenas los que cumplen las especificidades de ambos textos legales. Así, corresponden a los derechos pertenecientes a un indígena (de acuerdo a lo señalado en el artículo 2° de la Ley Indígena) o a una comunidad indígena (constituida legalmente de acuerdo al párrafo 4° del título I de la Ley o como asociación indígena de acuerdo al párrafo II del título V,

¹³ GUZMÁN y RAVERA (1998), p. 57.

¹⁴ ESCUDERO (1995), pp. 22-23.

u otra organización indígena sociológica de acuerdo a lo expresado para el caso aymará y atacameño en el considerando octavo del convenio suscrito entre la DGA y la CONADI), regularizados o constituidos originariamente de acuerdo a la ley.

Así, se caracterizan por quienes hacen la utilización del recurso, pero queda plantear si las características y el contenido del mismo son iguales al régimen general.

3.- *Análisis comparativo de las características de los derechos de aprovechamiento de aguas en general y los indígenas.*

Basándonos en una enumeración de las características que tienen los derechos de aprovechamiento de aguas realizada por Guzmán Alcalde y Ravera Herrera¹⁵, se han sintetizado algunos puntos que se comparan correlativamente con la situación indígena en esta materia, para comprobar si existen particularidades que los distinguen de los demás:

i. Es un derecho real mueble por naturaleza, que recae sobre un bien nacional de uso público.

Así es también en el caso indígena, pero lo expresado en el inciso 1° del Art. 64 de la Ley Indígena nos podría llevar a concluir una situación distinta al indicar que respecto de las comunidades aymarás y atacameñas: “*Serán considerados bienes de propiedad y uso de la Comunidad Indígena establecida por esta ley, las aguas que se encuentren en los terrenos de la comunidad...*”

Se indica que son de propiedad de la comunidad las “aguas” que se encuentren en sus terrenos, y no que tienen derechos sobre ellas por ser propietarios del inmueble, como lo expresa la presunción del art. 7° del D.L. 2603. Podríamos entender que este hecho no quiso hacer una salvedad al sistema general de aguas, por no quedar constancia en la historia de la ley, y parece más bien un error de redacción.

Por ende, la forma de utilizar las aguas por los indígenas es a través de los derechos de aprovechamiento establecidos en la ley.

ii. Queda gravado de pleno derecho.

Esta situación se produce cuando el propietario del derecho es parte de alguna de las organizaciones de usuarios determinados por la reglamentación de aguas vigente. Es voluntaria –por regla general– la participación en ellas, según lo indica el artículo 186 del Código de Aguas al señalar que “podrán” hacerlo los que tengan derechos de aprovechamiento de aguas en un mismo canal, embalse u obra de captación, situación que de hecho se suscita, pero que tiene la posibilidad de constituirse o reglamentarse de acuerdo a la ley.

Los derechos de aprovechamiento de aguas indígenas se organizan en su distribución, resolución de conflictos, etc., dentro de la misma Comunidad Indígena. Ahora ésta, como persona jurídica, podría ser parte de una Junta de Vigilancia que administrara la cuenca. Su participación sería obligatoria si, de acuerdo a lo prescrito en la ley, se “constituye” un derecho de aprovechamiento en un cauce natural con Junta de Vigilancia legalmente organizada: el nuevo titular quedaría incorporado a dicha organización. Esto sería por tanto aplicable a la constitución de un nuevo derecho de aprovechamiento y no si se solicita la regularización del mismo.

Así, cuando se es parte de una organización de usuarios quedan, de acuerdo a lo expresado en el artículo 214 inciso 2°, gravados sus derechos como garantía de las cuotas de contribución al gasto determinadas por las juntas o directorios que las organizan.

Por tanto, si la Comunidad Indígena o un indígena participa en alguna de estas organizaciones, su derecho de aprovechamiento quedará gravado de acuerdo a la ley.

iii. Se expresa en volumen por unidad de tiempo.

Los derechos ancestrales de las comunidades no tienen obviamente esta unidad de medida. Pero al ser regularizados por el procedimiento existente, han debido adherirse a la normativa general. Así la cantidad de agua regularizada ha sido determinada por el ejercicio del derecho consuetudinario, es decir, por la capacidad de las obras existentes, por el uso dado, v. gr. para agricultura, por la cantidad de hectáreas regadas y por la variabilidad del caudal del río¹⁶.

¹⁵ GUZMÁN y RAVERA (1998), pp. 38-39.

¹⁶ VERGARA (1998), p. 385 y ss.

iv. Impone determinadas cargas y responsabilidades.

Al igual que los derechos de aprovechamiento de aguas en general, pueden realizar a su costa todas las obras (art. 9° Código de Aguas) y las construcciones necesarias como bocatomas con compuertas y canales entre otras (art. 38 Código de Aguas) para hacer uso efectivo del recurso. De acuerdo a lo expresado en el artículo 215 del Código, todos los gastos que implica la construcción y mantención de las obras es a prorrata de los derechos de aprovechamiento de cada comunero. En el caso de los derechos de aprovechamiento indígena de una Comunidad, administra este tema la misma directiva de ésta.

v. Derecho a ser indemnizado por privación del recurso.

Cuando al titular del derecho se lo priva de parte de agua que le corresponde, incluso en caso en que se declare zona de escasez, tiene derecho a ser indemnizado por aquella privación.

De acuerdo a lo estipulado en el artículo 314 del Código de Aguas, el Presidente de la República puede declarar zona de escasez a causa de sequía extraordinaria. Si no hay acuerdo de los usuarios la DGA redistribuye el recurso. Quienes hayan recibido menos cantidad de agua de la correspondiente a su derecho, tendrá derecho a una indemnización del Fisco. Para el caso de los derechos de aprovechamiento indígenas también se presenta la restricción por el caso de sequía, y en caso de recibir menor dotación de aguas en la Comunidad se maneja este hecho.

vi. Es de libre disposición.

Los derechos de aprovechamiento de aguas indígenas, ya sean regularizados o constituidos, tienen una limitación para su transferencia, cuando son adquiridos por el Fondo de Tierras y Aguas Indígenas, de acuerdo a lo preceptuado en la Ley Indígena.

Respecto de los derechos de aprovechamiento de aguas indígenas por los aymarás y atacameños, además de lo recién expresado, no existiría la "libre transferibilidad" de estos derechos, ya que se poseen comunitariamente, y en teoría, deberían estar de acuerdo para poder hacer su transferencia, ya sea en todo o en parte.

vii. No es un derecho accesorio.

Por lo que sería divisible, independiente del predio. Se plantea de esta misma forma en el caso de los derechos de aprovechamiento de aguas indígenas, pero en la práctica se asocia el derecho al predio sobre el que se ejerce, así se aprecia v.gr. al hacer valer en las solicitudes de regularización el artículo 7° del D.L. 2.603 *donde se presume dueño del derecho de aprovechamiento a quien lo sea del inmueble que actualmente lo utiliza* y que fundamenta el carácter de ancestralidad de estos derechos al ejercerse dentro de un ámbito territorial determinado.

Del mismo modo, el artículo 22 de la Ley Indígena plantea una limitación a la libre disposición de los derechos de aprovechamiento adquiridos con dineros del Fondo creado por la ley para tal efecto, para los derechos de aprovechamiento de aguas *destinados a tierras indígenas*. También una de las formas que el reglamento señala para acceder a los dineros del mencionado Fondo es en razón de la necesidad del recurso hídrico que tiene el terreno.

De esta manera, aunque en el sistema general se promueva esta principalidad del derecho de aprovechamiento, en el caso de las comunidades andinas, las solicitudes de regularización de sus derechos se han basado en el hecho contrario. Ahora, como derecho de aprovechamiento de aguas reconocido o constituido, éste en su momento, y cumpliéndose las condiciones necesarias, podría ser enajenado, arrendado, etc., con independencia del terreno en el que se utiliza efectivamente el recurso.

viii. Su ejercicio no es obligatorio y no está afecto a una finalidad ni cantidad determinada.

Muy relacionado con el punto anterior, su dominio tiene la facultad de no hacer ejercicio del derecho. Vimos que formalmente no está determinado para un uso o finalidad, pero que la solicitud de regularización señala que han ocupado tradicionalmente las aguas para la agricultura o el pastoreo principalmente, y se acreditan dichas circunstancias.

Así, aunque esté dada una finalidad en el momento de solicitar su reconocimiento, el derecho de aprovechamiento de aguas es independiente de ella.

ix. Puede hipotecarse y ser embargado u objeto de medidas precautorias.

A diferencia de las tierras indígenas, el legislador en la Ley Indígena no estableció mayores protecciones a los derechos de aprovechamiento de aguas que tuvieran las Comunidades o los indígenas individualmente, salvo la indicada respecto a una limitación a la libre disposición del mismo.

Ahora, en la práctica es difícil que se den algunas de estas situaciones en el caso de los derechos comunitarios, pero es perfectamente posible.

x. Se extingue por las causas señaladas en el derecho común. (art. 129 del Código)

xi. Está amparado por una serie de recursos y acciones. (El recurso de protección, acciones posesorias sobre las aguas contemplado en el título IX, libro I, del Código de Aguas y en el título XIII y XIV del libro II del Código Civil y reivindicatoria, el amparo judicial –art. 181 al 185 del Código de Aguas– y las demás del derecho común).

xii. Comprende los medios necesarios para ejercer el derecho

Entre estos está la concesión de los terrenos de dominio público para hacerlos efectivos y la facultad de imponer las servidumbres necesarias (art. 25 del Código de Aguas). Estas últimas se refieren a la servidumbre de acueducto principalmente. Son aplicables también a los derechos de aprovechamiento de aguas indígenas.

B/ CONTENIDO DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS INDÍGENAS Y SU RELACIÓN CON LAS REGLAS GENERALES DEL CÓDIGO DE AGUAS

1.- *Síntesis del contenido de los mismos.*

Se ha planteado que el aprovechamiento que los indígenas hacen de las aguas tiene ciertas particularidades que llegan a ser mayores en los casos de ser utilizadas por comunidades aymará o atacameñas.

Primeramente como norma común con otros derechos consuetudinarios de aguas; coinciden en ser usos inmemoriales que se han realizado del recurso hídrico, es decir, que se han utilizado las aguas a través del tiempo con convicción de legitimidad, realizándose obras que verifican su uso: bocatomas, canales, etc., y la utilización que se hace de él como el caso de terrazas de cultivos o cercano a los afluentes, la construcción de estancias para los animales.

Se plantea que estos derechos son ancestrales, es decir, que se caracterizan por el uso consuetudinario que se hace del recurso de manera comunitaria por las comunidades aymará y atacameña en sus respectivos espacios territoriales. Estos derechos pueden ser regularizados en nuestro sistema general de aguas y ser protegidos por el sistema de propiedad inscrita.

Ahora, como derechos de aprovechamiento de aguas indígenas –según lo denominado en esta presentación– tienen algunas variantes en su ejercicio con respecto al sistema en general, pero esto no les excluye de someterse a las limitaciones a las que ellos están sometidos.

2.- *Limitaciones a las que están afectos los derechos de aprovechamiento de aguas indígenas.*

Como todos los derechos de aprovechamiento, estos derechos pueden quedar sujetos a limitaciones generales, por el principio constitucional de la igualdad ante la ley. De hecho, los derechos consuetudinarios ancestrales de las comunidades andinas sin regularizar –los cuales recordemos que se encuentran reconocidos constitucionalmente– también estarían afectos a posibles limitaciones, y de hecho lo pueden haber estado (como en el caso de sequía), pero que sin su reconocimiento, v.gr. en la cantidad utilizada, podrían llegar a ser privaciones del recurso mismo.

Además, de acuerdo a lo expresado en el mismo Código de Aguas, en razón de que de acuerdo a su artículo 5 y 6 se someten los derechos de aprovechamiento de aguas a sus disposiciones, independiente de las diferencias que hayamos analizado precedentemente.

Siguiendo una enumeración de Vergara Blanco¹⁷, a continuación plantearémos los principios fundamentales del derecho de aguas actual contenidos en el Código del ramo, a los que tendría que estar sometido todo derecho de aprovechamiento, inclusive los planteados como particulares por este estudio:

i. Principio de la unidad de la corriente.

Este principio ha estado presente casi textualmente en todos los Códigos de Aguas que se han dictado en nuestro país. No es extraño este hecho, ya que sólo se reconoce una situación física

¹⁷ VERGARA (2000), pp. 40 y ss.

existente, donde se relaciona todo el sistema hídrico que se encuentra conectado en una cuenca. En la actual legislación se consagra el principio de la unidad de la corriente en el artículo 3, y se especifica en él que conforma la cuenca u hoya hidrográfica el caudal de "...*todos los afluentes, subafluentes, quebradas, esteros, lagos y lagunas que afluyen a ella, en forma continua o discontinua, superficial o subterráneamente*".

De este modo, al sintetizar este principio una situación de hecho existente, es claro que los derechos de aprovechamiento de aguas indígenas son parte del sistema de una cuenca, y que repercuten en ellos todo lo que ocurra en ésta, como v.gr. la constitución de nuevos derechos en otra parte del cauce o contaminación en alguna parte de la misma.

ii. El respeto de los derechos de terceros.

Este principio se encuentra contemplado en nuestra Carta Fundamental en lo referente al derecho de propiedad, en el Código Civil con referencia al ejercicio del derecho real de dominio, y puntualmente respecto del tema de las aguas en el Código del ramo.

Es así que v.gr. en el artículo 22 se señala como uno de los requisitos para constituir un nuevo derecho de aprovechamiento el hecho de que no pueda "... *perjudicar ni menoscabar derechos de terceros*", y en el caso de regularización de los derechos, de acuerdo al procedimiento establecido en el artículo 2 transitorio del Código, existe la posibilidad de hacer respetar este hecho, pudiendo oponerse como terceros afectados. Y es más, para el establecimiento de un derecho de aprovechamiento se deben considerar los derechos constituidos y los derechos consuetudinarios existentes.

El artículo 64 de la Ley Indígena también señala expresamente que son bienes de propiedad y uso de la comunidad indígena, las aguas de sus territorios "... *sin perjuicio de los derechos que terceros hayan inscrito en conformidad al Código de Aguas*". En este caso, es más restrictivo este artículo que la normativa general, ya que se limita al reconocimiento de los derechos "inscritos" solamente.

Esta situación se da debido a que, como vimos, la relación del territorio con el uso del recurso que se efectúa está directamente vinculada y constituye uno de los caracteres que definen su ancestralidad, porque este es un tema de derecho consuetudinario donde las comunidades respetan estos parámetros.

Ahora, si los terceros no fueran indígenas de todas formas podrían oponerse en el procedimiento de regularización. Un caso concreto donde se trató de evitar esta situación fue respecto de la regularización de las aguas del río San Pedro de Atacama, donde finalmente se estableció una Asociación Indígena, en la cual, además de los miembros atacameños, participaban no indígenas que consuetudinariamente hacían uso del recurso¹⁸.

iii. Aplicación del principio de igualdad ante la ley.

La Constitución lo garantiza en el artículo 19 N° 2, y en este tema se hace aplicable v.gr. a las restricciones que pueden ser impuestas por motivos de sequía, o por razones mediambientales entre otras. Así como lo señala la Ley 19.300, sobre Bases del Medio Ambiente en su art. 42, la DGA podría determinar planes para el manejo de las aguas, como la mantención de un caudal mínimo o del valor paisajístico, etc., que influirían también en los derechos de aprovechamiento de aguas indígenas, los que podrían estar afectados.

Pero todas estas restricciones o limitaciones son aplicables, de acuerdo al número 26 del artículo 19 de la Carta Fundamental, sin afectar la esencia del mismo, y, en este caso, en su carácter de derecho de aprovechamiento de aguas indígenas.

¹⁸ Purifica Consultores Ltda. (1999), pp. 31-32.

COMENTARIO FINAL

Estatuto particular de las aguas respecto de las comunidades aymarás y atacameñas: una posibilidad de pluralismo legal.

Respecto de los aymarás y atacameños, la ley propicia la regulación de sus tierras ancestrales y aguas utilizadas, como parte necesarias de su desarrollo. Se establece un estatuto particular en materia de aguas, que incluso hoy es materia de convenio entre la CONADI y la DGA.

Las comunidades indígenas de estas etnias han podido regular sus derechos consuetudinarios de aguas que mantenían ancestralmente, a través de las disposiciones de la Ley Indígena, Código de Aguas y el D.L. 2.603 de 1979. De esta forma, se permite en la actualidad regularizar los derechos de aprovechamiento de aguas de estas comunidades, manteniendo su carácter de tal como usuarias del recurso.

Este hecho no se presenta para el caso mapuche, donde no existe ninguna disposición particular en torno a las aguas, pero existe la posibilidad de adquirir derechos de aprovechamiento a través del Fondo de Tierras y Aguas que maneja la CONADI, que, según lo expuesto, se ha vuelto insuficiente.

Pues bien, de acuerdo a lo señalado existe un pluralismo legal, un estatuto legal alternativo para el caso de los aymarás y atacameños puntualmente, que le dan una posibilidad a esas Comunidades Indígenas de regularse de acuerdo a su derecho consuetudinario al menos en el tema hídrico.

Como podemos apreciar, estos derechos de aprovechamiento son bastante particulares, ya que aunque están sujetos a las reglas o principios generales del Código de Aguas en lo que corresponde al principio de unidad de la corriente, al respeto por los derechos de terceros, al establecimiento de límites comunes al ejercicio de los derechos de aprovechamiento, con respecto a otros principios acordes con la inspiración del actual texto legal como la libre transferencia de los derechos, tienen diferencias. Así, de acuerdo a lo último se distinguen en el ejercicio del derecho y también en la constitución o regularización del mismo, ya que en la práctica estos procesos van a ir ligados a la tierra.

Son creados para salvaguardar estas situaciones y asegurar su uso por las etnias, en particular las comunidades andinas, con todo un estatuto que los regula. En todo caso, vienen a reconocer una situación existente, en donde los indígenas se encontraban en clara desigualdad.

TEXTOS DE REFERENCIA UTILIZADOS

- ALDUNATE, Carlos (1985): “Desecación de las vegas de Turi”, En: *Revista Chungará* N°14, septiembre 1985, Universidad de Tarapacá, Arica.
- BAUER, Carl (1993): “Los derechos de aguas y el mercado: efectos e implicancias del Código de Aguas chileno de 1981”, En: *Revista de Derecho de Aguas*, volumen IV, Chile.
- CASTRO, Milka (1992): “*Cultura hídrica: un caso en Chile*”. UNESCO oficina regional de cultura.
(1996): “Agua, derechos y cultura en los Andes del Norte de Chile. Un enfoque desde la antropología jurídica”; En *Revista Chungará*, volumen 29, N°1 Universidad de Tarapacá, Facultad de Ciencias Sociales, Administrativas y Económicas, Depto. de Arqueología y Museología, Arica.
- ESCUDERO, Bernardino (1990): “*La posesión del derecho de aprovechamiento de aguas*”, Ediar, Conosur Ltda.
- GUZMÁN, Alberto y RAVERA, Ernesto (1993): “*Estudio de las aguas en el derecho chileno*”. Ediciones jurídicas La Ley, Santiago.
- HERRERA, Juan (1997): “*El agua en Tarapacá: poder, conflicto y espacialidad. Siglos XVII-XIX*”, En: Actas del segundo congreso chileno de antropología, Valdivia, noviembre de 1995, Colegio de Antropólogos de Chile, Tomos I y II, Santiago.
- LEMEREIS, Jaap (1986): “*La lucha por el agua de los aymarás del norte de Chile*” Informe preliminar, cuaderno de investigación social volumen III, número 20, Centro de investigación de la realidad del Norte, Editorial CIREN Ltda., Iquique.
- MARDONES, Cecilia (1997): “*Legislación indígena en Chile, la costumbre indígena mapuche*”, memoria de la Escuela de Derecho de la Universidad Central, Santiago.
- MUÑOZ, Gonzalo (1997): “Organizaciones de usuarios de aguas”, Charlas Derechos de Aguas 1996, Colegio de Abogados de Chile.
- NEUMANN, Christian (1999): “*Del Procedimiento especial de regularización de derecho de aprovechamiento del artículo 2° transitorio del Código de Aguas.*” Ponencia presentada en las II Jornadas de Derecho de Aguas, Tomo I, Santiago 15 y 16 de noviembre de 1999., Programa de Derecho Administrativo Económico. Facultad de Derecho. Pontificia Universidad Católica de Chile.
- VAN KESSEL, Juan (1985): “La lucha por el agua de Tarapacá; la visión andina”, En: *Revista Chungará* N°14, septiembre, Universidad de Tarapacá, Arica, Chile.
- VERGARA, Alejandro (1998): “*Derecho de Aguas*”. Tomo I y II, Editorial Jurídica de Chile, Chile.
(2000): “*Reconocimiento ipso iure y ejercicio del especialísimo derecho de aprovechamiento de aguas halladas en labores mineras*”. Texto en publicación.
- Actas Oficiales de la comisión de estudio de la nueva Constitución de la República. Sesiones 182ª (14 de enero de 1976), 183ª y 184ª (3 de marzo de 1976). Referentes al Art. 19 N° 24 inciso 11 de la actual Constitución.
- Borrador de discusión de la nueva ley indígena, editado por la Comisión Especial de Pueblos Indígenas, Santiago, Chile.
- Purifica Consultores Limitada, “*Propuesta técnica para Proyecto de regularización de derechos de aprovechamiento de aguas en favor de comunidades y organizaciones indígenas de la provincia de el Loa - II Región*”, 1999.