

# LOS DERECHOS DE AGUA DE PROPIEDAD ANCESTRAL DE LAS COMUNIDADES ATACAMEÑAS DEL NORTE DE CHILE

MANUEL CUADRA LIZANA

Abogado

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. *El reconocimiento legal de los derechos ancestrales.* 1. *La pérdida de las aguas atacameñas.* 2. *De usuarios consuetudinarios de aguas a dueños de derechos ancestrales.* 3. *Identificación y elementos de los derechos ancestrales:* A) *Ambito geográfico de los derechos.* B) *Uso consuetudinario de las aguas.* C) *Uso comunitario de las aguas.* II. *La regularización de los derechos ancestrales.* 1. *Anteriores proyectos de regularización de la D.G.A.* 2. *Nuevos instrumentos legales.* 3. *El proyecto de regularización de CONADI.* 4. *Fundamentos legales de las solicitudes de regularización.* III. *Conclusiones.*

## INTRODUCCIÓN

La Ley N° 19.253 de 1993, sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas de Chile, reconoció por primera vez la diversidad étnica y cultural de nuestra sociedad y el derecho de las minorías indígenas a vivir de acuerdo a sus propias costumbres.

En relación con las etnias del norte del país, en su Art. 3° transitorio admitió expresamente la existencia de *derechos de agua de propiedad ancestral de las comunidades aymaras y atacameñas*, ordenando a la Dirección General de Aguas (DGA) y a la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI) establecer un convenio para la protección, constitución y restablecimiento de tales derechos.

Esta disposición consagra el reconocimiento otorgado por nuestro ordenamiento jurídico a los derechos consuetudinarios de aguas de esas agrupaciones étnicas, tema que analizaré en la primera parte de esta exposición, enfocándolo desde la perspectiva de las comunidades atacameñas del interior de la II Región. En la segunda, abordaré algunos aspectos del programa de regularización de estos derechos que, por encargo de CONADI, me correspondió ejecutar en la zona atacameña entre los años 1995 y 1999.

## I. EL RECONOCIMIENTO LEGAL DE LOS DERECHOS ASCENTRALES

### 1. La pérdida de las aguas atacameñas

Entre el primer y segundo milenio antes de nuestra era, comenzaron a establecerse los grandes componentes de los sistemas agrícolas que sustentarían a las sociedades andinas hasta el siglo XVI. Se ha dicho que en ninguna otra parte del mundo se prestó tanta atención a las aguas ni se las empleó con mayor éxito, que en el área andina de América del Sur. La construcción de terrazas de cultivo y el diseño de ingeniosas obras hidráulicas para la captación y distribución de las aguas, fueron prácticas generalizadas<sup>1</sup>.

Las comunidades indígenas dispersas en los oasis precordilleranos del desierto de Atacama, actual II Región de Chile, no fueron una excepción al respecto. Cuando el conquistador español llegó a la zona atacameña, fue alta-

<sup>1</sup> Desmarchelier, Cristián: *El hombre andino y su relación con el medio ambiente*, revista Prisma, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Chile, 1998.

mente sorprendido al encontrar evidencias de una ocupación muy intensa y remota del territorio (aldeas, pukarás, terrazas de cultivo, caminos, etc.) y al observar que sus habitantes ostentaban una amplia tradición en diferentes actividades agrícolas, a partir del uso racional del recurso hídrico. A raíz de su virtuosismo para construir y manejar obras hidráulicas, fruto de la persistente lucha por domesticar uno de los desiertos más áridos y absolutos del planeta, los atacameños han sido catalogados incluso de "sociedades hidráulicas"<sup>2</sup>.

Pues bien, el uso sistemático y organizado de las aguas a lo largo de los siglos, hecho con libertad y sin concesiones o autorizaciones especiales del Estado<sup>3</sup>, fue formando en estas comunidades la convicción –vigente hasta nuestros días– de ser legítimas usuarias de aguas, aunque no contaran con títulos otorgados por la autoridad.

Sin embargo, la carencia de estos documentos significó para los atacameños quedar en una situación de grave desprotección jurídica, que puso en peligro su sobrevivencia misma como pueblo y cultura. Con la llegada de este siglo, aumentó ostensiblemente la demanda de agua para los centros urbanos y los enclaves mineros de la región, centrándose en los principales ríos del área andina. Como los atacameños no contaban con títulos o "papeles" que exhibir, fueron considerados simples usuarios de esas aguas, sin derechos, siéndoles así muy difícil defenderse de las crecientes solicitudes de mercedes o derechos incoadas por terceros.

En ese contexto, la política del Estado –en pos del desarrollo económico de la región– fue priorizar la actividad minera y el abastecimiento de agua de las ciudades, por sobre la agricultura y la ganadería de la precordillera<sup>4</sup>. Así, empresas mineras y sanitarias fueron autorizadas para extraer agua desde las cabeceras

de los ríos de la cuenca del Loa, sin reconocérseles a los atacameños derecho alguno sobre aguas que utilizaban ancestralmente.

Pero lo más paradójico de todo ello es que tanto el acto material de extraer y llevarse las aguas, como el acto jurídico de constituir las mercedes o derechos de aprovechamiento, lo autorizó o ejecutó directamente el Estado sin consulta ni acuerdo de las comunidades afectadas, y sin otorgarles indemnización alguna.

Este es un proceso que aún no se detiene, y si bien todavía persisten las solicitudes de aguas superficiales, la presión de las empresas en los últimos años se ha centrado en las aguas subterráneas que irrigan vegas y zonas de pastoreo usadas por las comunidades indígenas.

Estas no tan solo han sido privadas del uso de sus aguas, sino que también se ha observado la desecación de ríos, oasis y vegas de la región, cuyas principales consecuencias han sido las siguientes<sup>5</sup>:

- Abandono de tierras de cultivo y ganadería y de amplios sectores de pastoreo, perdiéndose un valioso patrimonio tecnológico y cultural, que fue capaz de hacer habitable y productiva una área geográfica con fuertes restricciones para la vida humana y la actividad agropecuaria.
- Emigración de la población indígena desde sus pueblos originarios hacia los centros urbanos, asentándose en barrios marginales y en condiciones de extrema pobreza.
- Despoblamiento del interior de la II Región, próximo a las fronteras con Bolivia y Argentina, afectando la presencia de población nacional en esa área.
- Impacto muy negativo en la conservación y preservación de la biodiversidad de la región. Han muerto vegas y bofedales, se han secado ríos y han desaparecido vicuñas, guanacos, ñandúes, flamencos, etc.

Sin embargo, pese a estos embates, los atacameños hoy siguen utilizando las aguas disponibles, en forma comunitaria, como siempre

<sup>2</sup> Pierre Pourrut, en *Agua, Ocupación del Espacio y Economía Campesina en la Región Atacameña, Aspectos Dinámicos*. Universidad Católica del Norte, Antofagasta, 1995.

<sup>3</sup> Mensaje de S.E. el Presidente de la República al Proyecto de Ley que modifica el Código de Aguas en lo relativo a la exploración y extracción de aguas subterráneas en la I y II Región del país (Boletín N° 349-09, Ley N° 19.145).

<sup>4</sup> *Reglamento relativo a las mercedes que se soliciten en el río Loa y sus afluentes y en las aguadas y vertientes de la provincia de Antofagasta*, de 30.10.13, modificado por Decreto N° 648 de 26.03.20.

<sup>5</sup> Aldunate, Carlos: *La Desecación de las Vegas de Turi*. Revista Chungará N° 14, septiembre 1985, Universidad de Tarapacá, Arica-Chile, pp. 135-139.

ha sido su uso y costumbre. Los que todavía viven en sus pueblos y los que los visitan periódicamente desde las ciudades, continúan regando sus cultivos y abrevando sus animales; organizan ceremonias de limpia de canales y, en fin, persisten en su intento por subsistir de acuerdo a sus patrones tradicionales de vida.

Esta persistencia es, a fin de cuentas, la justificación misma de las normas protectoras de la Ley Indígena. A través de ellas, nuestro ordenamiento jurídico valora y manda proteger lo que queda de esas formas tradicionales de vida en el desierto, cuyo fundamento es precisamente el uso comunitario de las aguas. El legislador reconoce que estos usos constituyen, ni más ni menos, derechos "ancestrales", sobre los cuales las comunidades indígenas tienen "propiedad", siéndoles aplicables por tanto la garantía constitucional de derecho de propiedad, contemplada en el N° 24 del Art. 19 de la Carta Fundamental.

## 2. De usuarios consuetudinarios a dueños de derechos ancestrales

A partir del reconocimiento de sus derechos ancestrales queda claro que las comunidades atacameñas, aunque históricamente hayan carecido de títulos concesionales otorgados por la autoridad, no por ello son meras usuarias de aguas, fácticas, al margen de la ley o como quiera llamárselas. Son, por el contrario, dueñas ancestrales de derechos de agua originados en usos consuetudinarios que, reconocidos por el legislador, tienen plena validez y la protección.

Si bien hoy es un hecho innegable la existencia en nuestra legislación de *derechos de agua consuetudinarios* o de *usos consuetudinarios de aguas reconocidos como derechos por la ley*<sup>6</sup>, lo especial y novedoso de la Ley N° 19.253 es que reconoce como propietaria de estos derechos a la "comunidad indígena", es decir, a una entidad distinta de sus miembros individualmente considerados. La ley, en otras palabras, consagra *derechos comunitarios de aguas*, que nacen precisamente del uso colectivo de este recurso, como siempre lo han hecho estas agrupaciones étnicas.

Pues bien, estos derechos surgen como tales en cuanto la legislación, el ordenamiento jurídico, reconoce la legitimidad de los usos consuetudinarios y comunitarios de aguas. Dicho de otra manera, estos usos pasan a tener la categoría de derechos a partir del reconocimiento contenido en la ley, ocupando un lugar equivalente, en vigencia y protección, al de los derechos constituidos por la autoridad.

Entonces, aunque estos derechos no estén constituidos ni inscritos, no por ello adolecen de problemas de existencia, sino tan solo de falta de formalización registral. Es un derecho sobre el cual se tiene "propiedad" y, por eso, precisamente, es "reconocido"; sin embargo, para los efectos de su certeza, la misma ley contempla un sistema de regularización que, cumpliéndose ciertos requisitos, permite su posterior inscripción.

En efecto, estos usos -reconocidos como derechos- pueden optar por la "regularización" cuando reúnen los requisitos de legitimidad establecidos en el Art. 2° transitorio del Código de Aguas: uso ininterrumpido de las aguas, libre de violencia y clandestinidad y sin reconocer dominio ajeno.

Acreditándose estas circunstancias ante un Tribunal, procede que este declare la regularización del derecho. Este es un acto meramente declarativo: constata la existencia del derecho, pero no lo "constituye" ni crea originariamente. La regularización, más bien, otorga certeza jurídica y, por ende, mayor protección a los derechos consuetudinarios, permitiendo además determinar sus características esenciales: causal, punto de captación y si se trata de derechos consuntivos o no consuntivos; de ejercicio permanente o eventual; continuos, discontinuos o alternados.

## 3. Identificación y elementos de los derechos ancestrales

El reconocimiento legal de los derechos ancestrales es de carácter genérico, ya que la ley no determina cuáles son, a qué comunidad pertenecen en cada caso ni cuáles son sus características esenciales. Sin embargo, para nadie es novedad que la aplicación de una norma legal abstracta y general a un caso concreto y particular, es una cuestión de hecho que debe hacerse caso a caso, sobre la base de las descripciones genéricas contenidas en la ley.

<sup>6</sup> Vergara Blanco, Alejandro: Derecho de Aguas, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 329.

En la especie, tales descripciones están en el Art. 3° transitorio, inciso segundo, de la Ley N° 19.253, que ordena a la DGA y a CONADI establecer un convenio para protección, constitución y restablecimiento de los *derechos de agua de propiedad ancestral de las comunidades atacameñas*; en su Art. 1° inciso 2°, cuando señala que una de las principales etnias indígenas de Chile es la de las *comunidades atacameñas del norte del país*; en su Art. 9° letra d), que entiende por comunidad indígena toda *agrupación de personas pertenecientes a una misma etnia indígena y que provienen de un mismo poblado antiguo*; y en su Art. 62, que señala que son atacameños los indígenas pertenecientes a las *comunidades existentes principalmente en los poblados del interior de la II Región*.

Estas normas proporcionan los elementos básicos que permiten individualizar en la práctica cuáles son los derechos ancestrales. En primer lugar, las aguas en que estos recaen deben encontrarse dentro de un determinado ámbito geográfico: el interior de la II Región; luego, debe existir uso consuetudinario y antiguo del recurso; y, finalmente, este uso debe ser realizado en forma colectiva por la "comunidad indígena" y no por meros regantes individuales, aunque también sean indígenas.

A continuación analizaremos cada uno de estos elementos:

#### A) *Ambito geográfico de los derechos*

Tal como advierte la ley, las comunidades atacameñas existen principalmente en los poblados antiguos del interior de la II Región. En consecuencia, las aguas en que recaen sus derechos ancestrales deben encontrarse dentro de ese ámbito geográfico y no en otro.

El interior de la II Región es, por cierto, el territorio en que tradicionalmente han habitado las comunidades atacameñas, el que se compone de dos sectores bien diferenciados: la cuenca del río Loa por el norte, actuales comunas de Ollagüe y Calama, y la cuenca del salar de Atacama por el sur, actual comuna de San Pedro de Atacama, ambos de la Provincia de El Loa<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> El primer sector, denominado *Atacama La Baja*, comprende las comunidades de Chiu-Chiu, Lasana, Conchi, Ayquina, Cupo, Caspana y Toconce; y el segundo, llamado *Atacama La Alta* o *Atacama la Grande*, comprende las co-

Ahora bien, dentro de ese ámbito geográfico general se encuentran los territorios particulares de cada comunidad indígena. Estos pueden ser determinados a partir de una misma pauta o criterio: el "patrón de asentamiento" aplicable a todas las comunidades atacameñas. Aunque esta materia compete más bien a los antropólogos, me referiré muy suscitadamente a ella, atendida su estrecha vinculación con el uso de las aguas.

Dadas sus condiciones ambientales y climáticas, tipo desierto de altura, la zona atacameña se caracteriza por reunir las condiciones más estrictas de los Andes en cuanto a aridez y, por tanto, en cuanto a la reproducción de la flora y fauna. El aprovechamiento de estos territorios siempre se ha realizado en forma de asentamientos de grupos de agropastores dispersos, discontinuos o "insulares" en torno a las fuentes de agua, rodeados de vastos territorios sin agua, llamados "despoblados"<sup>8</sup>.

Dichas agrupaciones tradicionalmente se han organizado en comunidades, correspondiéndole a cada una de ellas un territorio específico. Estos siempre se articulan en torno a un núcleo aldeano central —el poblado— y algunas localidades menores dependientes de aquel, situados en oasis fluviales de uso agrícola y ganadero. Por otro lado, existen las zonas de pastoreo, denominadas "estancias", que se encuentran por lo general en pisos ecológicos más altos y distantes, donde el afloramiento de aguas subterráneas permite la formación de vegas o pastos húmedos. Todo ello, como puede advertirse, se traduce en una ocupación del espacio productivo muy dispersa y, por lo mismo, muy amplia<sup>9</sup>.

Desde su poblado, cada comunidad organiza la ocupación del espacio y el aprovechamiento de sus recursos productivos, proyectándose hasta las más lejanas estancias. De esta manera, el poblado y las estancias constituyen los fundamentos de la estructura territorial de

comunidades de Machuca, Río Grande, San Pedro de Atacama y de sus ayllus Quitor, Larache, Sólór, Séquitor y Coyo, y siguiendo al sur, las de Toconao, Talabre, Camar, Socaire y Peine.

<sup>8</sup> Núñez, Lautaro: *Cultura y conflicto en los oasis de San Pedro de Atacama*, Editorial Universitaria, 1992, p. 35.

<sup>9</sup> Castro, Victoria y Martínez, José: *Poblaciones Indígenas de Atacama*, Etnografía: sociedades indígenas contemporáneas y su ideología, Editorial Andrés Bello, 1996, p. 79-81.

cada comunidad, en cuyo interior se encuentran las aguas de uso agrícola y pastoril sobre las cuales recaen sus derechos ancestrales.

Conviene decir, en todo caso, que según la cosmovisión andina e indígena en general, las aguas son de las tierras que se riegan con ellas, conformando una unidad territorial indivisible que es de propiedad corporativa de la respectiva comunidad indígena. El territorio es mucho más que un conjunto de recursos económicos: es el hábitat ancestral de la comunidad, donde esta recrea su cultura y sus costumbres. Es inconcebible, entonces, la apropiación privada ni de las tierras ni de las aguas, existiendo un derecho de uso común que lo administra la comunidad, según normas consuetudinarias aceptadas por todos.

#### B) *Uso consuetudinario de las aguas*

Los derechos tienen un origen ancestral, remoto o tradicional, que está dado precisamente por el uso consuetudinario de las aguas realizado desde tiempos inmemoriales. Debe existir, por tanto, utilización material del recurso hídrico, de antigua data y hecho con la convicción de que se trata de un uso legítimo y constitutivo de derecho.

Como acabamos de ver, el uso de las aguas por los atacameños siempre se ha realizado de dos maneras distintas, pero complementarias la una de la otra: por un lado, la agricultura en oasis fluviales (poblados) y, por otro, el pastoreo en zonas de vegas (estancias). Ambos usos tienen la misma importancia socioeconómica para las comunidades, pero es indudable que la agricultura evidencia más nítidamente la utilización sistemática y organizada del recurso hídrico, a través de la construcción y el manejo de obras hidráulicas.

Para los atacameños el riego artificial no solo ha tenido un notable valor funcional y económico, por el aumento de la productividad agrícola, sino que también un profundo sentido ritual y religioso, que refuerza la convicción de legitimidad en el uso del recurso.

Las evidencias de obras hidráulicas prehispánicas en la zona atacameña se encuentran desde el río San Pedro de Inacaliri, por el norte, hasta la quebrada de Tilomonte, por el sur. En el sector norte (río Loa) son importantes las obras de las quebradas que desembocan en las vegas de Turi, especialmente la de Paniri, así

como en las tierras de cultivo en torno al cerro Topaín. Existen represas, acueductos, canales tallados en rocas, canales realizados con anhidrita, como el canal que abastecía de agua al pucará de Chiu-Chiu. En Caspana y Toconce se construyeron largos canales que hasta hoy se utilizan. En el sector sur (salar de Atacama), se encuentran vestigios de canalización y tierras de cultivo desde Río Grande y Puritama hasta Tarajne y Tilomone, pasando por Zapar, Toco-nao, Soncor y Socaire<sup>10</sup>.

La construcción y el manejo de estas obras hace palmaria la utilización generalizada, constante y uniforme de las aguas a lo largo de los años, imponiendo a los usuarios la necesidad de generar por sí mismos las normas que regulan esa utilización. Estas normas se crean y perfeccionan a partir de la experiencia, y van adquiriendo legitimidad y fuerza obligatoria en la medida que son aplicadas por los mismos usuarios.

Pues bien, en términos generales, es posible distinguir dos clases de normas consuetudinarias que regulan el uso de las aguas en la zona atacameña: por un lado, las normas que determinan la asignación de las aguas entre las comunidades y, por otro, las normas que regulan el uso del recurso al interior de cada comunidad.

#### *Normas consuetudinarias entre comunidades indígenas*

Son las propias comunidades las que van generando las normas que asignan el uso de las aguas entre ellas, reconociéndose mutuamente el derecho a utilizar determinadas fuentes y a construir las respectivas obras de captación.

Por regla general, cada comunidad tiene derecho a usar en forma exclusiva una o más fuentes de agua, como sucede con Caspana y las vertientes Chica, Coya y Cablor; con Ayquina y la vertiente Turi; con Talabre y la vertiente Salta, o con Peine y el río Tulan, entre muchos otros casos.

Pero también puede suceder que dos comunidades usen conjuntamente una misma fuente, como ocurre con Ayquina y Cupo en las vertien-

<sup>10</sup> Núñez, Patricio: *Sobre Economía Prehispánica de Socaire, norte de Chile*. Actas del XI Congreso de Nacional de Arqueología Chilena, Tomo II, 1991, p. 201.

tes de Panire. Y, finalmente, también puede suceder que dos comunidades usen el mismo río, pero en diferentes sectores y a través de distintas obras de captación, como sucede con Lasana y Chiu-Chiu en el río Loa; o con Río Grande y San Pedro de Atacama en el río San Pedro.

#### *Normas consuetudinarias al interior de cada comunidad*

Por su parte, al interior de cada comunidad se van generando las normas que regulan la asignación y el uso de las aguas. Estas normas, a su vez, pueden ser clasificadas en dos grandes grupos: en primer lugar, aquellas que determinan quién tiene derecho a usar las aguas y, en seguida, aquellas que regulan propiamente el uso del recurso:

- En cuanto a quién tiene derecho a usar las aguas, la regla general es que este derecho corresponda a la misma comunidad indígena, como ocurre con Toconce en el río Toconce; con Cupo en la vertiente Cupo; con Socaire en el río Socaire, y así en casi todos los casos.

Esta regla, sin embargo, admite dos excepciones: a) cuando la comunidad reconoce que tal derecho corresponde solo a un grupo de comuneros, como ocurre en Toconao con las vertientes Zapar, Celeste, Aguas Blancas y Soncor, y en Talabre con la vertiente Patos, en que las aguas de hecho son usadas solo por un grupo de familias; y, b) cuando la comunidad se desentiende del tema de las aguas y le reconoce derecho sobre ellas a una organización de usuarios integrada exclusivamente por comuneros que poseen tierras agrícolas, llamados genéricamente "regantes". Esto sucede en San Pedro de Atacama con los ríos San Pedro y Vilama, y en Toconao con las aguas de la quebrada de Jere.

- Con respecto a la regulación del uso de las aguas, cabe consignar en primer lugar que en cualquiera de las situaciones antes descritas, es decir, sea que el derecho a usar las aguas corresponda a toda la comunidad, o solo a un grupo de comuneros o a una organización de regantes, la administración de las aguas es eminentemente colectivista o comunitaria.

Por ejemplo, todos los usuarios tienen la obligación de participar con igualdad de condiciones en los trabajos de construcción y mantención de

las obras comunes; cada uno de ellos tiene derecho a una cuota de agua en proporción a la superficie de la tierra cultivada, la que se asigna mediante un sofisticado sistema de turnos o rasteo<sup>11</sup>; todos tienen el mismo derecho a voz y voto en las asambleas, sin importar el volumen de agua que le corresponda; y, en fin, todos eligen democráticamente a los dirigentes (jueces de aguas, celadores, jefes de grupo, etc.) encargados de organizar los trabajos colectivos, repartir las aguas, cobrar cuotas y aplicar sanciones.

Por último, el valor ritual y religioso de la actividad en torno al riego se expresa claramente en la ceremonia de "limpia de canales", cuyo significado trasciende lo meramente funcional, pudiendo ser considerada una actividad simbólica de la comunidad<sup>12</sup>. En efecto, la limpieza de los canales de regadío, hecha hasta hoy en forma comunitaria, envuelve una serie de ritos que importan un verdadero "culto al agua"<sup>13</sup>, insinuándonos cómo debió organizarse antiguamente el trabajo comunitario para realizar grandes obras hidráulicas y hacerlas funcionar con una producción óptima<sup>14</sup>.

#### *C) Uso comunitario de las aguas*

De acuerdo con el Art. 3° transitorio de la Ley N° 19.253, las propietarias ancestrales de los derechos de agua son las comunidades indígenas, es decir, entidades histórico-sociológicas distintas de sus miembros individualmente considerados.

De acuerdo con el Art. 9 del mismo cuerpo legal, las comunidades indígenas son agrupaciones de personas pertenecientes a una misma etnia indígena y que además –en el caso particular de las comunidades del norte– provengan de un mismo poblado antiguo, situación prevista en la letra d) de dicho artículo.

Estas normas legales simplemente reconocen una realidad: los atacameños siempre se han organizado en comunidades y su patrón de asentamiento, de tipo disperso, se articula en

<sup>11</sup> Por ejemplo, hoy en San Pedro de Atacama se asignan dos horas de agua por cada hectárea.

<sup>12</sup> Matus, Ana: *El ceremonial de la limpia de canales en Caspana*. Revista Chile de Antropología, Departamento de Antropología, Universidad de Chile, N° 12, 1993-1994.

<sup>13</sup> Núñez, Lautaro: op.cit., p. 235.

<sup>14</sup> Núñez, Patricio: op. cit., p. 203.

torno a un poblado. Sin la existencia de comunidades, como forma de organización socioeconómica de la población, sería muy difícil concebir la ocupación particular del espacio y el manejo de los recursos productivos en la zona atacameña, situada en uno de los desiertos más áridos y absolutos del planeta. Sin ir más lejos, únicamente el trabajo comunitario puede explicar la existencia y operación de los complejos sistemas hidráulicos prehispánicos<sup>15</sup>.

Recordemos que atendida la concepción colectivista del "territorio", las tierras y las aguas que lo componen están fuera del comercio humano, existiendo un derecho de uso común. Es inconcebible que el "territorio", como hábitat ancestral de la comunidad, sea dividido en partes y que cada una de ellas se radique en el patrimonio de distintos individuos<sup>16</sup>.

En suma, estimamos que el *territorio*, como hábitat ancestral que se organiza en torno a un poblado y que se proyecta hasta las más lejanas estancias; el *uso de las aguas* en agricultura y pastoreo, como instrumento fundamental del manejo de los recursos productivos de la zona; y la *comunidad*, como forma de organización socioeconómica de la población, constituyen los fundamentos de la particular forma de vida de los atacameños, que se manifiestan ya en la época prehispánica y que se mantienen, sin mayores variaciones, hasta nuestros días.

En tal sentido, la Ley N° 19.253 tuvo el acierto de reconocer tales elementos, posibilitando que, sobre la base de ellos, los atacameños puedan proteger y regularizar el uso consuetudinario de sus aguas, de acuerdo a sus propias costumbres y tradiciones.

## II. LA REGULARIZACIÓN DE LOS DERECHOS ASCENTRALES

### 1. Anteriores proyectos de regularización de la DGA

Incluso antes de entrar en vigencia la Ley N° 19.253, la autoridad promovió la regulariza-

ción de las aguas de la zona atacameña, pero no tanto para asegurar la sobrevivencia de sus comunidades originarias y de su cultura, o de revertir el proceso de desecación de sus oasis y vegas, sino más bien con el objeto de extender la aplicación del Código de Aguas de 1981 y, con ello, incorporar estas aguas al libre mercado de derechos de aprovechamiento que propicia dicha legislación.

Es así como en 1991, la DGA pretendió constituir comunidades de agua, conforme al Código del ramo, en todos los oasis de la zona atacameña. Con anterioridad, en 1984, ese servicio pudo aplicar el mismo procedimiento en los oasis de Chiu-Chiu, Lasana y Calama, pero esta vez no pudo hacerlo.

En efecto, el programa traería consigo una serie de consecuencias que los atacameños rechazaron, porque las consideraban una amenaza para sus comunidades ancestrales. Según ello, se les impondría una nueva forma de organización que desconocía por completo sus costumbres, principalmente en los siguientes aspectos:

- Se formarían comunidades de agua, es decir, organizaciones de usuarios que se limitan a administrar obras de riego, pero que nada tienen que ver con la propiedad de los derechos de agua. Estos pertenecerían, en forma individual, a cada comunero, quien podría enajenarlo o gravarlo a su arbitrio; usar las aguas en lo que estimara conveniente o simplemente no usarlas; o bien trasladar el ejercicio del derecho fuera de la comunidad; todo ello con absoluta prescindencia del resto de los comuneros.
- Se constituirían comunidades de agua entre los usuarios de un mismo canal, o sea, existirían tantas comunidades como canales hubiera. Para los atacameños era inconcebible que al interior de sus comunidades se crearan otras organizaciones, independientes unas de otras, cuya única razón de existir fuera el hecho que dos o más personas recibían las aguas a través del mismo canal.
- Dentro de las comunidades de agua, cada comunero tendría derecho a un voto por cada acción que poseyera. La asignación de estas acciones depende, de acuerdo a la ley, del volumen de agua que corresponde a cada usuario en el caudal común, de manera que entre más agua se puede extraer corres-

<sup>15</sup> Núñez, Patricio: *Sistema Hidráulico en la Agricultura Andina*. Desarrollo Andino y Cultura Aymara en el Norte de Chile. Taller de Estudios Andinos, Ediciones Jote Errante, 1990, p. 31

<sup>16</sup> Escudero, Bernardino: *La Posesión del Derecho de Aprovechamiento de Aguas*. Editorial Jurídica Cono Sur, Santiago, Chile, 1990, p. 3.

ponde un mayor número de acciones y, consecuentemente, se tienen más votos y mayor poder de decisión dentro de la organización.

No debiera ser difícil comprender que estos aspectos repugnan con la organización colectivista de las comunidades atacameñas. Como señalamos en el capítulo anterior, para los pueblos andinos las aguas son de las tierras que se riegan con ellas, lo que conforma una unidad territorial indivisible que es de propiedad corporativa de la comunidad indígena, siendo inconcebible la apropiación privada ni de las tierras ni de las aguas.

Es atendible, entonces, que los atacameños no aceptaran la posibilidad que cada comunero fuera dueño de un derecho que pueda enajenarse libremente; o que las aguas sean administradas por diversas organizaciones constituidas en cada canal, al margen de la comunidad indígena; o, en fin, que los comuneros tengan mayor o menor poder de decisión dependiendo del volumen de agua que utilicen.

Resulta muy ilustrativo conocer la opinión sobre el particular del dirigente atacameño Manuel Escalante: *"Lo anteriormente expuesto es gravísimo, por cuanto se pone en riesgo la sobrevivencia misma de la cultura atacameña al incorporar conceptos totalmente desconocidos, transformándola e iniciando una carrera por la acumulación de derechos por parte de agentes foráneos con poder económico, ofreciendo sumas de dinero no manejadas en la actualidad por los agricultores, quienes deslumbrados por éste, acceden a la venta de sus aguas, solucionando problemas puntuales pero dejando a sus herederos sin la posibilidad de continuar con la actividad agrícola, viéndose obligados a emigrar a otros centros poblados"*<sup>17</sup>.

Pues bien, la oposición generalizada de los atacameños a la aplicación del referido programa fue tan tenaz y categórica que la DGA tuvo que liquidar el contrato de ejecución del proyecto y destinar los fondos para otros fines.

Al respecto, conviene destacar que el tiempo demostraría que los temores de los dirigentes atacameños fueron bastante acertados. El año 1995 la empresa sanitaria estatal ESSAN S.A. compró derechos de agua a miembros de

comunidades de agua del oasis de Calama, organizaciones constituidas por la DGA en virtud de un programa ejecutado el año 1984. De inmediato, dicha empresa solicitó autorización para trasladar el ejercicio de los derechos y captar las aguas mediante una cañería desde el cauce del río Loa, es decir, fuera de los canales de la comunidad. Ello, con el objeto de proveer de agua industrial a la minera Mantos Blancos, ubicada a más de 150 km de Calama.

La DGA otorgó la autorización y desde entonces se han hecho usuales las compras de derechos a miembros de comunidades de agua —principalmente por parte de empresas mineras— seguidas de solicitudes de traslado del ejercicio del derecho o cambio de punto de captación. De este modo, las aguas de uso agrícola en Calama son cada vez más escasas, ocasionándose un grave impacto en el equilibrio ecológico del oasis y la desaparición de la vida en torno al cultivo de la tierra.

## 2. Nuevos instrumentos legales

La inviabilidad legal de la postura de los atacameños ante la regularización de sus aguas, vendría a cambiar ostensiblemente con la promulgación de dos cuerpos legales: La *Ley N° 19.145 de 1992*, que modificó el Código de Aguas para limitar la exploración y la extracción de aguas subterráneas en zonas acuíferas que alimentan vegas y bofedales de la I y II Región del país, cuyo análisis da para otro largo estudio; y la *Ley N° 19.253 de 1993*, sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas de Chile, conocida como Ley Indígena, aprobada por la unanimidad del Congreso Nacional.

Esta Ley Indígena reconoce la existencia de las comunidades indígenas (Art. 9°) como una realidad histórica y sociológica que se remonta incluso a tiempos precolombinos (Art. 1°), independientemente de su constitución legal (Art. 10). Crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI), servicio público encargado de aplicar esta ley y, en relación con las comunidades del norte, establece importantes normas para la protección de sus aguas:

- Crea en Fondo de Tierras y Aguas Indígenas administrado por CONADI, siendo uno de sus objetivos financiar la constitución, regularización o compra de derechos de agua (Art. 20).

<sup>17</sup> Escalante, Manuel: *Minuta sobre Regularización de Derechos de Agua*, 1992, sin publicar.

- Manda proteger especialmente las aguas de las comunidades aymaras y atacameñas (Art. 64).
- Reconoce la existencia de los derechos de agua de propiedad ancestral de las comunidades aymaras y atacameñas del norte de Chile, ordenando a CONADI y a la DGA celebrar un convenio para su protección, constitución y restablecimiento (Art. 3° transitorio inciso segundo)<sup>18</sup>.
- Prohíbe la enajenación y el gravamen de los derechos de agua que las comunidades hayan adquirido con recursos del Fondo de Tierras y Aguas Indígenas (Art. 22).

### 3. El proyecto de regularización de CONADI

Una de las primeras actividades de CONADI en la II Región –aun antes de celebrarse el convenio con la DGA que ordena el citado Art. 3° transitorio– fue financiar un programa de regularización e inscripción de los derechos de agua de propiedad ancestral de las comunidades atacameñas.

El proyecto debía ajustarse estrictamente a los deseos, particularidades y costumbres de estas comunidades en materia de aguas, los que pueden sintetizarse en los siguientes puntos:

- La regularización debía efectuarse conforme al Art. 2° transitorio del Código de Aguas, que establece un procedimiento mixto, administrativo-judicial, para la inscripción de derechos de agua no inscritos.

Se optó, de este modo, por solicitar el reconocimiento judicial de los derechos ancestrales, y no la mera “constitución” o creación administrativa de nuevos derechos. Esto además de no corresponder podría traducirse en un eventual remate al mejor postor de los derechos, en caso de oposición, según lo dispuesto en el Art. 142 del Código de Aguas, lo que importa un riesgo que las comunidades no podían asumir.

- La regularización debía efectuarse exclusivamente a favor de comunidades indígenas constituidas en conformidad a la Ley N°

19.253, y en los casos en que ello fuera absolutamente imposible, a favor de asociaciones indígenas constituidas también según esa ley. Lo anterior, con el objeto de que sus derechos tuvieran el carácter de “comunitarios” o, dicho de otro modo, que sus titulares fueran organizaciones indígenas con personalidad jurídica distinta de sus miembros individualmente considerados, y no personas naturales indígenas.

- Debía solicitarse para cada comunidad indígena todas las fuentes de agua que utilizaban sus integrantes, siendo absolutamente improcedente formar comunidades de agua por cada canal.
- La regularización de cada fuente debía comprender el *máximo caudal posible*, de manera de agotar la disponibilidad del recurso para futuras constituciones y regularizaciones de derechos de agua. Con ello, se pretende proteger cada río o vertiente “desde su nacimiento”, para que en lo sucesivo terceras personas no puedan acceder al uso de las aguas en perjuicio de las comunidades indígenas.

Mediante estas exigencias se pretendía adecuar a la legislación vigente la aspiración histórica de las comunidades atacameñas, en orden a proteger *el uso inmemorial de las aguas, en forma comunitaria y protegiendo los ríos y vertientes desde sus nacimientos*, en palabras de los propios dirigentes atacameños.

### 4. Fundamentos legales de las solicitudes de regularización

Cuando iniciamos el estudio de las normas legales vigentes con el objeto de hilvanar la fundamentación jurídica de las solicitudes de regularización, concebimos que la Ley N° 19.253, el Art. 2° transitorio del Código de Aguas y el Art. 7° del D.L. 2.603, nos aportaban los instrumentos idóneos para tal propósito.

Por de pronto, la Ley N° 19.253 reconoce la existencia de las comunidades atacameñas como una entidad histórico-sociológica que se remonta incluso a tiempos precolombinos, independientemente de su constitución legal. La misma ley también reconoce la existencia de derechos de agua de propiedad ancestral de estas comunidades, y los ordena proteger, constituir y, en su caso, restablecer.

<sup>18</sup> El convenio se suscribió en la ciudad de Iquique, con fecha 30.05.97.

La razón de este reconocimiento es el uso consuetudinario de las aguas hecho por las comunidades atacameñas, situación de conocimiento público y que se demuestra además con las obras hidráulicas construidas en torno a los cauces. A su turno, como las comunidades hoy también usan el recurso, las favorece la presunción legal de dominio del Art. 7° del D.L. 2603, que reputa dueño del derecho de aprovechamiento a quien actualmente se encuentre haciendo uso efectivo de las aguas.

Finalmente, dado que el uso de las aguas se ha realizado en forma ininterrumpida, libre de violencia y clandestinidad y sin reconocer dominio ajeno, es perfectamente procedente que las comunidades regularicen sus derechos, de acuerdo con el Art. 2° transitorio del Código de Aguas.

Con esta línea de razonamiento planteamos en las solicitudes de regularización y orientamos la prueba en los juicios correspondientes. Nuestros argumentos fueron aceptados por la DGA y acogidos por el juzgado de primera instancia y por la Corte de Apelaciones de Antofagasta y la Corte Suprema, cuando les correspondió conocer de estos casos<sup>19</sup>.

Sin embargo, no podemos negar que en ese entonces no teníamos ninguna seguridad de que nuestros razonamientos serían aceptados por los tribunales, ya que no conocíamos otras experiencias de regularización de derechos de agua a favor de comunidades indígenas, ni tampoco sabíamos que esta materia hubiera sido tratada por la doctrina.

Por ello, no dejamos de sorprendernos positivamente cuando tiempo después conocimos el trabajo del profesor Alejandro Vergara Blanco<sup>20</sup>, quien elaboró un acabado estudio de los *derechos de agua consuetudinarios o usos legítimos de agua reconocidos como derechos por la ley*, que estimamos perfectamente concordante con nuestra línea de argumentación y que, unido a los fallos favorables que obtuvimos, viene a confirmar la legitimidad de los procesos de regularización en comento.

### III. CONCLUSIONES

Lo más significativo del proyecto de regularización no fue tan solo la inscripción conser-

vatoria de más de 70 derechos de agua a nombre 18 organizaciones indígenas atacameñas, por un caudal total superior a los 2.200 litros por segundo. Debe destacarse además la importantísima jurisprudencia que se generó tras los triunfos judiciales obtenidos, que validó en el fondo y en la forma el mecanismo que empleamos para regularizar estos derechos.

Los tribunales, en síntesis, admitieron que las comunidades atacameñas, aunque históricamente hayan carecido de títulos otorgados por la autoridad, no por ello son meras usuarias de aguas, sino que legítimas poseedoras de derechos ancestrales originados en prácticas consuetudinarias reconocidas por el legislador, que, con títulos o sin ellos, tienen plena validez y protección. Siendo esto así, es perfectamente procedente que ellas regularicen sus derechos, a fin de dotarlos de certeza jurídica y protegerlos ante los crecientes conflictos generados por el aumento de la demanda de derechos de agua de la zona.

El reconocimiento judicial y la inscripción de estos derechos, en forma comunitaria, ha sido el primer y más importante paso en la protección de las comunidades indígenas que viven de esas aguas desde tiempos inmemoriales, y la base sobre la cual podrá sustentarse su anhelado desarrollo.

Sin embargo, la tarea de amparar estos derechos está muy lejos de haber concluido, ya que en los últimos años se han planteado nuevas situaciones que amenazan el legítimo ejercicio de los mismos, como lo es la extracción indiscriminada de aguas subterráneas. Este fenómeno además de causar impactos muy negativos en la preservación de los ecosistemas andinos, afecta directamente a las comunidades atacameñas, de dos formas distintas: en primer lugar, está provocando la desecación de diversas vegas de uso ganadero y pastoril y, en segundo lugar, ha hecho mermar en algunos casos el caudal de aguas superficiales, de uso agrícola, que se abastecen con aportes subterráneos.

Enfrentar estos problemas es el desafío que hoy deben asumir las comunidades y todos los que deseamos que estas y su cultura sigan presentes en el árido desierto de Atacama.

<sup>19</sup> Caso ríos Quepiaco y Alitar, regularizados por la Comunidad Atacameña de Toconao.

<sup>20</sup> Vergara, Alejandro: *op. cit.*, p. 327 y siguientes.