



UNIVERSIDAD FINIS TERRAE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO

DERECHO AL AGUA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN CHILE EN VIRTUD DEL CONVENIO 169 DE LA OIT Y EL DERECHO INTERNO

ANDREA PÍA BRIEVA MENESES
CONSTANZA JAVIERA GONZÁLEZ BARRAGÁN

Memoria presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae,
para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Profesora Guía: María Luisa Baltra Vergara

Santiago, Chile

2016

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO 1.	
ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y NATURALEZA JURÍDICA DE LAS NORMAS CONTEMPLADAS EN EL CONVENIO 169 DE LA OIT Y EL DERECHO INTERNO.	
1. Origen y evolución del Convenio 169 de la OIT	3
1.1 Convenio 107 de la OIT.	4
1.2 Convenio 169 de la OIT y su alcance normativo.	5
2. Legislación interna.	10
1.2.1 Ley 19.253 sobre fomento, protección y desarrollo de los indígenas.	10
1.2.2 Decreto Supremo N° 124.	11
1.2.3 Reglamento N° 66.	14
1.2.4 Decreto Supremo N° 40.	15
CAPÍTULO 2.	
ANÁLISIS DEL DERECHO INDÍGENA AL AGUA Y DERECHO HUMANO AL AGUA EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y COMO LÍMITE DE LA SOBERANÍA DEL ESTADO	
2.1 Derecho Humano al Agua.	18
2.1.1 Derecho Humano al Agua en el Derecho Internacional.	18
2.1.2 Derecho Humano al Agua en la legislación chilena.	21
2.2 Naturaleza Jurídica del Derecho al Agua Indígena	23
2.3 El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la comunidad indígena en relación al recurso hídrico.	28
2.3.1 Sistema Interamericano de Derechos Humanos	28
2.3.2 Jurisprudencia Awas Tingni e importancia.	29

CAPÍTULO 3	
VULNERABILIDAD DE LOS GRUPOS ÉTNICOS EN CHILE EN CUANTO A SUS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUA Y DERECHO AL AGUA	
3.1. Importancia cultural del Derecho al Agua en las comunidades indígenas y la conculcación a sus derechos.	31
3.2 Análisis en particular de la situación de las comunidades indígenas del norte de Chile.	33
3.3 Situación de los conflictos mapuches en la zona sur de Chile y sus demandas	43
CAPÍTULO 4	
MÉTODOS DE SUBSANACIÓN, MEDIDAS DE MITIGACIÓN Y SOLUCIONES EN EL DERECHO, EXPERIENCIA COMPARADA Y PROPUESTA PARA EL CASO CHILE	
4.1 Experiencia comparada.	50
4.1.1 Nueva Zelanda	50
4.1.2 Colombia	52
4.1.3 Perú	53
4.2 Problemas a solucionar y propuesta para el caso chileno.	56
4.2.1 Derecho al Agua.	56
4.2.2 Energías renovables no convencionales	58
4.2.3 Derecho de consulta y participación	59
4.2.4 Memoria explicativa, sistema de remates y patente por no uso	60
CONCLUSIONES	62
BIBLIOGRAFÍA	64

LISTA DE ABREVIATURAS

CA	Corte de Apelaciones
CEACR	Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CONADI	Corporación Nacional de Desarrollo Indígena
CONAF	Corporación Nacional Forestal
CONAMA	Comisión Nacional del Medioambiente
COREMA	Comisión Regional del Medioambiente
CPR	Constitución Política de la República
CS	Corte Suprema
DGA	Dirección General de Aguas
DIA	Declaración de Impacto ambiental
DS	Decreto Supremo
ENDESA	Empresa Nacional de Electricidad
MOP	Ministerio de Obras Públicas
OIT	Oficina Internacional del Trabajo
RCA	Resolución de Calificación Ambiental
SEIA	Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental
TC	Tribunal Constitucional

Introducción

Desde las más remotas civilizaciones e incluso desde la era prehistórica nuestros ancestros en cualquier lugar del mundo para sobrevivir necesitaron no sólo conseguir los recursos básicos de vida, sino también aprender a apreciarlos, por supuesto entre ellos se encuentra el agua. Actualmente la situación es bastante distinta, sin perjuicio de que sigue siendo un recurso apreciado y necesario para el ser humano se le han asignado valores para que sea transable, dicha situación ha provocado innumerables conflictos tanto respecto de intereses pecuniarios como también de derechos humanos.

Nuestros pueblos indígenas sabiamente apreciaban el agua no como un bien susceptible de comercio, sino como un regalo otorgado por la inmensidad inconmensurable, ya sea representada a través del universo en sí mismo, o una entidad sobrenatural misericordiosa capaz de darla. En particular para el pueblo mapuche como señala Domingo Rain *“El agua, no sólo es dadora de vida, sino es vida en sí, tiene esencia o espíritu, por tanto, es energía... constituyendo la biodiversidad “* es decir, la concepción del agua como un bien transable en el comercio no nace de nuestros pueblos indígenas, sino con posterioridad a su conquista a través de las siguientes generaciones quedando supeditados a una legislación que no eligieron democráticamente e imponiéndole un valor de carácter comercial a un elemento invaluable para ellos, lo cual tuvo como consecuencia que fueran constantemente segregados en sus derechos esenciales.

Actualmente en Chile las aguas son bienes nacionales de uso público; sin embargo, existe un mecanismo de concesión a través del cual se obtiene un derecho de propiedad sobre ellas, denominado derecho de aprovechamiento de agua. Esto ha permitido su comercialización en el mercado, de acuerdo a los

principios de la libre competencia y la reasignación de recursos. Sin perjuicio de ello, existen mecanismos contemplados en la ley como “*el recurso de protección*” o el llamado “*amparo judicial de aguas*” para proteger el derecho de propiedad que se tiene sobre su derecho de aprovechamiento, pero no para proteger el derecho al agua, teniendo que someterse la comunidad indígena a las reglas y el sistema que les fue impuesto de manera unilateral y entrando en colisión inevitablemente los derechos concesionados con el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas en virtud del cual se les reconoce el uso ancestral del agua.

Esta deuda social no sólo es arrastrada por Chile, sino en general por América latina y ha dado origen a un debate internacional en virtud del cual se busca reconocer sus derechos, no quedando exento de esta discusión nuestro país. A este respecto cabe señalar que reviste de gran importancia para entender el derecho al agua indígena la aplicación del Convenio 169 de la OIT que nace como consecuencia de la necesidad urgente de regular los derechos de las comunidades indígenas y tribales.

En particular, nuestra investigación pretende analizar uno de los logros más importantes para nuestro país en esta materia al ratificar el Convenio antes señalado, el cual ha significado una serie de implicancias en nuestro derecho interno, siendo su implementación objeto de numerosas críticas principalmente respecto de la materialización de los derechos de consulta y participación a los cuales haremos referencia con posterioridad. Es preciso señalar que también nos parece importante determinar la naturaleza jurídica del derecho al agua indígena por ser un presupuesto esencial para entender su tratamiento normativo en Chile, y su relación con el Derecho Internacional.

Capítulo Primero

“Antecedentes históricos y naturaleza jurídica de las normas contempladas en el Convenio 169 de la OIT y en el derecho interno”

1. Origen y evolución del Convenio 169 de la OIT.

El Convenio 169 de la OIT es un tratado internacional adoptado en Ginebra, el 27 de junio de 1989, siendo ratificado por nuestro país en septiembre del año 2008, cuyo origen radica en el Convenio 107 como una modificación al mismo, debido a las críticas que despertó, al cual haremos mención en el transcurso de nuestra investigación, y que entró en vigencia el 15 de septiembre del año 2009.

Tiene por objeto fundamentalmente, por un lado el reconocimiento de “las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven”¹ y por otro, la protección de aquellos pueblos que “*no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión*”² por pertenecer a alguna etnia determinada. Por lo cual en virtud de él los pueblos indígenas de Chile cuentan con mayor garantía de protección de derechos, materializándose en el derecho a la consulta previa, libre e informada y la participación, derechos que explicaremos a continuación.

¹ Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes Santiago, Oficina Internacional del Trabajo, 1° ed. 2006, p 22.

² Ídem.

1.1 Convenio 107 de la OIT del año 1957.

Se ha conocido a través de la historia la crueldad con que se ha tratado a diversos aborígenes por aquellos que llegaron como conquistadores, justificando oficialmente aquellas conductas a través de leyes indigenistas cuyas premisas se basaban en la supuesta carencia intelectual de los indígenas para gobernarse a sí mismos, considerándolos también como “*salvajes*” entre otros calificativos de los cuales es testigo nuestra historia.

Creemos que dicha situación es el origen que nos permite entender la gravedad y el daño real a que nos referimos en esta investigación y explica el por qué ahora es tan importante el reconocimiento expreso de los derechos y respeto de las culturas indígenas, para lo cual el agua sigue y seguirá siendo una herramienta básica e indispensable tanto para el desarrollo de sus vidas como para la restauración de sus culturas.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) es un organismo especializado de las Naciones Unidas que se ocupa de los asuntos relativos al trabajo y las relaciones laborales. Fue fundada el 11 de abril de 1919, en virtud del Tratado de Versalles. La OIT nace como una respuesta frente a los horrores sufridos durante la primera guerra en virtud del Tratado de Versalles, con el objetivo de promover la paz social. Al preocuparse por los trabajadores y estudiar sus situaciones prontamente quedaron develadas las injusticias que en particular sufrían las comunidades indígenas al encontrarse expuestos a graves formas de explotación laboral. Aquel análisis culminó en una serie de instrumentos emitidos por dicha organización con el objeto, en principio, de abolir el trabajo forzoso y también mejorar las condiciones laborales formando conciencia en la comunidad internacional y constituyéndose como un garante respecto del respeto a los derechos de los trabajadores, si bien, la OIT no es un organismo especializado en derechos indígenas ni tampoco en derechos humanos, ha sido una gran

herramienta, en particular para los pueblos indígenas. Los Convenios 107 y 169 se han considerado los primeros instrumentos internacionales que han dado lugar a un debate sobre su realidad.

Para entender el origen e injerencia del Convenio 169 respecto de estas comunidades es importante destacar que es un instrumento que nace como una modificación en respuesta a las numerosas críticas que despertó el Convenio 107, el cual fue adoptado en 1957 y ratificado por 27 países, entre los que no figura Chile, y que, si bien, tenía por objeto dar protección a los pueblos en cuestión utilizando por primera vez el concepto de población indígena como colectividad reafirmando la igualdad que tienen respecto del resto de los ciudadanos, y reconociendo derechos específicos, tales como el derecho a la educación en la lengua materna, el derecho colectivo a la tierra, a sus costumbres entre otros, también se basaba en una política integracionista, subentendiéndose por tanto que la única posibilidad futura consistía sólo en la desaparición de sus identidades étnicas y la confusión con el resto de la población, siendo a todas luces injusto por no dárseles la oportunidad de decidir ellos mismos su futuro; es por ello que se efectuaron convocatorias para revisarlo y actualizarlo. Una Comisión de Expertos convocada en 1986 por el Consejo de Administración de la OIT concluyó que *“el enfoque integracionista del Convenio había quedado obsoleto y que su aplicación era perjudicial en el mundo moderno”*, pasando posteriormente de una visión integracionista eminentemente discriminadora a una visión en donde se les reconocen derechos tangibles como una colectividad con individualidad propia.

1.2 Convenio 169 de la OIT del año 1989 y su alcance normativo.

El sustento argumentativo del Convenio 169 de la OIT radica principalmente *“en el respeto a las culturas y las formas de vida de los pueblos indígenas y reconoce sus derechos sobre las tierras y los recursos naturales, así como el derecho a decidir sus propias prioridades en lo que*

*atañe al proceso de desarrollo*³, y tiene por objeto fundamentalmente salvaguardar la participación que tengan en la adopción de medidas que puedan afectar su forma de vida y ampararlos ante la discriminación, cubriendo además una serie de cuestiones importantes para el desarrollo armónico de sus vidas, entre las cuales podemos encontrar el derecho consuetudinario, el derecho a la salud e implícitamente el derecho al agua.

Actualmente, dicho convenio se encuentra aprobado por el Congreso formando parte de la legislación chilena desde el 15 de septiembre de 2009, lo cual ha dado lugar a una serie de cuestionamientos en relación a la forma en cómo debe implementarse en Chile.

Al analizar el Convenio 169 nos percatamos que los aspectos más relevantes de éste, están relacionados con enfatizar el carácter colectivo de la propiedad sobre la tierra y recursos naturales de los pueblos indígenas, aspecto bastante innovador, ya que la regla general es proteger derechos de naturaleza individual; por otro lado, establecer mecanismos que tengan por objeto hacer partícipes a los indígenas de las medidas que estén directamente relacionadas con sus territorios y recursos.

De esta manera el Convenio regula los mecanismos de consulta y participación. El derecho de consulta aparece consagrado en el artículo 6.1 del Convenio, el cual consigna que: *“al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.”*

³ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “Manual para Mandantes Tripartitos de la OIT”, Ginebra: OIT, Departamento de Normas Internacionales, 2013, P 1.

Como podemos apreciar el Convenio no hace ningún tipo de distinción en cuanto a qué tipo de medidas legislativas o administrativas son objeto de consulta, por lo que debemos concluir que su alcance es general.

Además, el artículo 6.2 dispone que: *“Las consultas llevadas a cabo en la aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.”*

De acuerdo a lo anterior, la obligación de realizar la consulta recae en los gobiernos, no en las empresas privadas. Se debe ejecutar a través de procedimientos apropiados, esto implica que exista un clima de mutua confianza, con tal que se genere un diálogo en que todas las partes tengan la posibilidad de ser oídos, con la finalidad de que puedan llegar a un acuerdo. Debe llevarse a cabo mediante instituciones representativas de los pueblos indígenas interesados, esto quiere decir que se trate de instituciones gestadas al interior de las propias comunidades como resultado de sus procesos internos. Además, el procedimiento debe efectuarse de buena fe, los gobiernos deben entregarles a los pueblos indígenas toda la información posible respecto de las medidas susceptibles de afectarles. Luego, los pueblos indígenas deben contar con el tiempo y mecanismos necesarios para estudiarlas y comprenderlas a cabalidad; procediendo más tarde a organizarse de acuerdo a sus tradiciones para tomar una decisión al respecto y participar eficazmente. En relación a la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, (CEACR) señaló que: *“las consultas pro forma o la simple información no cumplirán con los requisitos del Convenio. Al mismo tiempo, dichas consultas no implican un derecho de veto ni su resultado será necesariamente alcanzar un acuerdo o lograr el consentimiento.”*

Por otro lado, el derecho de participación, consagrado en el artículo 7° del Convenio, se encuentra íntimamente ligado con la consulta. Lo que éste pretende es que los pueblos indígenas y tribales tengan un rol más activo en cuanto a su desarrollo económico, social y cultural; no se trata solamente de expresar su opinión en relación a las medidas que pretendan adoptar los gobiernos, sino que los indígenas tengan la posibilidad de proponer medidas en los asuntos que les atañen.

En relación al valor que se le da en Chile al Convenio 169, podemos decir que no existe una norma que establezca explícitamente el valor que se le debe dar a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, por lo tanto, se debe interpretar el artículo 5° de la Constitución Política de la República. La mayoría de la doctrina nacional ha entendido que los tratados internacionales ratificados y vigentes tienen rango de ley. Sin embargo, en el caso de los tratados internacionales sobre derechos humanos no existe una opinión uniforme al respecto. Algunos postulan que su jerarquía es supralegal o infraconstitucional, mientras otros le otorgan valor constitucional, señalando incluso que estos serían un mecanismo indirecto de reforma constitucional.⁴

Cabe señalar que en el año 2000 un grupo de diputados interpuso un requerimiento ante el Tribunal Constitucional con la finalidad que declarara inconstitucional el Convenio 169 en razón que éste no habría sido aprobado por la cámara de diputados con el quorum requerido para una Ley Orgánica Constitucional. Fundaban su argumento en que varias de las normas contenidas en el tratado modificarían tácitamente la Constitución.

Algunas normas de los tratados internacionales son autoejecutables, es decir son susceptibles de ser aplicadas en el derecho interno sin más trámite. En

⁴ HENRÍQUEZ, Myriam. Jerarquía de los tratados de derechos Humanos: análisis jurisprudencial desde un método de casos. [consulta 04 de marzo de 2016] disponible en línea: <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002008000100004&script=sci_arttext>

cuanto al derecho de Consulta y Participación, el Tribunal Constitucional ha estimado que los artículos 6° y 7° del Convenio son autoejecutables en razón a la forma en que se encuentran redactados, El artículo 6° N°1 además sería autoejecutable dado que artículo 22 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional regula *“La facultad de las comisiones- se refiere a las comisiones legislativas – para solicitar informes u oír a las personas o instituciones que estimen convenientes en el procedimiento legislativo, es un procedimiento apropiado”*. Del artículo 7° se infiere con claridad de la forma imperativa en que se encuentra redactado al disponer que los pueblos *“deberán participar”*.

Si bien el Tribunal Constitucional consideró que las normas relativas a la consulta y la participación son autoejecutables, cabe preguntarse la razón por la cual Chile habría regulado el procedimiento a través de decretos. Los tribunales superiores de justicia han entendido que a través del decreto 124 no se regula la consulta del Convenio, sino la Consulta establecida en el artículo 34 de la ley 19.254.

Pasaron casi 20 años desde que el Presidente Aylwin envió el Convenio al Congreso Nacional hasta que este se aprobó el 15 de septiembre de 2008. Una de las razones por la cual no se ratificaba el instrumento fue el sentido que se le daba al concepto *“Pueblos indígenas”*, existía un temor en la clase política en cuanto se afectara la naturaleza indivisible y unitaria del Estado chileno y su relación con la autodeterminación.

2. Legislación interna.

1.2.1 Ley 19.253⁵ sobre fomento, protección y desarrollo de los indígenas.

⁵ Publicada en el Diario Oficial el 05 de octubre de 1993.

La llamada Ley Indígena se promulgó en el año 1993, para aquella época esta ley fue un gran avance en la materia. Fue la puerta de entrada para ratificar el Convenio 169 de la OIT, por primera vez se estaban adoptando medidas para salvaguardar los derechos de las comunidades indígenas en Chile.

Esta ley crea la Comisión Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI), organismo encargado de promover, coordinar y ejecutar, en su caso, la acción del Estado en favor del desarrollo integral de las personas y comunidades indígenas, especialmente en lo económico, social y cultural, y de impulsar su participación en la vida nacional.⁶ La CONADI también tiene como función defender jurídicamente a los indígenas en conflictos relacionados con sus tierras y aguas.

También crea el Fondo para Tierras y Aguas Indígenas, el cual tiene por objeto financiar programas especiales dirigidos a las comunidades indígenas. Entre otros, financiar la constitución, regularización o compra de derechos de aguas u obras destinadas a obtener este recurso.

Se regula la participación indígena en el artículo 34, el cual señala que: *“Los servicios de administración del Estado y las organizaciones de carácter territorial cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas, deberán escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas que reconoce esta ley”*. Podemos observar que se trata de una participación bastante restringida, ya que sólo procede cuando los organismos de la Administración del Estado tratan materias indígenas, pero deja fuera otros organismos y, por otro lado, consiste meramente en escuchar la opinión de las organizaciones indígenas, no permite una participación activa de ellas.

⁶ Artículo 39 de la ley 19.253.

Se critica el hecho de haberse aprobado esta ley con modificaciones que debilitaron su contenido, por ejemplo, se eliminó el artículo 18 del proyecto original, el cual otorgaba derechos preferentes a los indígenas en la constitución de derechos de aguas y de aprovechamiento y manejo de recursos forestales, uso de riberas, en tierras indígenas y aguas colindantes. Asimismo, no reconoce a los indígenas el carácter de pueblos, este es un punto bastante sensible, ya que dentro de las demandas más importantes de indígenas se encuentra la capacidad de autodeterminación y que se reconozca su derecho consuetudinario y forma de vida preexistente al Estado de Chile.

1.2.2 Decreto Supremo N° 124 del año 2009.

A pocos días de entrar en vigencia el Convenio 169, el Gobierno de Michelle Bachelet publicó el Decreto Supremo N° 124⁷ que reglamentaba la norma sobre participación de la Ley Indígena. Su objetivo era establecer un mecanismo transitorio que regulara la consulta y la participación de los pueblos indígenas mientras se realizara un proceso de consulta a nivel nacional que permitiera la dictación de un reglamento definitivo, reconociendo que las normas del Convenio 169 sobre estas materias tendrían vigencia inmediata, pero que de todos modos necesitaban articulación interna para su aplicación.⁸

La entrada en vigencia del Convenio debería haber sido un motivo de celebración, sin embargo, como veremos, a través del Decreto N° 124 se restringe la aplicación del Convenio, por lo que no se logra el objetivo perseguido por éste.

El artículo 2° del Decreto Supremo N° 124 establecía que la consulta es: *“El procedimiento a través del cual los pueblos indígenas interesados, a través de los sistemas que este reglamento diseña, pueden expresar su opinión a través de la*

⁷ Publicado en el Diario Oficial el 04 de septiembre de 2009.

⁸ CONTESE, J y LOVERA, D. El Convenio 169 de la OIT en la jurisprudencia chilena: Prólogo del incumplimiento. Anuario de Derecho Público UDP: 129, 2011.

forma, el momento y la razón de determinadas medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente y que tengan su origen en alguno de los órganos de la administración del Estado señalados en el artículo 4° de este reglamento, mediante un procedimiento adecuado y a través de sus organizaciones representativas". Desde el punto de vista del derecho internacional, la consulta es más que la posibilidad de opinar respecto de una determinada medida administrativa o legislativa. En opinión del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Situación de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas, James Anaya, este mecanismo lleva adelante "negociaciones" en procura de acuerdos aceptables y que se celebren antes de la adopción de las decisiones sobre las medidas propuestas, y no como consultas con el carácter de mecanismos para proporcionar a los pueblos indígenas información sobre decisiones que ya se han adoptado o están en proceso de adoptarse, sin permitirles influir verdaderamente en el proceso de adopción de decisiones.⁹

Al comparar la consulta consagrada en el Convenio 169 y la consulta del decreto 124 podemos notar bastantes diferencias, ya que este último limita el alcance del Convenio. En primer lugar, en el Convenio la consulta se establece como un mecanismo de negociación, a diferencia del decreto que se establece como el derecho de los pueblos indígenas a expresar su opinión; en segundo lugar el Convenio no distingue qué tipo de medidas administrativas o legislativas deben ser objeto de consulta, distinción que si realiza el decreto en su artículo 14° el cual dispone que las medidas legislativas que pueden ser consultadas son los proyectos de reforma constitucional, los proyectos de ley y reglamentos que tengan su origen en los órganos de la administración del Estado, que se señalan en el mismo decreto. Y respecto de las medidas administrativas dispone que son las políticas, planes o programas elaborados por los órganos de la administración

⁹⁹ CONTESSE, J y LOVERA, D. El Convenio 169 de la OIT en la jurisprudencia chilena: Prólogo del incumplimiento. Anuario de Derecho Público UDP: 130, 2011.

del Estado. En tercer lugar, el Convenio no identifica que órganos del Estado deben aplicar el proceso de consulta, en cambio el decreto si distingue, en el artículo 4° nombra a los órganos del Estado a los cuales se les aplica la consulta, excluyendo a los órganos administrativos autónomos como la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Municipalidades y empresas públicas creadas por ley. En cuarto lugar, el Convenio no establece un tiempo determinado para el proceso de consulta, plazo que si consigna el decreto estableciendo un máximo de 90 días para que el proceso quede concluido.

Los artículos 16 y 21 del decreto 124, entregaban la decisión de iniciar un proceso de consulta a los órganos de la administración del Estado, de manera que se limita aún más el procedimiento de consulta, lo cual carece de sentido toda vez que de esta manera no se cumple con el objetivo de oír a los pueblos indígenas respecto de todas las medidas que pudieran afectarles en su desarrollo, cultura y patrimonio. El procedimiento debiera asegurar la posibilidad de que las comunidades indígenas puedan expresar su opinión y participar en las medidas los involucren directamente, es decir que cada vez que ellos consideren que una medida los podría afectar, tengan derecho a expresarle a las autoridades cuál es su posición al respecto y de esa forma lograr un acuerdo en el cual se vean menos afectados, porque debemos recordar que son medidas que dicen relación con sus tierras, entorno, recursos, cultura y forma de vida milenaria.

Uno de los aspectos que llaman bastante la atención del Decreto 124 es que dejaba fuera de su aplicación a los proyectos de inversión, los cuales señalaba, debían regirse por los procedimientos de consulta y participación que contemplaban las respectivas normas sectoriales. Es curioso que se dejara fuera de su campo de aplicación la materia más importante sobre la cual se generan la mayor cantidad de conflictos.

1.2.3 Reglamento N° 66 del año 2013.

Durante el gobierno de Sebastián Piñera fue publicado el Decreto Supremo N° 66¹⁰, el cual aprueba el reglamento que regula el procedimiento de consulta indígena, en virtud del artículo 6.1 y 6.2 del Convenio 169 y deroga el decreto N° 124.

El decreto 66 a diferencia del decreto 124 si fue fruto de un proceso de consulta previa que se llevó a cabo durante el período comprendido entre marzo de 2011 y abril de 2013, en el cual se realizaron 298 reuniones con los pueblos indígenas. El gobierno recibió 11 contrapropuestas de ellos. En el mismo decreto se señala que uno de sus objetivos principales es desarrollar aquellos conceptos que el Convenio 169 utiliza de forma genérica y que requieren ser precisados de acuerdo a la realidad jurídica nacional para darles una correcta aplicación, y en particular, establecer la oportunidad en que debe realizarse la consulta y el procedimiento que deberá seguirse cuando se adopte una medida administrativa o legislativa susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas.

A pesar de cumplir con el trámite de la consulta el decreto 66 tampoco se apega al espíritu del Convenio, sigue estableciendo normas restrictivas en cuanto a la aplicación de la consulta. En el artículo 7° señala que: *“son medidas legislativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas los anteproyectos de ley, anteproyectos de reforma constitucional, o la parte de estos, cuando sean causa directa de un impacto significativo y específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales (...)”*. De esta manera se excluyen los proyectos de ley de alcance general que no afecten únicamente a los pueblos indígenas, como por ejemplo la Ley de Pesca o la Ley Forestal. En cuanto a las medidas administrativas nuevamente el decreto señala que estas serán objeto de Consulta, siempre y cuando tengan un efecto significativo y específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales. Podemos advertir que se vulnera el

¹⁰ Publicado en el Diario Oficial el 15 de noviembre de 2013.

Convenio, debido a que éste no distingue, es decir debe consultarse siempre que las medidas legislativas o administrativas afecten en forma directa a los pueblos indígenas. En cuanto a los proyectos de inversión el artículo 8° señala que los proyectos o actividades que ingresan al Sistema de Evaluación Medioambiental se consultaran de acuerdo a la normativa de este sistema, pero respetando el artículo 16° del decreto N° 66 que se refiere a las etapas de la consulta.

1.2.4 Decreto Supremo N° 40 del año 2013.

El decreto 40¹¹ regula el Sistema de Impacto Evaluación Ambiental, establece que la consulta sólo procede en los casos que deba efectuarse un Estudio de Impacto Ambiental. En el título II señala que se debe realizar un Estudio de Impacto Ambiental cuando: existe riesgo para la salud de la población (Art. 5°), efectos adversos significativos sobre los recursos naturales renovables (Art. 6°), reasentamiento de comunidades humanas o altamente significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos (Art. 7°), localización y valor ambiental del territorio (Art. 9°), alteración del patrimonio cultural (Art. 10°). Al establecer casos específicos de procedencia se limita el ámbito de aplicación de la consulta en los términos del decreto 169 de la OIT.

La mayoría de los conflictos que se producen en esta materia es precisamente por omitir el trámite de la consulta. En varias ocasiones la Corte Suprema ha anulado Resoluciones de Impacto Ambiental por haberse vulnerado el Convenio 169 al no realizarse la consulta.

El primer caso en que una comunidad indígena interpone un recurso de protección impugnando una resolución de Calificación Ambiental fue el caso

¹¹ Publicado en el Diario Oficial el 12 de agosto de 2013.

caratulado Puelman/COREMA de Temuco¹², en el cual se impugna una resolución emitida por la COREMA de Temuco, la que aprobaba el proyecto de Piscicultura Palguín. Se trataba de un proyecto que pretendía construir una piscicultura con una producción de 80 toneladas de salmonoides al año, que se ubicaría en el sector de Palguín, a ochocientos metros arriba, por el río Palguín, donde viven 200 familias de una comunidad indígena mapuche a las cuales les preocupaban las consecuencias que traería aparejado este proyecto, sobre todo la contaminación de las aguas, ya que se estaría poniendo en riesgo la salud de las personas que usan el río.

Los representantes de la comunidad presentaron un recurso ante la CONAMA, argumentando que la evaluación del proyecto correspondía a Estudio de Impacto Ambiental, debido a que recaía en una zona de interés turístico de las comunas de Villarrica y Pucón. La CONAMA rechazó el recurso argumentando que las Zonas de Interés Turístico deben ser declaradas por decreto y que este no era el caso. Los recurrentes señalaron que se estaba vulnerando el artículo 19 N°2 de la Constitución Política de la República, porque el Estado debe tomar medidas especiales para evitar vulneraciones de los derechos de los pueblos indígenas, lo que se traduce en el deber de consulta. Además, se estaría afectando el derecho a la vida y a la integridad física y síquica de las personas, dado que en el proyecto de piscicultura se usarían sustancias que contaminarían el río y alterarían el ecosistema afectando consecuentemente salud de las personas. Lo mismo sucede con el derecho a la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio de todos los cultos que no se opongan a la moral, las buenas costumbres y el orden público, debido a la existencia de la cancha de Guillatún, la cual es un lugar sagrado mapuche que se encuentra muy cerca del río, que de ser alterado impediría el libre ejercicio del culto mapuche. En cuanto al derecho a desarrollar una actividad económica, sería perjudicial debido a que entorpecería el desarrollo de actividades turísticas, igualmente que, para el derecho de propiedad, por las tierras de las cuales son dueños en ese sector.

¹² Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N° 1705 -2009.

Por su parte el abogado de la CONAMA argumenta que no se estaría vulnerando el Convenio 169 de la OIT, dado que las normas del Convenio y las normas de Evaluación de Impacto Ambiental operan bajo el mismo principio, debido a que se incluye el mecanismo de participación, lo que en este caso no correspondía por no generarse los efectos de artículo 11° de la ley 19.300, y que además se había llevado a cabo un proceso de socialización del proyecto a las comunidades indígenas en que se dio a conocer el proyecto, sus efectos y la forma de neutralizarlos.

Finalmente, el recurso de protección fue acogido por la Corte de Apelaciones de Temuco porque se omitió el trámite de la consulta en circunstancias que procedía, dado que la resolución que aprueba el proyecto de piscicultura Palguín es en toda su magnitud una medida administrativa como lo señala el convenio 169 puesto que emana de un órgano de la Administración del Estado que sin duda puede afectar a los actores; debido a que el convenio señala que se debe consultar a los pueblos interesados cada vez que se prevean medidas administrativas susceptible de afectarles directamente.¹³ Lamentablemente, la Corte Suprema rechazó el recurso desconociendo la vigencia del Convenio 169, argumentando que en el caso no había impactos ambientales, ya que este había sido ponderado por la autoridad ambiental, razón por la cual se había determinado que el proyecto fuera sometido al SEIA con una simple Declaración de Impacto Ambiental, y que por tanto la consulta era innecesaria.¹⁴

Capítulo segundo

¹³ Corte de Apelaciones de Temuco, rol 1705-2009, considerando 9°.

¹⁴ YAÑEZ, Nancy “et al”, *Las Aguas Indígenas en Chile*, Santiago, Chile, 2011, 1º ed. P 181.

“Análisis del derecho indígena al agua y el derecho humano al agua en el derecho internacional y como límite de la soberanía del Estado”

2.1 Derecho humano al agua

2.1.1 Derecho humano al agua en el derecho internacional.

El agua es un elemento esencial para la vida de manera transversal , en ella nace la vida y se da; sin embargo, a pesar de la conciencia universal que existe sobre su importancia lamentablemente aún hay personas en el mundo que no tienen acceso a ella así como también no todos los estados la han reconocido como un derecho en sus legislaciones respectivas, dicha situación ha provocado una reacción a nivel internacional que se ha manifestado en la preocupación de precisar y reconocer expresamente “El derecho al agua” como un derecho humano. Aquella hazaña sólo es el primer paso de un extenso camino, pero que felizmente ya tiene un comienzo.

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano en 1972 posicionó en el seno de la comunidad internacional al recurso hídrico como objeto de protección especial por el ordenamiento jurídico para su uso sustentable por las generaciones tanto actuales como venideras, abriendo así un debate en torno a la calidad jurídica atribuible al agua. Posteriormente la ONU reitero dicho concepto en numerosas oportunidades siendo algunas de ellas La Conferencia Sobre el Agua en Mar del Plata, Argentina y La Conferencia Internacional Sobre el Agua y el Medio Ambiente (CIAMA), en Dublín, Irlanda, La Conferencia Sobre Medioambiente y Desarrollo, en Rio de Janeiro, Brasil, en la cual se aprobó, además, un plan de acción para el desarrollo sustentable con el objetivo de satisfacer las necesidades básicas y otorgar protección a los ecosistemas.

Asimismo, es preciso considerar como base de la normativa actual en el plano internacional La Conferencia Mundial de Derechos Humanos realizada

en Viena, del año 1993, La Global Water Partnership (GWP) y la ONU a través del Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Existen una gran cantidad de pactos o acuerdos internacionales que reconocen y declaran formalmente la existencia de una serie de Derechos Humanos. Entre los más relevantes se encuentran, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (PIDESC), el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos de 1966, la Convención Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Entre los derechos humanos reconocidos y declarados se encuentran el derecho a la vida, a disfrutar de un nivel de vida adecuado para la salud y el bienestar, a la protección frente a las enfermedades y a una alimentación adecuada. En ellos no hay reconocimiento expreso del derecho humano al agua, lo cual no significa que no se encuentre implícitamente reconocido, no pudiendo ser de otra manera ya que el derecho al agua es un presupuesto de existencia para el goce y disfrute de otros derechos humanos siendo inviables sin su existencia, sin embargo aquella observación solo consistía en una mera interpretación sostenida por la doctrina que no obstante finalmente fue respaldada en el año 2002 gracias a la observación general n°15 la cual tuvo como finalidad determinar el sentido y alcance del art. N°11 y 12 del PIDESC y que logró esclarecer el significado del derecho humano al agua definiéndolo como *“el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico”*, incitando también al reconocimiento legislativo de este derecho e imponiendo a todos los estados partes las obligaciones de respetarlo, protegerlo y cumplirlo al igual que todos los derechos humanos.

La postura de la normativa internacional ha sido realista en cuanto a considerar al agua como un recurso limitado al cual no todas las personas tienen acceso de la misma forma. Por eso, ha sido bastante relevante la

instauración de ciertos estándares mínimos que no varían ni aun dependiendo de las circunstancias, ello es otro mérito que se ha reflejado en la observación precedentemente mencionada. A este respecto la disponibilidad del recurso hídrico será aceptable en tanto cada persona pueda satisfacer sus necesidades de manera continua y suficiente para los usos personales y domésticos, esto comprende la preparación de alimentos, la higiene personal y doméstica entre otros aspectos; en cuanto a la calidad del agua, esta debe encontrarse salubre, es decir libre de microorganismos o sustancias químicas o radiactivas que puedan constituir una amenaza para la salud de las personas, esto incluye un color, olor y sabor aceptable, y finalmente en relación a la accesibilidad debe ser igual para todos sin discriminación alguna, tanto física como económicamente, en otras palabras estar al alcance físico de todos los sectores de la población y cuyos costos y cargos asociados sean asequibles para la misma.

El 28 de julio del año 2010 fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas la resolución 64/292 en la cual se reconoce explícitamente el derecho humano al agua y al saneamiento señalando que “*es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos*” confirmando así la relación entre el agua y los derechos humanos ya señalada en la observación nº 15 del mismo organismo por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también “Exhorta a los Estados y las organizaciones internacionales a que proporcionen recursos financieros y propicien el aumento de la capacidad y la transferencia de tecnología por medio de la asistencia y la cooperación internacionales, en particular a los países en desarrollo, a fin de intensificar los esfuerzos por proporcionar a toda la población un acceso económico al agua potable y el saneamiento; Y Acoge con beneplácito la decisión del Consejo de Derechos Humanos de pedir a la experta independiente sobre las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y el saneamiento que presente un informe anual a la Asamblea General”

El derecho humano al agua sólo se menciona explícitamente en dos tratados de derechos humanos de la ONU (sin considerar las reiteradas conferencias en las cuales se hizo alusión a él), La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres (1980) en la cual se señala que: *“Los Estados Partes aseguran a las mujeres el derecho a gozar de condiciones de vida adecuadas particularmente en las esferas de(...)el abastecimiento de agua”* y La Convención sobre los Derechos del Niño (1989), que exige a los Estados Partes que luchen contra las enfermedades y la malnutrición mediante *“el suministro de alimentos adecuados y agua potable salubre”*

2.1.2 Derecho humano al agua en la legislación chilena.

Actualmente muchos países consagran en sus respectivas constituciones el derecho al agua, sin embargo, nuestro país no es uno de ellos, en particular nuestra Constitución señala en su artículo 19 n°24 inciso final que: *“la Constitución asegura a todas las personas: Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”* por tanto sólo se consagra un derecho propiedad para aprovechar el agua.

Para entender dicho precepto es menester distinguir la existencia en Chile de derechos reconocidos y constituidos en conformidad a la ley, los primeros se originan por el hecho de su uso, una situación especial o su reconocimiento por el legislador y los segundos por acto de autoridad competente, es decir la dirección general de aguas y excepcionalmente el Presidente de la República, esto tiene importancia respecto del reconocimiento del derecho de propiedad ancestral indígena sobre las aguas que usan desde tiempos inmemoriales y cuya fundamentación jurídica se basa en el derecho propio indígena. Por consiguiente, es que nuestra carta fundamental no garantiza el agua, el acceso

al agua ni menos su acceso bajo los términos contemplados por las Naciones Unidas o por lo menos no directamente.

Sin perjuicio de ello, debemos tener presente que dentro de las garantías contempladas se encuentra como un derecho fundamental el derecho a la vida, respecto de lo cual nos parece prudente mencionar como mera observación que si nuestra carta fundamental reconoce el derecho a la vida que se encuentra íntimamente ligado al derecho al agua, no habrían razones aparentes para no garantizar el derecho al agua; por otro lado si bien la relación entre ambos derechos es extremadamente estrecha o íntima siguen siendo sustancialmente distintos no pudiendo substituir uno al otro, ello se vuelve una dificultad a la hora de invocarlo ante tribunales de manera subsidiaria al derecho al agua, siendo menester recurrir a los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile los cuales se encuentran constantemente cuestionados en cuanto a si poseen o no un rango constitucional en virtud del llamado "*bloque de constitucionalidad*". La misma problemática se nos presenta respecto del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y el derecho a la protección de la salud en relación con los términos bajo los cuales se encuentra contemplado el derecho al agua en virtud de la observación general ya señalada. Por ello, es de suma importancia la legislación internacional, ya que no sólo tiene por objeto llenar los vacíos legales de los países o reconocer derechos preexistentes, sino que también "*estimular a la comunidad internacional y a los gobiernos para que redoblen sus esfuerzos para satisfacer las necesidades humanas básicas y para la consecución de los Objetivos de Desarrollo del Milenio.*"¹⁵

En Chile han sido ratificados todos los tratados ya mencionados en el subtítulo precedente, incluidos La Convención sobre la Eliminación de todas

¹⁵ DEPARTAMENTO DE ASUNTOS ECONOMICOS Y SOCIALES DE NACIONES UNIDAS, El Derecho Humano al Agua y los ODM, disponible en línea http://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/human_right_to_water.shtml, (visitado el 4 de enero de 2016)

las Formas de Discriminación contra las Mujeres y La Convención sobre los Derechos del Niño, los cuales consagran expresamente el derecho humano al agua, reconociéndose por tanto de manera indirecta en nuestro derecho interno por el sólo hecho de haber sido ratificados en virtud del Art. 5° de la CPR independientemente de las discusiones doctrinarias que le atribuyan ya sea jerarquía de ley o constitucional.

2.2 Naturaleza jurídica del derecho al agua indígena.

La materialización de los derechos consagrados en el convenio 169 de la OIT y su relación con el derecho al agua indígena precisa comprender su origen y determinar su naturaleza jurídica por ser un punto de partida o principio rector desde el cual se desencadenan sus efectos, se determina su alcance y se originan sus cimientos.

En cuanto al origen de sus fuentes como derecho indígena propiamente tal en principio era considerado como un conjunto de usos y costumbres, aquella concepción tendía a ser bastante marginadora, ya que consideraba el sistema normativo de los pueblos indígenas como un conjunto de costumbres aisladas que buscan un reconocimiento dentro del ordenamiento positivo nacional. Actualmente la tendencia es a concebir el derecho indígena como un sistema normativo que forma parte de nuestro pluralismo jurídico el cual *“es una perspectiva teórica que permite reconocer la coexistencia de diversos sistemas jurídicos en un mismo espacio geopolítico; espacio en el que, por ende, se dan múltiples conflictos de interlegalidad”*¹⁶

Por desgracia, como ya hemos señalado, el derecho al agua no se encuentra consagrado en nuestra carta fundamental, y dado que por lo expuesto sabemos que los indígenas han tenido que adaptarse injustamente a condiciones

¹⁶ BERRAONDO, Mikel. Pueblos Indígenas y Derechos Humanos. Bilbao, España: Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, 2006.p 537.

menos favorables por decisiones históricas que no han dependido de ellos, entonces, ¿De qué manera en Chile se protege el derecho al agua de nuestros pueblos indígenas? Para el ciudadano que no se encuentra dentro de algún grupo étnico en particular ya es difícil hacer valer su derecho al agua, por consiguiente la dificultad se ve irremediamente aumentada si se trata de alguna persona perteneciente a la comunidad indígena, al encontrarse dentro de una minoría vulnerable en desmedro del resto de la población, y es por ello mismo que dichos grupos necesitan un mecanismo normativo que venga a paliar aquella desventaja, sin perjuicio de que ello nos lleva inevitablemente a nuevos conflictos con respecto a la priorización de los derechos de las minorías por sobre los derechos de las mayorías, no obstante, creemos que no sólo se trata del derecho de minorías, sino también de una deuda histórica contraída no sólo a nivel de estado sino también a nivel internacional desde que se ha tomado conciencia tanto de los derechos humanos como del daño que se ha causado producto del yugo de quienes han sido conquistadores, puesto que desgraciadamente la conciencia de la humanidad va un paso después que sus acciones.

Entonces, para contestar a esta pregunta, debemos recurrir no sólo a los tratados internacionales, sino también a las manifestaciones de la conciencia internacional, ya sea a través de recomendaciones, declaraciones, y observaciones generales. En efecto, el derecho internacional se ha vuelto una forma de llenar vacíos en la legislación chilena a través de las normas *ius cogens* y en particular a través del “bloque de constitucionalidad”, cuyo fundamento se encuentra en el artículo 5º de la carta fundamental, el cual señala que: *“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”* Esto nos ha permitido integrar los derechos humanos que emanan de la naturaleza de la persona que no se encuentran contemplados por nuestra carta fundamental, siendo una limitación para la soberanía del estado por expresa

disposición constitucional, pero he aquí una nueva interrogante y consiste en determinar si efectivamente es un derecho humano el derecho al agua indígena, ya que su naturaleza jurídica no está clara para la doctrina y hay controversia.

Según como lo define el profesor José Luis Cea Egaña los derechos humanos son: “*derechos, libertades, igualdades o inviolabilidades que, desde la concepción, fluyen de la dignidad humana y que son intrínsecos de la naturaleza singularísima del titular de esa dignidad. Tales atributos, facultades o derechos públicos subjetivos son, y deben ser siempre, reconocidos y protegidos por el ordenamiento jurídico, permitiendo al titular exigir su cumplimiento con los deberes correlativos*”, por tanto una de sus características fundamentales radica en que no son creados por el derecho positivo ni por la doctrina o la jurisprudencia sino que son reconocidos para que por esta vía sean asegurados convirtiéndose en una obligación jurídica para los estados su protección y promoción. Otro rasgo de relevancia es que por ser inherentes a la naturaleza humana no dependen de la nacionalidad, territorio, raza ni etnia, es decir se aplican a todos los seres humanos por el simple hecho de serlo. En resumidas cuentas, los derechos humanos existen por sí mismos y el derecho internacional sólo los reconoce para efectos prácticos de protección y promoción. Tampoco dependen de ningún contexto político, jurídico o social, sino que su fundamentación se encuentra en la dignidad de la persona humana.

Analizando estas características de los derechos humanos en principio debiéramos decir que independientemente de que se les haya relacionado en el ámbito internacional con el derecho indígena no son lo mismo por definición, por un lado el derecho indígena en general sólo se aplica a los grupos que cumplen con ciertas particularidades, cuestión que dista bastante de lo que entendemos como una característica de los derechos humanos; por otro lado el derecho indígena efectivamente tiene por objeto entre otros reconocer la dignidad de las comunidades indígenas, no obstante los derechos humanos no tienen limitación

alguna incluyendo las etnias, podríamos aducir que en realidad los indígenas ya gozan de dignidad por el sólo hecho de ser persona humana.

La protección de las comunidades indígenas en cuanto al agua pasa primero por el hecho de que son personas y por consiguiente tienen derecho al agua al igual que todos los seres humanos, sin perjuicio de la discusión suscitada respecto del bloque de constitucionalidad, y además por ser un grupo minoritario de la población y en virtud de los tratados internacionales ratificados por Chile se les reconocen ciertos beneficios, no obstante “Hay quienes sostienen que el perfeccionamiento del sistema de protección a los derechos humanos es suficiente para que también los indígenas disfruten plenamente de estos derechos. Sin duda se han logrado avances en la protección de los derechos de todos los individuos independientemente de sus características étnicas, culturales o raciales y en muchas sociedades hay personas indígenas que gozan todos los derechos al igual que otros ciudadanos. Sin embargo, el movimiento indígena internacional no considera que esto sea suficiente.”¹⁷ Por las razones que desarrollaremos con posterioridad en nuestra investigación.

Como ya lo habíamos adelantado, parte de la jurisprudencia y en particular el Tribunal Constitucional, no considera que en virtud del artículo N°5 de la Constitución pueda justificarse la incorporación o integración de una multiplicidad de tratados internacionales a nuestro derecho interno que reconocen los derechos indígenas y la jurisprudencia extranjera. Su argumentación se basa en que “*ello significaría modificar la Constitución, sin sujeción a los procedimientos establecidos en la carta fundamental*”¹⁸, no siendo Chile el único país que ha llegado a dicha conclusión, la cual los ha llevado a buscar alternativas para legitimarlo, ya sea a través de la exigencia de un quórum o a través de la modificación de sus respectivas cartas fundamentales. En particular respecto del

¹⁷ BERRAONDO, Mikel. Pueblos Indígenas y Derechos Humanos. Bilbao, España: Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, 2006.p 24-25.

¹⁸ YAÑEZ, Nancy “et al”, Las Aguas Indígenas en Chile”, Santiago, Chile, 2011, 1ªed. p 140.

Convenio 169 de la OIT el Tribunal Constitucional consideró necesaria para su aprobación un quórum de cuatro séptimas partes de los senadores en ejercicio, siendo el primer tratado sobre derechos humanos sometido a esta exigencia lo cual significa un control de constitucionalidad respecto del Convenio.

Por otra parte no hay que perder de vista que una vez ratificado el Convenio todas las modificaciones que se hagan al derecho interno así como también todas las exigencias requeridas para garantizar los derechos consagrados en él se encuentran bajo la supervisión de la CEACR, esto significa que los estados deben cumplir con la obligación de presentar regularmente memorias con la información detallada acerca de la implementación y medidas que se han adoptado tanto en materia legislativa como material.

En resumidas cuentas actualmente suele invocarse un discurso de derechos humanos para defender y promover los derechos indígenas, lo cual recae en un equívoco, por no atenerse a la naturaleza jurídica tanto de los derechos indígenas como de los derechos humanos dejando entrever una peligrosa ignorancia jurídica que no permite entender los instrumentos legislativos ni las instituciones que los implementan a cabalidad, y que ha sido masificada como un discurso prácticamente político despojándole de la seriedad que amerita, es decir el Convenio 169 sólo *“reafirma que los pueblos indígenas y tribales tienen los mismos derechos humanos y libertades fundamentales que todos los demás seres humanos.”*¹⁹ Lo cual no hay que confundir con que sean derechos humanos especiales para un determinado grupo ya que por definición ello carecería de lógica.

2.3 El sistema interamericano de derechos humanos y la comunidad indígena en relación con el recurso hídrico.

¹⁹ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “Manual para Mandantes Tripartitos de la OIT”, Ginebra: OIT, Departamento de Normas Internacionales, 2013, 3 P.

2.3.1 El Sistema Interamericano de los Derechos Humanos.

Es importante señalar que, si bien el Sistema Interamericano de Derechos Humanos juega un rol importante respecto a los derechos de los pueblos indígenas, no hay un instrumento específico que emane de él destinado a resguardar sus derechos, no obstante, sus derechos se han amparado de igual forma a través de la jurisprudencia de la Corte Interamericana y mediante la aplicabilidad de los derechos humanos a la colectividad indígena.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos está compuesto por dos órganos: La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos humanos. Ambos son organismos que no pueden dar solución a todo el problema indígena, sin embargo, debemos reconocer su injerencia en el reconocimiento de los derechos de la colectividad indígena, en particular CIDH ha dictado varios fallos en los que se ha reconocido el derecho colectivo de estas comunidades a la tierra y naturaleza “interpretando de un modo evolutivo y más amplio el concepto de propiedad”.

En el año 1990 la Comisión crea una Relatoría especial para los asuntos indígenas. Que sirvió para consolidar la presencia de cuestiones indígenas en la agenda de trabajo de la comisión. Y Desde su creación las cuestiones indígenas aparecen en sus informes generales y especiales.

Cabe señalar que existe un proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas²⁰. En el año 1989 la Organización de Estados Americanos le encarga a la Comisión Interamericana la confección de un instrumento en el cual se consagren los Derechos de los pueblos indígenas. Para

²⁰ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Relatoría sobre los asuntos de los pueblos indígenas. Proyecto de declaración americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/actividades/declaracion.asp> (visitado el 11 de febrero de 2016)

preparar este proyecto la Comisión recogió sugerencias y comentarios de los gobiernos, organizaciones indígenas, organizaciones intergubernamentales y expertos, a través de cuestionarios y una serie de encuentros nacionales y regionales. En el año 1997 la Comisión aprueba el proyecto de Declaración Americana de los pueblos indígenas y lo pone en disposición de la asamblea general de la OEA. En 1999 la Asamblea General establece un grupo de trabajo permanente para que continúe con la consideración del proyecto. A partir de ese momento el grupo de trabajo ha celebrado sesiones con representantes de los pueblos indígenas.

2.3.2 Jurisprudencia Awas Tingni e importancia.

Uno de los casos más relevantes a este respecto por ser la primera jurisprudencia relacionada con el derecho de propiedad de carácter colectivo de los pueblos indígenas sobre sus tierras y recursos naturales, ha sido el caso caratulado Awas Tingni v/s Nicaragua. Este juicio comenzó por una petición ante la CIDH en el año 1995. La comunidad indígena Awas Tingni presentó esta petición debido a que el estado de Nicaragua le otorgó una concesión para explotación forestal a una empresa transnacional dentro de su territorio ancestral. El argumento del Estado se basaba en que la comunidad carecía de un título, por lo tanto, no podían acreditar su dominio sobre esas tierras y, en consecuencia, se estimaba que aquellos territorios pertenecían al Estado. La Corte dictó sentencia el año 2001, reconoció el dominio de la comunidad Awas Tingni sobre esas tierras, ya que en el fallo señala: *“El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial y el consiguiente registro”*.²¹ De esa manera la Corte consideró que por el uso y posesión ancestral la comunidad Awas

²¹. BERRAONDO, Mikel. Pueblos Indígenas y Derechos Humanos. Bilbao, España: Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, 2006.189 p.

Tingni era dueña de esos territorios. Otro aspecto importante que podemos destacar es la interpretación evolutiva que hace la Corte del artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Si bien este artículo protege el derecho a la propiedad privada individual de acuerdo al sentido liberal clásico, la Corte interpretó que este artículo también protege el derecho de propiedad comunal, de manera tal que toda la comunidad indígena es dueña de esos territorios. Sin embargo, y a pesar del importante rol que ha cumplido la Corte en esta materia los estados parte tienen la obligación internacional de cumplir el fallo de la Corte, no obstante, la Corte no tiene facultad de imperio para forzar su cumplimiento.

La Corte ha entendido la relación especial que existe entre las comunidades indígenas y sus tierras y recursos naturales, ya que no se trata de una relación meramente material y económica, sino una relación espiritual y cultural. Uno de los pasajes más emblemáticos de la sentencia afirma que: *“La estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción, sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”*.²²

Capítulo Tercero

“Vulnerabilidad de los grupos étnicos en Chile en cuanto a sus derechos de aprovechamiento de agua y derecho al agua”

3.1 Importancia cultural del derecho al agua en las comunidades indígenas y la conculcación de sus derechos.

²² Ídem. p187.

Si bien la cultura indígena varía dependiendo de la etnia a la que corresponde siempre hay un punto de encuentro en torno al significado de la naturaleza, no siendo solamente aquella de la cual se sirven, sino también un simbolismo al cual se le otorga cierta personalidad que se ve reflejada a través de los rituales ancestrales que suelen realizar por generaciones. Los ritos para nuestros pueblos originarios representan los valores de una sociedad en la cual la naturaleza es parte de ella desde una perspectiva divina y misericordiosa, la que ha dado origen a la propia humanidad, y a la cual le debemos todo lo que nos rodea no teniendo por consiguiente propiedad alguna sobre ella sino al contrario

Existe un lazo profundo entre la tierra y nuestros ancestros, lazo subestimado e incomprensido por el hombre mestizo fruto de múltiples choques interculturales e influido por la era de la “*globalización*” que explica el dolor manifestado a través de protestas que reflejan un grito desesperado por atención, grito que también se ha intentado hacer valer a través de instancias jurídicas, sometiéndose al derecho de aquel hombre lejano a dicha cultura pero que sigue siendo de alguna manera parte de ella, por ser mestizo.

El agua siendo indiscutiblemente un recurso básico e indispensable a cualquier ser vivo que habite este planeta también cumple roles propios de cada cultura, en muchas de ellas se usa para rituales que involucran una fe ciega por quienes los profesan siendo profanados por quienes lucran con ella sin contemplar la ruptura cultural que implica para las comunidades aledañas, las cuales normalmente terminan trasladándose a otros lugares o relocalizándose por no tener los conocimientos para defenderse.

Si bien actualmente existen comunidades organizadas que intentan buscar justicia apoyadas por ciertas instituciones del estado como la CONADI, han

necesitado años de conflicto e injusticias para obtener argumentos irrefutables que les permitan mantener una opinión activa e influyente reflejando cada logro en una derrota del pasado propia de un país que no respeta su origen.

Los rituales aparentemente irrelevantes para una visión antropocéntrica lejana a la filosofía cósmica han sido desde tiempos inmemoriales de gran importancia para los indígenas, siendo vulnerables a la influencia de otros principios propios de culturas cuya espiritualidad se relaciona con un Dios ligado a la tradición cristiana, distando bastante de la cosmovisión indígena sobre todo en torno a la importancia que se le otorga a la naturaleza.

Uno de los peligros más importantes que asechan a nuestras comunidades aborígenes no sólo lo encontramos en el mercado que usa el agua, sino también en la evangelización que actualmente se sigue practicando, esto, en la materialidad implica la renuncia a las tradiciones propias de sus comunidades para tornar a la ciudad perdiendo la significación de la naturaleza y el agua para fundirse junto al resto de la población.

Es importante fomentar, comprender y empatizar en que cada pueblo tiene su propia cultura y una forma de respetarla consiste en entender que para ellos la naturaleza y principalmente el agua son esencialmente divinidades de su cultura. Dicha reflexión nos permite comprender de mejor manera el conflicto que actualmente se desarrolla entre el choque de dos culturas y tradiciones diferentes pero que conviven físicamente dentro de un mismo territorio y no arriban a un punto de encuentro.

3.2 Análisis en particular de la situación de las comunidades indígenas del norte de Chile.

En este título analizaremos la forma de vida de distintas comunidades indígenas que habitan el norte nuestro país, entre las que se encuentran las comunidades aymara, quechua, de Surire, atacameña y diaguita. Conoceremos la importancia del recurso hídrico para su supervivencia, las diferentes técnicas que han implementado las comunidades en razón de la geografía de la zona y el clima. Además, analizaremos los conflictos que se han suscitado entre las comunidades indígenas y empresas nacionales y transnacionales, que han realizado diferentes proyectos de inversión, en su mayoría proyectos relacionados con la minería, en tierras que han sido habitadas en forma milenaria por los indígenas. Muchos de estos proyectos han afectado la vida de las comunidades, porque además de limitar o impedir su acceso al agua, la han contaminado; y no sólo eso, también producto de la extracción del agua, han secado vertientes y lagunas, lo que ha generado un gran impacto negativo en el ecosistema, provocando la desaparición de diversas especies.

El norte de Chile es una zona que se caracteriza por su aridez, de hecho, en él se encuentra el desierto de Atacama, el desierto más seco del mundo. Son escasas las precipitaciones, estas se dan a mayor altura. La alta radiación provoca la evaporación del agua en el altiplano, por eso las aguas superficiales reducen niveles y se evaporan. No todas las precipitaciones son conservadas. Y las otras escurren o se infiltra formando lagunas o reservas subterráneas. Del equilibrio y el aprovechamiento de las aguas depende la conservación de los recursos hídricos, en la actualidad disputada y amenazada por la expansión de las empresas mineras, interesadas principalmente en extraer aguas subterráneas. Las intervenciones mineras provocan alteraciones y cambios negativos en la sustentabilidad ambiental de estas regiones.²³

²³ Nancy Yáñez “et al”, *Las Aguas Indígenas en Chile*, Santiago, Chile, 2011, 1ª ed., 73 P.

Las comunidades indígenas viven las zonas de mayor pluviosidad, que se concentran en el altiplano, la cordillera de los Andes, los valles y quebradas aledañas que bajan preferentemente hacia el mar Pacífico.²⁴

No es casualidad que las zonas del Norte de Chile que poseen mayor cantidad de cuencas y lagunas, sean precisamente las habitadas por las comunidades indígenas, puesto que dependen del agua para su consumo propio, uso agrícola y ganadero. La subsistencia de estos pueblos depende de conservar el agua, de lo contrario no tienen más opción que trasladarse y con ello se pone el peligro su existencia. Desde la llegada de los españoles los indígenas cada vez poseen menos tierras y recursos naturales. Si no protegemos los derechos de los indígenas, su cultura, conocimiento ancestral y legado, desaparecerán. En el norte varias cuencas hídricas están inscritas a nombre de empresas y particulares, han dejado sin derecho de aprovechamiento a los indígenas, ya que han disminuido y muchos son disputados.

Los territorios indígenas del norte, en especial el altiplano, la cuenca del Salar de Atacama y la Pampa del Tamarugal, son espacios que comprenden numerosas cuencas hidrográficas cerradas, sin escurrimiento superficial, pero en la mayoría de los casos conectadas de modo subterráneo. Estas cuencas contienen las más grandes reservas de aguas subterráneas, lo que despierta el intenso interés de las compañías mineras y de las empresas privadas de la explotación de recursos hídricos por explotarlas, alumbrar e inscribir los derechos de aguas.²⁵

Las extracciones de aguas subterráneas son las que merecen mayor atención en el norte de Chile, pues se encuentran agotados los derechos sobre las aguas superficiales. Las empresas extractivas de agua, que especulan con el

²⁴ Ídem. P 81.

²⁵ Ídem. P 38.

recurso y venden los derechos en el mercado de las aguas, las sanitarias y las mineras, se han dedicado a capturar el agua de las cuencas subterráneas, reduciendo así los almacenamientos bajo tierra, muchos de los cuales corresponden a aguas fósiles, rebajando las napas freáticas, desecando las vegas y los bofedales, arruinando las vertientes y alterando los balances hídricos, cada vez más frágiles debido a los cambios climáticos ocurridos en el territorio desde mediados del siglo XX.²⁶

La ley 19.253 otorga una protección especial a las comunidades Aymaras y Atacameñas, en su artículo 64 señala que:

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

No se otorgarán nuevos derechos de agua sobre lagos, charcos, vertientes, ríos y otros acuíferos que surten a las aguas de propiedad de varias Comunidades Indígenas establecidas por esta ley sin garantizar, en forma previa, el normal abastecimiento de agua a las comunidades afectadas.”

De esta manera la ley indígena reconoce el derecho que tienen estas comunidades sobre las aguas, derecho derivado de su uso ancestral.

Constitucionalmente también se protege el derecho de propiedad de las comunidades indígenas y atacameñas sobre las aguas, al establecer el artículo 19

²⁶ Ídem. P 39.

N° 24 que se garantiza el derecho de propiedad de los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley.

Los aymaras son una comunidad indígena que se ubica en las regiones de Arica- Parinacota y Tarapacá. La economía de este pueblo está basada en la agricultura y a la ganadería. Las especiales condiciones del clima y la geografía de la zona hicieron que esta comunidad desde tiempos inmemoriales aprendiera diversas técnicas de agricultura, principalmente el cultivo de terrazas y cultivo en vegas. También tienen un sistema particular de regadío llamado “*mitación*”, que consiste en distribuir las aguas por turno. La comunidad Aymara se ha visto envuelta en varios conflictos por el agua. En los años 90 comenzó un proyecto por parte del Ministerio de Obras públicas para perforar pozos ubicados en el Parque Nacional Chungará con el propósito de abastecer la demanda de agua potable de Arica. La CONAMA de la Región de Tarapacá autorizó la extracción de 300 litros por segundo, sin considerar en informe de la CONAF que señalaba el daño ecológico que implicaba, ya que disminuiría el caudal superficial y también desaparecerían algunas especies.

En Pampa Lagunilla, en la comuna de Pozo Almonte habita la comunidad Aymara de Cancosa, esta comunidad ha tenido conflictos con la empresa minera Cerro Colorado- BHP Billiton, ya que esta empresa tiene inscrito un derecho de aprovechamiento de 35 litros por segundo, sin embargo, ocupa 90 litros por segundo. El patrimonio natural de Pampa Lagunilla es la base que sustenta la actividad turística, la agricultura y la ganadería tradicionales de los Aymaras de Cancosa. Los daños provocados por la minera Cerro Colorado son tales, que la Dirección General de Aguas reconoció daño por desecación en casi todo el lugar, y denunció que la empresa aplicó un plan para reponer el caudal de la vertiente utilizando una metodología no conocida, que habría provocado la pudrición de gran parte de los bofedales. Los pobladores sin otra opción tuvieron que abandonar sus posesiones, contexto cultural y emprendimientos locales, para

trasladarse a centros urbanos en busca de trabajos asalariados. Actualmente, de un total de 300 habitantes, sólo 10 de ellos permanecen en la localidad.²⁷

A 140 km de Iquique a 3200 metros de altura, se ubica la comunidad aymara Chusmiza-USmagama, la que se vio envuelta en un conflicto por los derechos de aprovechamiento de aguas con la embotelladora de agua mineral Chusmiza. Los problemas comenzaron en el año 1915 cuando Natalio Papic construye la embotelladora de Agua Mineral Chusmiza e instaló baños termales comunitarios. Con el tiempo Natalio Papic cede sus derechos a Luis Papic, quien en ese entonces era presidente del senado. Luis Papic hizo las gestiones para obtener los derechos de aprovechamiento sobre la mitad del caudal de la vertiente. Luego de la muerte del senador en el año 1991 se hizo cargo de la embotelladora su hijo Alejandro Papic, quien cerró el acceso al camino público y la comunidad quedó sin acceso a la vertiente. Con el tiempo la embotelladora solicitó a la DGA el cambio de sus derechos no consuntivos a derechos consuntivos. Ante esta situación la comunidad se vio obligada a demandar a la empresa embotelladora ante la Corte de Apelaciones de Santiago solicitando la reapertura del camino público hacia la vertiente, a lo cual la Corte accede; y además solicita al séptimo Juzgado Civil de Santiago que se anule la resolución de la DGA que otorgó estos derechos de aprovechamiento consuntivos, el tribunal en el año 2002 falla a favor de la comunidad. Tras estos fallos, la embotelladora Chusmiza interpone un recurso de casación en la forma y en fondo. La Corte Suprema confirma las sentencias de primera y segunda instancia. Este fallo de la Corte marca un precedente en materia de derechos indígenas, por primera vez la Corte utiliza el Convenio 169 de la OIT para interpretar las normas internas sobre derechos de los pueblos indígenas.²⁸ La Corte Suprema reconoce los derechos ancestrales de la comunidad sobre la totalidad de las aguas de la vertiente Socavón, ordenando la inscripción del derecho de aprovechamiento de 10 litros

²⁷ CASTRO, Harris, "et al". Conflictos por el agua en Chile, entre los derechos humanos y las reglas del mercado. 1° ed. 2010. 66 p.

²⁸ CONTESSE, J y LOVERA, D. El convenio 169 de la OIT en la jurisprudencia chilena: Prólogo del incumplimiento. Anuario de derecho Público UDP:148,2011.

por segundo de carácter consuntivo, permanente y continuo, esto es independiente de que las tierras estén inscritas a nombre de la embotelladora, en relación con esto la Corte Suprema señala que: *“el reconocimiento de derechos que el artículo 64 hace a favor de las comunidades Aymaras y Atacameñas, no se refiere sólo a las aguas ubicadas en inmuebles inscritos de propiedad de la comunidad, sino también a las aguas que, no obstante estar situadas en predios inscritos a favor de terceros, abastezcan a la colectividad indígena, pues lo que esta norma busca proteger es, esencialmente, el abastecimiento de agua para dichas comunidades indígenas.”* La Corte, además señala que para una correcta aplicación del artículo 64 de la ley indígena, resulta orientador considerar el Convenio N° 169, cuyo artículo 15, N° 1°, preceptúa que: *“Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente”*, disposición que debe relacionarse con el artículo 13, N° 2°, del mismo Convenio, cuando señala: *“La utilización del término “tierras” en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”*.²⁹

A 100 km de Calama se ubicaba la comunidad Quechua de San Pedro Estación. Esta comunidad obtenía el agua de la laguna Ojos San Pedro para realizar sus actividades. En los años 60 esta laguna se secó, pues su agua fue extraída a través de tuberías por el mineral de Chuquicamata. El 100% de las aguas de la cuenca del Río San Pedro están inscritas para el uso industrial y minero, agua potable de Chuquicamata y el ferrocarril de Antofagasta a Bolivia. A la comunidad quechua se le sustrajeron sus derechos ancestrales de uso y aprovechamiento de aguas y se les obligó a abandonar sus tierras para radicarse en Calama.³⁰ Este es un claro ejemplo de cómo la falta de regulación de esa

²⁹ Corte Suprema, Rol 2840-2008, sentencia 25 de noviembre de 2009, considerando N° 7.

³⁰ Nancy Yáñez “et al”, *Las Aguas Indígenas en Chile*, Santiago, Chile, 2011, 1º ed., 55 P.

época provocó que una comunidad se tuviera que trasladar de sus tierras habitadas por miles de años, donde practicaban sus costumbres religiosas y ritos sagrados. Poniendo en riesgo su cultura, su economía y su forma de vida.

La comunidad de Surire está formada por descendientes de aymaras, quechuas y mapuches, se encuentra ubicada en Putre. Este Lugar tiene un gran valor medioambiental, ya que allí están ubicados el Monumento Nacional Salar Surire y la Reserva Nacional de Las Vicuñas. Las características propias de las aguas conformadas por vertientes frías y calientes de esta zona hacen que las empresas tengan bastante interés en ellas por el provecho energético y económico que pueden obtener. La relación que tienen los surireños con la tierra y los recursos naturales se basa en el respeto, ellos utilizan sólo lo que necesitan para sobrevivir, no sobreexplotan los recursos, su cosmovisión se basa en mantener el equilibrio entre el hombre y la naturaleza. También le dan un sentido sobrenatural a la naturaleza, ellos consideran que el cerro Choquenanta es protector de las vicuñas, también piensan que los sapos son los encargados de custodiar las vertientes. Mediante el programa del manejo de la Vicuña por la venta de lana de vicuña lograron obtener ganancias millonarias, sin embargo, no continuaron con la esquila de la vicuña, por no existir un consenso dentro de la comunidad, ya que por un lado algunos habitantes querían obtener ganancias con la venta de lana, mientras otros querían mantener sus creencias ancestrales, las que prohíben tocar vicuñas por ser animales sagrados. Lamentablemente la población de Surire ha disminuido drásticamente de 92 habitantes a 13 producto de la migración. Sin embargo, mantienen la relación con sus tierras y territorios sagrados, por lo que viajan para practicar sus ritos y participar en sus ceremonias religiosas.

La comunidad de Surire se ha visto muy afectada, debido a que en el año 2008 se hizo un llamado a licitación de concesiones de energía geotérmica en territorios de la comunidad de Surire, los cuales estaban debidamente inscritos. Al percatarse que estaban siendo vulnerados sus derechos, la comunidad de Surire

junto a la CONADI presentan un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Arica, la cual se declara incompetente para conocer el recurso y lo envía a la Corte de Apelaciones de Santiago, la que lo rechaza por considerarlo extemporáneo. De esta manera es probable que los pocos habitantes que quedan en la localidad de Surire se vean en la obligación de emigrar y desaparezca esta comunidad junto con su legado cultural.

Los atacameños están ubicados en Calama y San Pedro de Atacama. Los procesos de sequía han afectado la agricultura y provocado el abandono de los lugares, como en el caso de aquellos vecinos a las vertientes Pocor y Poquiza, que dejaron de ser habitados entre 1960 y 1970.³¹ La agricultura de los atacameños es una agricultura de autoconsumo, productora de cereales, hortalizas y tubérculos. Por esta razón la valoración de las aguas implica un valor económico en términos de producción y subsistencia, un valor social en el sentido de que permite la vida en comunidad y posibilita las relaciones entre familias, y un valor ritual, pues el agua es un elemento central en la cosmovisión representada por los cerros y la pachamama.³² En cuanto a los derechos de aprovechamiento de aguas, la comunidad atacameña sólo tiene un tercio de los derechos del río Loa, los otros dos tercios están en poder de Codelco y de aguas Antofagasta, entre otros. El río Loa, el más largo de Chile, actualmente se encuentra contaminado y ha disminuido significativamente su caudal por la actividad minera, tanto así que en la comunidad de Quillahua la agricultura ha desaparecido y en otras zonas como Chiu-Chiu va disminuyendo cada vez más. En la actualidad el mayor peligro en los territorios de las comunidades atacameñas no radica sólo en la disminución de la disponibilidad y aprovechamiento de las aguas, sino fundamentalmente en la alteración de los balances hídricos y disponibilidad de las aguas subterráneas, debido a la intensa demanda, explotación y exploración por parte de las empresas mineras como Codelco y la Escondida.³³

³¹ Nancy Yáñez "et al", Las aguas indígenas en Chile, Santiago, Chile, 1° ed., 53p.

³² Ídem. P 54.

³³ Ídem. P 58.

Los diaguitas son una comunidad indígena que habita la zona de Huasco, la cual se dedica a la agricultura y a la ganadería manteniendo las costumbres de sus antepasados. Debido a la escasez del recurso hídrico se vieron en la necesidad de utilizar un sistema para repartirse las aguas que data desde la época incaica. Esta comunidad se ha visto afectada por el proyecto minero Pascua Lama, de la compañía Minera Nevada S.A. Este es un proyecto de gran envergadura, el primer proyecto binacional en el mundo, cuya inversión es de aproximadamente 1.500 millones de dólares, el cual pretende extraer yacimientos de oro, de plata y cobre que se encuentran en la Cordillera de los Andes, en la zona limítrofe de Chile con Argentina. Este ha sido un proyecto bastante controvertido, ya que los yacimientos que se pretenden explotar se encuentran bajo glaciares de hielos milenarios, Toro I, Toro II y Esperanza. El problema se genera debido a que estos glaciares son una gran reserva de agua dulce, además, abastecen las aguas del río Chollay, que es uno de los principales afluentes del río Tránsito que a su vez alimenta al río Huasco, y de ellos depende la actividad agrícola de la región de Atacama.

Cabe destacar que a pesar de ser una localidad que no cuenta con muchos recursos hídricos, la actividad agrícola tiene una gran importancia para la región, ya que sus producciones de uva y aceitunas son exportadas. Por otro lado, de acuerdo a estudios realizados existe un riesgo de contaminación de las aguas, tanto superficiales como subterráneas, producto de la exploración y explotación de minerales.

El área específica de extracción de la minera se ubica en los territorios ancestrales de la comunidad indígena Diaguita huascoaltina, que se opone al proyecto por estimar que altera su hábitat e impacta directamente sus formas de vida y costumbres, dado que su estructura social se articula sobre la base de la ocupación ancestral del territorio y del desarrollo de actividades productivas en

base al pastoreo de ganado caprino y mular además de la agricultura.³⁴ Es preciso señalar que aún no se ha empezado con la explotación propiamente tal, sin embargo, como consecuencia de las exploraciones mineras, la dimensión de los glaciares Toro I, Toro II y Esperanza entre los años 1987 y 2000 ha disminuido entre un 50 y 70%. No sólo estos glaciares se han visto afectados, sino también el glaciar Estrecho, cuyo daño no se había previsto en el proyecto original. De acuerdo a un informe emitido por la DGA el año 2009, el polvo que genera la remoción de tierra de la minera aumenta el derretimiento de los glaciares, un milímetro de polvo puede aumentar el derretimiento superficial de un glaciar hasta en un 15%, y una capa de diez milímetros de espesor puede aumentar hasta el doble de derretimiento y esto podría afectar el régimen hídrico de la cuenca del Huasco.³⁵

El 05 de enero de 2007 los Diaguitas Huascoalinos presentaron una solicitud en contra del Estado de Chile ante la CIDH por haberse aprobado el proyecto Pascua Lama sin el consentimiento previo, libre e informado sobre el impacto que generaría el proyecto minero y además porque éste compromete la integridad de sus territorios vulnerando sus derechos territoriales garantizados por el artículo 21 de Convención Americana. Por otro lado, también se vulneró la igualdad ante la ley toda vez que la Resolución de Calificación Ambiental contemplaba medidas de compensación para la población en general, pero no así para los diaguitas huascoalinos, esto debido a que no consideraban “*indígena*” a esta comunidad por no estar organizada según lo dispone la Ley Indígena, lo cual no tendría fundamento, ya que el Derecho Internacional determina que la forma de organización de los pueblos indígenas es la que ellos mismos establezcan.

El 10 de agosto del 2010 la CIDH declara admisible la solicitud de la comunidad, declarando que existían razones suficientes para estimar que se había

³⁴ CASTRO, Harris, “et al”. Conflictos por el agua en Chile, entre los derechos humanos y las reglas del mercado. 1° ed. 2010. 143 p.

³⁵ Ídem. 145 p

vulnerado su derecho a participación política establecido en el artículo 13 de la Convención Americana. Actualmente el proyecto Pascua Lama se encuentra paralizado debido a que la Superintendencia de Medio Ambiente en el año 2013 aplicó una multa de ocho mil millones de pesos a la minera por haber violado la Resolución de Calificación Ambiental y paralizó las obras mientras no se ejecute el manejo de las aguas en la forma prevista por la Resolución.

3.2 Situación de los conflictos mapuches en la zona sur de Chile y sus demandas.

El conflicto mapuche importa una serie de cuestiones, por un lado, el derecho propio como autonomía jurisdiccional y por otro la accesibilidad a los recursos naturales entre ellos siendo indispensable el agua tanto para su supervivencia como para su economía y cultura, sin olvidar también el valor de sus tierras ancestrales.

El pueblo Mapuche es una cultura relacionada espiritualmente a la naturaleza que consecuentemente a sus creencias y valores no ha aceptado una sociedad en la que se permite explotar la naturaleza para fines personales, siendo aquello considerado un valor positivo por la misma; es por ello que existe un porcentaje de mapuches que consideran como un anhelo la posibilidad de independizarse completamente del Estado siendo ésta una posición extrema , no obstante dicha postura es una minoría dentro del pueblo mapuche, ya que según sus mismas manifestaciones la generalidad se conformaría con ciertos beneficios como por ejemplo la no discriminación a sus culturas o el acceso a beneficios que les ayuden a superar el porcentaje de pobreza que según la encuesta CASEN 2006 equivale a un 24,7% en la Araucanía siendo proporcionalmente mayor al que afecta a la ciudadanía chilena no indígena proporcionalmente y cuyo patrón se ha ido manteniendo en el transcurso de los años.

Existen varios factores que finalmente han desencadenado la existencia de un porcentaje mayor de pobreza, y para entender dicha lamentable evolución debemos retornar al siglo XIX antes de la reducción de las tierras ancestrales, en donde sus economías se basaban en la “ crianza extensiva de ganado sobre praderas naturales y en la producción de cereales... [así como también en la] tecnificación agrícola en las amplias superficies disponibles” , posteriormente debido a los “enfrentamientos bélicos entre españoles y Mapuches en la época de La Colonia se estableció el río Bío-Bío como límite boreal. A raíz de lo anterior, el territorio Mapuche por el lado chileno correspondía alrededor de 10 millones de hectáreas y luego con la denominada “Pacificación de La Araucanía” (1860-1883) y la reducción territorial llevada a cabo por el Estado chileno, las tierras indígenas quedaron reducidas en 500 mil hectáreas.” Si bien se sabe que actualmente se les han otorgado tierras al pueblo mapuche también es de público conocimiento que aquellos territorios son sustancialmente inferiores en cuanto a su extensión en relación a un par de siglos atrás ya que se fueron reduciendo, ya sea por subdivisiones de herencias, aumento natural de la población y políticas estatales, no bastando con ello además debemos mencionar que dichos territorios no pueden ser explotados sin agua, ya que como señalábamos anteriormente su economía se basaba principalmente en ganado y producción de cereales.

En virtud del mercado que actualmente existe, y considerando además los derechos de aprovechamiento que no se encuentran constituidos a favor de las comunidades mapuches, o que estándolo no son restituidos con la misma calidad, substancia, oportunidad de uso por los otros titulares de derechos no consuntivos y demás particularidades, la pobreza es atribuible como una consecuencia que finalmente se ve reflejada estadísticamente en los porcentajes a los cuales hacíamos alusión.

Una forma de aumentar la eficiencia de sus predios es a través del riego. Para esto existe la ley 18.450³⁶ de fomento al riego y el programa de riego del Instituto de desarrollo Agropecuario, dos instrumentos emanados del estado en virtud de los cuales se puede postular a proyectos de riego. Sin embargo, para acceder a ellos se requiere tener los correspondientes derechos de aprovechamiento de aguas legalmente constituidos y además demostrar la existencia de disponibilidad física de la misma. Esto en la práctica se ha traducido en una escasa participación del sector indígena como consecuencia de la dificultad que ha significado para ellos acreditar sus derechos de aprovechamiento de aguas debido al limitado acceso a este recurso, situación que se explica bajo el contexto en el cual fue promulgado el Código de Aguas en las décadas de los años 70 y 80, época en la cual “ *el Código autorizó al Estado a otorgar derechos de aprovechamiento de aguas a los particulares que los solicitaran, sin exigir el uso de las aguas, e incluso sin poner como requisito que las personas fueran propietarias o usufructuarias de las tierras por donde pasaban esas aguas*” dicha medida fue tomada desde un prisma neoliberal caracterizado por el libre comercio y una drástica reducción del gasto público y de la intervención del Estado en la economía en favor del sector privado, esta situación detonó intencionalmente un mercado de aguas que subsiste hasta el día de hoy pero que no precisamente cumple la premisa de una reasignación eficiente y equitativa, a este factor debemos sumarle tanto el desconocimiento por parte de los mapuches del Código de Aguas del año 81, así como también la imposibilidad de desembolsar por parte de las familias mapuches rurales los altos costos asociados a este trámite, sin perjuicio de ello en virtud de la ley indígena del año 1993 se crea un subsidio para derechos de aguas indígenas aunque desafortunadamente muchas soluciones llegan demasiado tarde no siendo este caso una excepción ya que tuvieron que pasar más de 12 años desde la promulgación del Código tiempo en el cual la mayor parte de las aguas superficiales principalmente en la zona de la Araucanía ya habían sido solicitadas.

³⁶ Publicada en Diario Oficial 30 de octubre de 1985.

La falta de acceso a recursos naturales para el pueblo mapuche no solo se debe a causas históricas como lo señalábamos en relación al desconocimiento que existía al momento de la promulgación del Código de Aguas del año 81 (tiempo en el cual se constituyeron gratuitamente derechos de agua sin muchos requisitos pero cuya ventaja no pudo ser aprovechada por los indígenas por las razones ya explicadas anteriormente), también se debe a la contraposición de intereses privados, cuya pugna produce un conflicto del cual hasta ahora no se ha arribado a alguna solución y que encuentran su origen principalmente en proyectos de explotación hidroeléctrica de aguas indígenas y en contaminación de cursos del agua. Claro ejemplo de ello es el acaecimiento de los conflictos suscitados con ENDESA, la cual había monopolizado todos los derechos de aguas superficiales en la cuenca del río Bío-Bío, impidiendo el acceso a los indígenas para la constitución de sus derechos. Afortunadamente *“la situación cambio como consecuencia de la reforma del Código de Aguas, que ahora impone el pago de una patente por no uso, esto obliga a ENDESA a renunciar a los derechos de agua que poseía en la cuenca y que estaban destinados a la construcción de nuevos proyectos hidroeléctricos”*, aun así, la reforma realizada en el año 2005 no ha sido en absoluto suficiente para frenar el mercado ineficiente de aguas ya que muchas empresas prefieren mantener sus derechos de aprovechamiento de aguas aun sin usarlos asumiendo el costo que les significa debido a que la rentabilidad sigue siendo mucho mayor que el valor de la patente por el no uso, sobre todo en los lugares en los cuales hay escasez de este recurso, o mejor dicho de derechos para ser otorgados.

Otro punto de discordia se produce por el enfrentamiento asimétrico que implica por un lado una comunidad mapuche y por otra entes corporativos que son generalmente de gran envergadura y que mueven la actividad económica en el mercado; es decir en este último caso existen muchos intereses asociados, situación que finalmente se traduce en el desinterés por parte de estos grupos en el cumplimiento del Convenio 168 de la OIT y en parte con la Ley Indígena la cual señala en su artículo primero que *“ Es deber de la sociedad en general y del*

Estado en particular, a través de sus instituciones respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades, adoptando las medidas adecuadas para tales fines y proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación.”.

Nuestra ley clasifica los derechos de aprovechamiento de agua siendo los derechos no consuntivos aquellos que dicen relación con las empresas hidroeléctricas las cuales generan la mayor cantidad de conflictos y debate público. La ley define los derechos no consuntivos específicamente en su artículo N° 14, de nuestro Código de Aguas como *“aquel que permite emplear el agua sin consumirla y obliga a restituirla en la forma que lo determine el acto de adquisición o de constitución del derecho.”*. Según lo que señala la profesora María Luisa Baltra³⁷ el problema se suscita en que no hay una fecha o momento exacto en el cual las aguas deban ser devueltas y son los grandes usuarios de los derechos no consuntivos, es decir las empresas hidroeléctricas quienes embalsan el agua y la retienen ya que la única forma de mantener el servicio eléctrico es a través de un caudal permanente. Además, el artículo en su inciso. 2° agrega *“La extracción o restitución de las aguas se hará siempre en forma que no perjudique los derechos de terceros constituidos sobre las mismas aguas, en cuanto a su cantidad, calidad, substancia, oportunidad de uso y demás particularidades.”*. Esto significa que debe devolverse la misma cantidad de agua no contaminada, permitiendo además su uso oportuno para quienes detentan otros derechos de aprovechamiento de agua, situación que dista bastante de la realidad y contra la cual muchos usuarios se han manifestado, no siendo suficiente como para que el Estado tome las medidas urgentes a fin de evitar que el juego de la oferta y la demanda en el mercado de las aguas sea más importante que la satisfacción de las necesidades básicas del ser humano, la conservación de nuestro medioambiente y la subsistencia y cultura de nuestros indígenas.

³⁷ Apuntes de clases.

Si bien es una realidad que por la naturaleza de nuestro país existen zonas con escasas de agua, también lo es que en otros sectores esta situación no es así, siendo los derechos de aprovechamiento de aguas escasos, pero no el agua en sí misma, tal caso es el de la zona sur de nuestro país que afecta principalmente a las comunidades Mapuches y Pehuenches, a modo de ejemplo solo en la provincia de Palena y en la región XI, “entre las cuencas del río Palena y el Pascua, totalizan 10.651m³. ENDESA S.A. Concentra el 90% de los derechos de agua asignados”.

En resumidas cuentas todos estos factores culminan en un interminable enfrentamiento entre las débiles comunidades indígenas en contra de grandes usuarios de derechos de aguas los cuales detentan el derecho real por excelencia sobre su derecho de aprovechamiento de aguas que además tiene un respaldo constitucional, sin perjuicio de los derechos reconocidos respecto de los cuales ya señalamos las dificultades que hicieron de óbice y por las cuales no se reconocieron derechos que probablemente lo ameritaban por razones ancestrales.

Esta situación permite que privados ofrezcan soluciones a las necesidades que debieran ser exclusivas del estado, como una forma de obtener el consentimiento de quienes puedan ser eventualmente afectados, quienes normalmente no tienen los conocimientos técnicos necesarios como para dimensionar las consecuencias de dichas decisiones. Claro ejemplo de esto ha sido el caso Ralco en el cual sin perjuicio de que se llegó a una solución entre los afectados y la empresa ENDESA, la calidad de vida de los Pehuenches no ha mejorado sino todo lo contrario.

Si bien en principio el caso fue considerado como un conflicto entre particulares, es decir Endesa y la comunidad respectiva, posteriormente se logró que el estado Chileno interviniera, luego que se presentara la petición de una medida cautelar ante la CIADH en el año 2002 para evitar la construcción de la central hidroeléctrica, aludiendo la violación de derechos humanos consignados en

la CADH, la cual determino que considerando la naturaleza del asunto era necesario que el estado de Chile interviniera mediando entre las partes. Finalmente, la comunidad Pehuenche Mapuche cedió ante la presión pública así como también a las propuestas formuladas por el grupo empresarial, realizándose una relocalización de su comunidad, Endesa ofreció indemnizaciones, terrenos, capacitación, apoyo psicológico, fuentes de trabajo, educación escolar entre otras medidas pero lamentablemente nada de aquello fue suficiente para evitar que la comunidad finalmente decayera en pobreza, lo que se explica por razones ambientales y materiales como la altura excesiva de los terrenos que trae aparejadas bajas temperaturas en las cuales muchos animales no sobreviven por el frío y la nieve quedando además muchas veces la comunidad aislada por eventos climatológicos; la falta de empleo, ya que muchos tuvieron trabajos en la misma construcción del proyecto para luego quedar sin trabajos; la pérdida de lugares sagrados; la falta de turismo en la zona local que era una fuente de trabajo, y la separación desmedida de las viviendas perdiendo el carácter de pueblo o comunidad, unidas a otras razones a las que aluden los afectados.

Pero no sólo son centrales hidroeléctricas aquellas que perturban la paz de estas comunidad y también nuestro medio ambiente, existen proyectos de tratamientos de aguas servidas las cuales se han propagado en gran medida en el sector de la Araucanía instalándose en territorios ancestrales de comunidades mapuches, y siendo constantemente cuestionadas por la ciudadanía en cuanto a los dañinos efectos ambientales como consecuencia del uso de productos químicos en el tratamiento de las aguas servidas, discriminando indirectamente a dichas comunidades por el sólo hecho de constantemente decidir instalarse en sus territorios contaminando los cursos de aguas que son utilizados por ellos. Las comunidades afectadas aluden a un racismo ambiental por parte de la empresa, ya que desde que el grupo Solari se adjudicó la monopolización de las plantas de tratamiento en la Araucanía, son siempre los territorios mapuche los que se consideran para las descargas y desechos; un ejemplo de ello es el caso de aguas Araucanía perteneciente al citado grupo que tiene por objeto tratar las aguas

servidas depurándolas aproximadamente en un 30% o 40% por medio de la utilización de una laguna artificial en la cual vierte el agua servida agregándole una serie de compuestos que provocan una reacción química riesgosa por la interacción del cloro con la materia orgánica y que además genera grandes cantidades de lodo inutilizable, apestoso y contaminante, no bastando con ello, los desechos son arrojados a los ríos y vertederos de la región generando malos olores que son tóxicos no sólo para quienes viven en aquellas zonas sino también para todo nuestro medio ambiente. La empresa ocupa territorios cercanos a comunidades mapuches siendo ellas las afectadas por lo cual han alegado nuevamente discriminación ambiental. Lo mismo sucede con Celco, Celulosa Arauco en los territorios de comunidades lafkenches, la cual arrojaba desechos industriales a los ríos, lo que finalmente provocó uno de los más grandes desastres ambientales de Chile que termino matando a cientos de cisnes de cuello negro, entre otras especies.

Capítulo Cuarto

“Métodos de subsanación, medidas de mitigación y soluciones en el Derecho, experiencia comparada y propuesta para el caso chileno”

4.1 Experiencia Comparada.

4.1.1 Nueva Zelanda

Chile es un país rico para el desarrollo de energías renovables, a igual que países como Nueva Zelanda el cual tiene un importante potencial en relación a la explotación de energía geotérmica. Sin embargo, hay una serie de factores que finalmente determinan que este tipo de inversiones no se produzcan en nuestro país.

Las hidroeléctricas por infortunio son unas de las razones más importantes por las cuales los pueblos originarios reclaman no solo la contaminación del agua sino la imposibilidad de utilizarla cuando se necesita; es por ello que la alternativa de explotar otro tipo de energías en las cuales no tenga que limitarse el agua a nuestras comunidades debiera ser evaluada como una posible solución. Sin embargo, y como señalábamos anteriormente, a diferencia de Nueva Zelanda que es considerado un país ejemplo con respecto a la relación que tiene con sus pueblos aborígenes, Chile es un país en donde persiste constantemente un conflicto de nunca terminar, el cual impide posibles soluciones.

Nueva Zelanda es un país en el cual el respeto a los pueblos originarios no sólo se limita a la exposición de su cultura a nivel internacional y el respeto de los ciudadanos hacia ellos, sino que también se manifiesta en su legislación, la cual ha servido de modelo para muchos países y que en particular podría ser una excelente solución para el problema chileno. La diferencia de por qué no se han realizado este tipo de inversiones independientemente de los capitales que implica, radica fundamentalmente en que requiere una excelente mediación y negociación con las comunidades aborígenes lo cual no se da. Basta recordar las innumerables situaciones en las cuales finalmente no se ha respetado el derecho de consulta y participación, con mayor razón entonces es de esperar que no se les dé una participación en sociedades de inversión de energías, como es en Nueva Zelanda.

Muchas comunidades maoríes se encuentran en territorios que tienen potencial para ser explotados, el gobierno debe negociar con ellos si se hará o no y en los términos bajo los cuales esto sucederá, dándoles una expresa participación que no sólo se refiere a la posibilidad de opinar o trazar formas de planificación, sino también en incorporarlos como socios en los proyectos con el objetivo de que puedan desarrollar sus necesidades. La ley de Gestión de Recursos neozelandesa de 1991 en su Artículo N° 14 señala que: “las autorizaciones de explotación geotérmica sólo pueden ser otorgadas si su uso se

conforma a un plan regional y a los pueblos maoríes” Reafirmando la importancia al respeto de la forma de vida y cultura de estos pueblos.

A pesar de la excelente evolución que han reflejado las políticas neozelandesas es importante considerar que igualmente la población maorí tiene un porcentaje mayor de pobreza en relación al resto de sus habitantes, pero, esta diferencia no es alarmante como en otros países como sería nuestro caso.

4.1.2 Colombia

Colombia también es un país que aún tiene mucho camino por recorrer ya que la ley colombiana “no reconoce derechos de uso específicos a los indígenas sobre las aguas, las que se regulan por el régimen general de aguas de uso público.”³⁸. No obstante, su Corte Constitucional ha emitido interpretaciones que reconocen los derechos de los pueblos indígenas, así como también ha establecido que la consulta previa es un derecho fundamental con rango constitucional; y no sólo eso, la ley N° 21 de 1991 que ratificó el Convenio 169 tiene rango constitucional teniendo gran importancia jurídica para la Corte Constitucional en sus interpretaciones.

A pesar de ello también ha habido casos que han llegado a instancias internacionales, precisamente a la CIDH siendo uno de los más importantes y significativos para Colombia el de las comunidades Uribia, Manaure, Riohacha y Maicao del pueblo wayuu, ya que significó la muerte de 4.770 niñas y niños durante alrededor de 8 años según expone la misma Corte Interamericana en la resolución respectiva, sin contar además al resto de los integrantes de la comunidad, que se encontraban en estado de desnutrición y con problemas de salud.

³⁸ Yáñez, Nancy y Gentes, Ingo. Derechos locales sobre las aguas en Chile: Análisis jurídico y político para una estrategia de gestión pertinente en territorios indígenas, WALIR, Chile, noviembre 2005. Documento en línea, [consulta 25 de Abril 2016] disponible en <<http://www.cepal.org/dnri/proyectos/walir/doc/walir52.pdf>>

El origen de esta situación yace en la instalación de una empresa minera, específicamente el “Proyecto Carbonífero de Cerrejón” que aparentemente desvió el cauce del río Rancherita que alimentaba a las comunidades afectadas. Según los solicitantes las condiciones climáticas del sector en donde residen siempre han sido desérticas, pero igualmente existían sistemas de almacenamiento de agua y arroyos que les proveían del recurso hídrico, los cuales satisfacían las necesidades de toda la comunidad. Sin embargo, desde que comenzó la intervención minera en el sector los sistemas se secaron completamente, no contando la población con agua para el consumo humano y tampoco para realizar las actividades que constituían su sustento básico como la cría y pastoreo de ganado entre otras.

Finalmente, la CIDH determinó que la medida cautelar solicitada efectivamente reunía los requisitos de gravedad, urgencia e irreparabilidad contenidos en el artículo N° 25 de su reglamento debiendo el estado de Colombia “tomar las medidas inmediatas para que las comunidades beneficiarias puedan tener, a la brevedad posible, acceso al agua potable y salubre, de manera sostenible y suficiente para la subsistencia de las niñas, niños y adolescentes”.

4.1.3 Perú

El Convenio 169 fue aprobado por Perú el año 1993 y ratificado en el año 1994 entrando en vigencia un año después. Nótese la diferencia con Chile que se demoró casi 20 años en ratificar el Convenio. Sin llegar más lejos debemos agregar que también se le otorgó rango constitucional formando parte de la legislación interna de aquel país y siendo exigible desde 1995; sin embargo, a pesar de otorgársele tal rango constitucional no existía una ley que implementara este derecho a consulta previa. Recién en el año 2011 se aprobó por unanimidad la Ley de Consulta Previa bajo un contexto de emergencia debido a la existencia de diversos problemas y conflictos que debió enfrentar el estado Peruano, los

cuales aceleraron este proceso, tales como el enfrentamiento en Bagua en el año 2010 y las movilizaciones de las comunidades Quechuas y Aymaras en Puno en contra de la minería en el año 2011, y en general los hechos de violencia acaecidos como consecuencia del descontento de la población por sentirse vulnerados en sus derechos.

“En este contexto, la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana interpone una demanda de cumplimiento contra el Ministerio de Energía y Minas (MINEM) para que cumpla con el Convenio 169 de la OIT y adecúe sus normas al tratado. Esta demanda llega al Tribunal Constitucional como un Recurso de Agravio Constitucional. En junio de 2010, el TC emite sentencia ordenando al MINEM que apruebe un reglamento especial que desarrolle el derecho a la consulta de los pueblos indígenas de conformidad al Convenio 169 de la OIT. Asimismo, exhorta al Congreso de la República para que, dentro de sus competencias, culmine con el trámite de promulgación de la Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios.”³⁹. En cumplimiento de la sentencia el MINEM efectivamente realiza el “Reglamento de procedimiento para la aplicación del derecho a la consulta a los pueblos indígenas para las actividades minero energéticas”, el cual no quedó exento de críticas partiendo de la base de que sin perjuicio de que afectaba directamente a las comunidades indígenas éstas no fueron consultadas, contraviniendo así directamente el derecho que se pretende regular, además de limitar el derecho de consulta y equipararlo al de participación, entre otras recriminaciones de las cuales fue objeto. En síntesis, no logró cumplir a cabalidad con los estándares internacionales y estaba orientado a informar más que a hacer valer el derecho a la consulta previa, lo cual generó el descontento general de las comunidades indígenas que decidieron invocar su derecho a ser consultados para pedir al gobierno una mejor regulación acorde al respeto de sus derechos y forma de vida.

³⁹ ARANDA ESCALANTE, Mirva, “Los desafíos de la implementación de la Consulta Previa en el Perú”, Documento en Línea, [consulta:21 abril 2016] Disponible en <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3511/10.pdf>>. P. 200>

Finalmente, en el año 2011 fue aprobada la Ley de Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios la cual deroga el reglamento y que, si bien contaba con el respaldo de movimientos y organizaciones indígenas sigue siendo fuertemente criticada.

Otro caso importante fue el llamado Cordillera Escalera cuya jurisprudencia ha sido de suma importancia para el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en Perú la demanda tenía por objeto que se ordenará la suspensión de la exploración y la eventual explotación de hidrocarburos en el Área Natural Protegida Cordillera Escalera, área que tiene especial importancia por su biodiversidad y por ser la única fuente proveedora de agua con la que cuenta la población de zonas aledañas. Anteriormente, ya habían existido dos instancias fallidas ante el Juzgado Especializado en lo Civil de San Martín que consideró que el impacto de los trabajos de exploración había sido mínimo, basándose en el informe técnico presentado por el perito de ingeniería ambiental, y ante la Primera Sala Mixta Descentralizada de la Corte Superior de Justicia de San Martín. Ésta última confirmó la sentencia apelada aduciendo que en virtud del informe de evaluación ambiental no existiría afectación directa o indirecta sobre el agua superficial y subterránea que atentará contra el uso y consumo humano.

Finalmente, en virtud de un recurso de agravio constitucional se ordenó la prohibición de la realización de la última fase de la etapa de exploración y la etapa de explotación dentro del Área de Conservación Regional denominada Cordillera Escalera hasta que no se contara con un Plan Maestro establecido por la ley, que determine la compatibilidad entre la actividad de exploración y explotación y los objetivos del Área de Conservación Regional Cordillera Escalera.

La importancia de la mencionada sentencia radica en el reconocimiento explícito que hizo el tribunal al derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas como base para el derecho de consulta señalando que : “(...) Entonces,

la libre autodeterminación es la capacidad de los pueblos indígenas de organizarse de manera autónoma, sin intervenciones de índole política o económica por parte de terceros, y la facultad de aplicar su derecho consuetudinario a fin de resolver los conflictos sociales surgidos al interior de la comunidad, siempre que en el ejercicio de tal función no se vulneren derechos fundamentales de terceros, de los cuales el Estado es garante, por ser guardián del interés general y, en particular, de los derechos fundamentales. 33. Esta libre determinación (...) sirve de base para la configuración y sustento del derecho a la consulta previa”

4.2 Problemas a Solucionar y propuestas para el caso chileno

4.2.1 Derecho al Agua

Los problemas suscitados como consecuencia de una legislación y administración deficientes son numerosos. En una sociedad en la cual siempre van a existir grupos de personas que interpreten las reglas a beneficio propio, siendo ello intrínseco a la naturaleza humana, es conveniente normar aquellos resquicios legales que lo permiten, ya que de no hacerlo la inequidad e injusticia se vuelven una constante.

El derecho al agua es un derecho humano y como tal tiene un reconocimiento implícito en nuestra legislación a través de los tratados internacionales ratificados por Chile y es límite de la soberanía del estado. No obstante, al no consignarse expresamente dentro de las garantías constitucionales enumeradas por nuestra Carta Fundamental, se le priva de un contenido propio dándole un contenido dependiente de otros derechos relacionados intrínsecamente con él. Por otro lado, la definición más completa que existe fue aquella consagrada en la observación n° 15 la que desafortunadamente no es vinculante por no ser un tratado internacional en sí mismo sino sólo un accesorio interpretativo. Ello se ha vuelto un problema, ya que no sólo no hay

reconocimiento expreso, sino que se tiende a priorizar el art. 19 n°24 de La Carta Fundamental por relacionarse directamente a través de la figura del derecho real de aprovechamiento de agua. Por supuesto, este último no es lo mismo que el derecho al agua ya que tienen ambos una naturaleza jurídica sustancialmente distinta y se enfocan a diferentes funciones. Además, en la práctica deben considerarse instrumentos eficaces que provoquen su exigencia, como derecho independiente, de manera de evitar la búsqueda de un derecho relacionado que se vea vulnerado para poder recurrir por esa vía a las instancias judiciales. Actualmente existen normas en leyes sectoriales que se relacionan con la prestación de servicios sanitarios que permiten su exigibilidad, pero no son suficientes por el carácter restringido que tienen, es decir se requieren normas de carácter general que hagan efectiva la exigibilidad de este derecho al agua y actualmente no las poseemos.

Debemos recordar que el principal instrumento que contempla nuestra legislación para asegurar los derechos fundamentales es la acción de protección consagrada en el art. 20 de la CPR, la cual sólo procede respecto de algunos derechos entre, los cuales por cierto no se encuentra el derecho humano al agua. Esta situación tiende a producir que generalmente se trate de reivindicar el derecho a la propiedad sobre el derecho de aprovechamiento no reivindicándose propiamente tal las aguas. Ello lleva aparejado que los tribunales finalmente no creen más jurisprudencia respecto del derecho humano al agua no aludiendo tampoco a la interpretación de los tratados internacionales. Por tanto, para recurrir a la justicia en virtud del derecho humano al agua propiamente tal como un derecho autónomo quizás sea más conveniente acudir a instancias internacionales, en este caso, a la CIDH.

El derecho internacional va evolucionando cada día más, ya sea a través de instrumentos vinculantes o no, es rol del Estado actualizarse respecto de las nuevas concepciones que permitan una vida más pacífica y armoniosa, que facilite acudir a tribunales nacionales por derechos esenciales como este, evitando así

llegar a instancias internacionales y aplicando el principio de economía procesal respecto de conflictos que se traducen en una serie de consecuencias negativas para nuestra nación. A este respecto la consagración explícita del derecho humano al agua en nuestra carta fundamental nos parece de suma importancia.

4.2.2 Energías Renovables No Convencionales.

Prácticamente toda la energía eléctrica de la cual se alimenta nuestro país proviene de las hidroeléctricas las cuales funcionan gracias al recurso hídrico, a este respecto cabe señalar que uno de los mayores problemas que se presentan se debe a que una cantidad importante de derechos de aprovechamiento de aguas se concentran en Endesa. Las hidroeléctricas, producen cambios en el ciclo del agua, provocando alteraciones en el entorno, siendo un recurso cada día más escaso, debido al cambio climático y abuso del mismo, así como también inadecuada distribución. Además de ser escaso, en las últimas décadas varias vertientes, incluso napas subterráneas se han visto contaminadas, principalmente por la actividad minera del norte de nuestro país. Por estos motivos conviene encontrar formas alternativas de generar energía, que sean amigables con el medio ambiente. De manera que se mantenga el equilibrio en la naturaleza y las comunidades indígenas puedan continuar viviendo en sus territorios ancestrales, realizando sus actividades culturales y ritos religiosos.

Las energías renovables no convencionales (ERNC) Son aquellas fuentes de energía que no se agotan a escala humana. En Chile se definen como ERNC la energía eólica, solar, hidroeléctrica a pequeña escala, biomasa y biogás, geotérmica y mareomotriz. Chile es privilegiado al poseer un gran potencial para el desarrollo de este tipo de energías, gracias a la variedad de su geografía. Se han dado los primeros pasos desde el año 2004 con el fin de incentivar las ERNC generando incentivos y garantías a través del marco regulatorio. Si bien actualmente en Chile no se genera este tipo de energías a grandes escalas, esperamos que con el desarrollo de tecnologías adecuadas y una legislación

propicia con el tiempo las ERNC logren tener un espacio importante en la generación de energía y de esta manera proteger el recurso hídrico de nuestro país.

4.2.3 Derecho de Consulta y Participación

Podemos decir que en Chile no se aplica el Convenio 169 de OIT de la forma en que debiese. El procedimiento de Consulta que se regula en el reglamento N° 66 no se ajusta a los estándares del Convenio, su ámbito de aplicación es mucho más limitado, por lo que no existe una real participación de los indígenas en las materias que les atañen. Por otro lado, en numerosas ocasiones los Tribunales Superiores de Justicia han desconocido la existencia del Convenio, señalando en diversos fallos que no procede la Consulta por no determinarlo de esa manera la legislación interna. De forma tal que se incumple tanto el Convenio como la Convención de Viena, la cual señala en su artículo 27 que: “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

La legislación existente favorece a las empresas privadas. Partiendo porque el Código de Aguas establece que el derecho que se tiene sobre la tierra es distinto del derecho de aprovechamiento de aguas, y de esa manera en los años 80 las empresas lograron obtener derechos de aprovechamiento de aguas en territorios indígenas. Recién en 1994 con la creación de la CONADI los indígenas pudieron regularizar sus derechos al realizar las inscripciones pertinentes, sin embargo, en muchos casos sólo lograron inscribirlos parcialmente. Por otra parte, el Código de Minería establece que el dueño de una pertenencia minera lo es también sobre los acuíferos que se encuentren dentro de ella, por el sólo ministerio de la ley. En el caso de las concesiones de energía geotérmica sucede lo mismo, por el sólo ministerio de la ley se les concede un derecho de aprovechamiento de aguas consuntivo y de ejercicio continuo. En relación a lo que mencionábamos en el

párrafo anterior sobre el reglamento N°66, éste señala que las medidas que califiquen proyectos o actividades que ingresen al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental se regirán por la ley 19.300 (Ley sobre Bases Generales del Medioambiente). La legislación ambiental no obliga a que todos los proyectos ingresen al SEIA, los proyectos forestales no ingresan a este sistema de evaluación, en circunstancias que en el sur de nuestro país las comunidades Mapuches, que corresponden a la mayor densidad poblacional indígena de Chile, se ven tremendamente afectadas, ya que este tipo de proyectos necesitan mucha agua.

De acuerdo a lo que hemos señalado parece pertinente establecer mecanismos de consulta y participación que cumplan con el objetivo del Convenio 169, es decir, que exista una real participación. La jurisprudencia da a entender que los conflictos de las comunidades indígenas se producen principalmente por las actividades industriales que se realizan en sus territorios y los problemas que se generan en relación al recurso hídrico. La única forma en que el reglamento 66 podría ser eficaz es no traspasando la materia más importante a otra ley. Lo que se requiere es una unificación de la legislación, para lograr una real participación. Y lo más importante, que los Tribunales de Justicia en sus fallos reconozcan la existencia del Convenio.

4.4.4 Memoria explicativa, Sistema de Remates y Patente por no uso.

Una de las razones más importantes de porque nuestra legislación en materia de aguas se presta para tantas inequidades yace en la falta de normativa en puntos sensibles e indispensables que en principio pueden parecer irrelevantes pero que en realidad implican grandes consecuencias.

La reforma realizada por la ley 20.017 al Código de Aguas en virtud de la cual se introdujo en el artículo N° 140 “la necesidad” y “la obligación” de

acompañar una memoria explicativa en que se señale la cantidad de agua que se necesita extraer según el uso que se le dará, pero solo cuando supera cierta cantidad y permitiendo destinar ese mismo caudal a un uso diferente al originalmente propuesto. Al respecto, no podemos dejar de cuestionar la funcionalidad de la memoria explicativa, porque en la práctica ella implicará grandes diferencias, ya que dependiendo de los fines para los cuales se use el agua son las consecuencias que recaen sobre ella, es decir en la práctica dependiendo del su destino podría eventualmente devolverse contaminada o no específicamente en una oportunidad de uso útil para quienes posteriormente la vayan a aprovechar en el caso de los derechos no consuntivos.

Actualmente nuestro Código consigna un sistema de remates en aquellos casos en los cuales se presenten dos o más solicitudes respecto de un mismo cauce que no contenga aguas suficientes para satisfacer a los solicitantes. Esta situación finalmente pasa de ser una concesión gratuita a quien lo necesite a ser un sistema en que finalmente quien pueda pagarlo se lo adjudica, ya que no se establece ningún orden de preferencia según necesidades como es el caso del Código de Aguas de 1951 el cual comenzaba con la bebida y servicio de agua potable de las poblaciones y centros industriales.

En cuanto a la patente por no uso como ya señalamos anteriormente sigue siendo baja en comparación con el beneficio que se le otorga sobre todo a grandes usuarios de aguas al acapararlas, generando que exista disponibilidad del recurso hídrico pero no disponibilidad jurídica del mismo, establecer un pago único por ella pudiera ser ineficiente ya que los grandes usuarios de derechos de aprovechamiento de aguas cuentan con suficiente capital como para enfrentar ese tipo de costos, es por ello que pudiera ser más convincente una cuota proporcional, por supuesto siempre con el objetivo de evitar la especulación de los derechos de aprovechamiento de agua dándole prioridad a las necesidades básicas de la población.

Conclusiones

El Convenio 169 consagra particularmente dos derechos, tales son el derecho de participación y consulta, debido a que ambos ostentan una naturaleza jurídica de carácter colectiva, diferente de los derechos fundamentales y cuyo origen es de carácter individual; existe una aparente incompatibilidad que hace difícil el disfrute material de los mismos.

La importancia de ésta dicotomía yace en que las comunidades indígenas atesoran una cosmovisión propia respecto de la vida y su relación con el entorno. Sus costumbres se basan en la propiedad colectiva y en mantener el equilibrio con la naturaleza. Ambos aspectos son finalmente incomprendidos por la actual cosmovisión occidental, lo cual no permite llegar a un acuerdo, así como tampoco a una cabal aplicación de los derechos consagrados en el respectivo Convenio tratando de adaptarse a una legislación restringida, desorganizada y confusa que finalmente adquiere un carácter caótico tornándose ineficiente en la práctica y de difícil interpretación para los tribunales de justicia.

Podemos apreciar que en Chile se han hecho intentos para mejorar las condiciones de las comunidades indígenas, ratificando el Convenio y regulando, aunque imperfectamente el derecho de Consulta y Participación. Sin embargo, aún no se ha logrado dar la protección requerida. Los conflictos acaecidos con las empresas son múltiples, al igual que los problemas que surgen en relación a los proyectos de inversión que se realizan en sus territorios.

De acuerdo a la información recopilada en nuestra investigación, pareciera ser que en la mayoría de los casos las comunidades indígenas no logran resultados positivos a través de las instancias nacionales con respecto a la exigibilidad de su derecho al agua y de lograrlos aquellos no se han sustentado específicamente en este derecho, por lo que para darle un contenido propio al mismo han debido recurrir a instancias internacionales.

Es posible que de no adoptarse las medidas necesarias aquellas comunidades finalmente se fundan junto al resto de la población al no poder subsistir pacíficamente junto a sus formas de vida ancestral perdiendo por consiguiente su cultura o derechamente desapareciendo.

BIBLIOGRAFÍA

ACEVEDO, Karen. El reconocimiento del derecho propio indígena. Situación actual en Chile, en el derecho comparado e internacional. Derecho al agua y geotérmicos. Caso Toconce y el Tatio. (Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales) Santiago, Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2010. 274 p.

ALBAR, Juan Pablo. El derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. Santiago, Chile: Legal Publishing, 2008. 114 p.

AYLWIN, José. Derechos humanos y pueblos indígenas: Tendencias internacionales y contexto chileno [consulta 03 de abril 2016] Disponible en: <http://200.10.23.169/trabajados/SeminarioInternacional.pdf>

BAUER, Carl. Los derechos de agua y el mercado: Efectos e implicancias del código de aguas chileno de 1981. Revista de derechos de aguas, IV:47, 1993.

BERRAONDO, Mikel. Pueblos Indígenas y Derechos Humanos. Bilbao, España: Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, 2006. 690 p.

CALDERÓN, Jorge. Pueblos indígenas y medio ambiente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. [Consulta 07 de febrero de 2016] Disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/curso_derecho_pueblos_indigenas_sistema_interamericano_julio_2012_material_referencia_Jorge_calderon_gamboa.pdf

CASTRO, Harris, "et al". Conflictos por el agua en Chile, entre los Derechos Humanos y las Reglas del Mercado. Chile: Programa Chile Sustentable, 2010. 360 p.

CASTRO, Milka. Agua, derechos y cultura en los Andes del norte de Chile. Un enfoque desde la Antropología jurídica. [Consulta 14 de abril de 2016] Disponible en:

<http://www.chungara.cl/Vols/1997/Vol291/Agua_derechos_y_cultura_en_Los_Andes.pdf>

CEPAL. Agua, poder y conflicto étnico. Legislación de recursos hídricos y reconocimiento de los derechos indígenas en los países andinos: importancia, obstáculos, perspectivas y estrategias. [consulta 31 de marzo de 2016] Disponible en:

<http://www.serindigena.org/archivosdigitales/otros/ensayo_agua_poder_y_conflicto_etnico.pdf>

CÓDIGO de Aguas. CHILE. Ministerio de Justicia. 29 de octubre de 1981.

CÓDIGO de Minería. Chile. Ministerio de Minería. 14 de octubre de 1983.

CONSTITUCIÓN Política de la República de Chile. Chile: Jurídica, 22 de septiembre de 2005.

CONTESSE, J y LOVERA, D. El Convenio 169 de la OIT en la jurisprudencia chilena: Prólogo del incumplimiento. Anuario de Derecho Público UDP, 2011. 583 p.

COMISIÓN Interamericana de Derechos Humanos, Rol N° 4617-02. 2002

CORTE de Apelaciones de Temuco, Rol N° 1705 -2009.

CORTE Suprema, Rol N° 817-2006.

CONVENCIÓN de Viena sobre el derecho de los tratados. Austria: Organización de las Naciones Unidas, 23 de mayo de 1969.

CONVENIO 107 sobre poblaciones indígenas y tribales. Suiza: Oficina Internacional del Trabajo, 05 de junio de 1957.

CONVENIO 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, de la Oficina Internacional del Trabajo. SUIZA: Oficina Internacional del Trabajo, 1989.

DECRETO N°40. Chile. Aprueba reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Ministerio del Medio Ambiente. 12 de agosto de 2013.

DECRETO Supremo N° 66. Chile. Aprueba Reglamento que regula el procedimiento de Consulta indígena, en virtud del artículo 6 N° 1 letra a) y N° 2 del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Ministerio de Desarrollo Social. 15 de noviembre de 2013.

DECRETO Supremo N° 124. Chile. Reglamenta el artículo 34 de la Ley N° 19.253 a fin de regular la Consulta y Participación de los pueblos indígenas. Ministerio de Planificación. 04 de septiembre de 2009.

DEPARTAMENTO de Asuntos Económicos y Sociales de Naciones Unidas, El Derecho Humano al Agua y los ODM. [consulta el 4 de enero de 2016] Disponible en: <http://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/human_right_to_water.shtml>

DERECHOS de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos humanos. [Consulta 05 de marzo de 2016] Disponible en: <<http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/tierras-ancestrales.esp.pdf>>

DERECHOS locales sobre las aguas en Chile: Análisis jurídico y político para una estrategia de gestión pertinente en territorios indígenas. [consulta 16 de marzo de 2015]. Disponible en: <<http://www.cepal.org/dрни/proyectos/walir/doc/walir52.pdf>>

El DERECHO al agua. [consulta 23 de marzo de 2015] Disponible en: <<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet35sp.pdf>>

GONZÁLEZ, Camilo. Energías Renovables No Convencionales para su uso domiciliario, descripción, marco regulatorio y reglas de fomento. (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile: Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2013. 178 p.

HENRÍQUEZ, Myriam. Jerarquía de los tratados de derechos Humanos: análisis jurisprudencial desde un método de casos. [consulta 04 de marzo de 2016]. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S071852002008000100004&script=sci_arttext>

IMPLEMENTACIÓN del Convenio 169 en Chile. [consulta 12 de marzo de 2015]. Disponible en: <http://www.icso.cl/wp-content/uploads/2014/05/Implementaci%C3%B3n-del-Convenio-169-en-Chile_Antonia-UrrejolaPROTEGIDO.pdf>

INFORME de síntesis Fondo de Tierras y Aguas Indígenas. [consulta 16 de marzo de 2015] Disponible en <http://www.dipres.gob.cl/574/articles-140988_r_ejecutivo_institucional.pdf>

Ley N° 19.253. CHILE. Establece normas sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena. Ministerio de Planificación y Cooperación. 05 de octubre de 1993

Ley N° 19.300. CHILE. Aprueba ley sobre bases generales del medio ambiente. Ministerio Secretaria General de la Presidencia. 09 de marzo de 1994.

Ley N° 19.657. CHILE. Sobre Concesiones de Energía Geotérmica. Ministerio de Energía. 07 de enero de 2000.

LIMITACIONES al derecho de aguas en comunidades indígenas de Villarrica, región de la Araucanía, Chile. [Consulta 31 de marzo de 2016] Disponible en: <http://www.aeachile.cl/docs/r16/REA_2012_01.pdf>

MORH, Tania. Interpretación y aplicación del Convenio 169 de la OIT en Chile, en especial sobre el derecho de consulta (Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales), Valdivia, Chile: Universidad Austral de Chile, Escuela de Derecho, 2012. 56 p.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Relatoría sobre los asuntos de los pueblos indígenas. Proyecto de declaración americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. [Consulta el 11 de febrero de 2016]. Disponible en: <<http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/actividades/declaracion.asp>>

SUIZA.OFICINA Internacional Del Trabajo. Manual para Mandantes Tripartitos de la OIT. Ginebra, SUIZA: Oficina Internacional del Trabajo, Departamento de Normas Internacionales, 2013. 60 p.

TRIBUNAL Constitucional de Perú, STC N ° 5427-2009-PC/TC. 2009

TRIBUNAL Constitucional de Perú, Exp. N° 03343-2007-PA/TC. 2007

VALDIVIA, José Miguel. Alcances jurídicos del Convenio 169. [consulta 26 de marzo de 2015]. Disponible en:

<http://www.cepchile.cl/dms/archivo_4765_2887/rev121_JMValdivia.pdf>

YAÑEZ, Nancy “et al”. Las Aguas Indígenas en Chile. Santiago, Chile: LOM ediciones, 2011. 276 p.

IV JORNADA de Derecho de Aguas: 20 años del Código de Aguas (1981-2001).

[Consulta 20 marzo 2015]. Disponible en:

<<http://aprchile.cl/pdfs/IV%20Jornadas%20Derechos%20de%20Agua.pdf>>