



UNIVERSIDAD
Finis Terrae

UNIVERSIDAD FINIS TERRAE
FACULTAD DE DERECHO
MAGISTER EN DERECHO DE LOS RECURSOS NATURALES Y MEDIO
AMBIENTE

MODIFICACIÓN AL INCISO PRIMERO DEL ARTÍCULO 64 DE LA LEY INDÍGENA

MARÍA PAZ CASANOVA BARRERA

Artículo Académico presentado a la Facultad de Derecho de la Universidad Finis
Terrae, para optar al grado de Magister en Derecho de los Recursos Naturales y
Medio Ambiente.

Profesor Guía: Francisca Vergara Díaz

Santiago, Chile

2020

Resumen

El presente artículo académico tiene por objeto analizar la modificación al inciso 1° del artículo 64 de la Ley N°19.253, de 1993, también conocida como ley indígena, que reconoce una especie de estatuto especial a las aguas de los pueblos indígenas del norte de Chile. Lo anterior, con la finalidad de determinar la motivación del legislador de incluir a los pozos de agua dulce dentro de dicho estatuto especial, en virtud de la Ley N°21.273, de 2020, que tuvo como objetivo principal el reconocimiento de la vigencia del pueblo costero chango como etnia indígena de Chile.

Palabras clave: pozos de aguas dulce, agua subterránea, comunidades indígenas, propiedad ancestral, consulta indígena.

Summary

The purpose of this academic article is to analyze the modifications made to subsection 1st of article 64 of Law No. 19.253 of 1993, also known as Indigenous Law, which recognizes a kind of special statute for the waters of the northern Chilean indigenous people. The foregoing in order to determine legislator's motivation for including freshwater wells within said special statute, by virtue of Law N°21.273 of 2020, which had as main objective to recognise the validity of the chango coastal people as indigenous ethnic group of Chile.

Key words: freshwater wells, groundwater, indigenous communities, ancestral property, indigenous consultation.

Introducción

El presente artículo se centrará en señalar y analizar los aspectos más relevantes que pude vislumbrar en materia de aguas de los pueblos indígenas del norte de Chile, en especial respecto del reconocimiento de la propiedad ancestral que las comunidades indígenas nortinas tienen sobre las aguas superficiales y subterráneas que están dentro de su territorio.

Asimismo, se reseñará de manera breve los alcances de la modificación al inciso 1° del artículo 64 de la Ley N°19.253, de 1993, tanto en la legislación de aguas como en la ambiental y en la propia indígena; norma que reconoce una especie de estatuto especial a las aguas de los pueblos indígenas del norte de Chile, considerándolas bienes de propiedad y uso de la comunidad indígena establecida por ley y que se encuentren dentro de su territorio.

El trabajo lo he dividido en cuatro partes: en la primera me referiré a como se gestó la idea en el Congreso Nacional de incorporar a los pozos de aguas dulce dentro del inciso 1° del artículo 64 de la ley indígena, mediante la revisión de la historia de la Ley N°21.273, de 2020.

En la segunda, aludiré a las aguas de las comunidades indígenas del norte del país destacando su importancia, el marco jurídico que les aplica, el estatuto legal especial de las aguas de dichas comunidades y revisaré algunos casos emblemáticos en materia de reconocimiento de propiedad ancestral indígena sobre las aguas.

En la tercera, efectuaré un análisis de la modificación al art. 64 de la ley indígena, relevando la inexistencia de definición legal del concepto pozos de agua dulce.

En la cuarta parte, analizaré las implicancias de la incorporación de los “pozos de agua dulce” en materia de exploración de aguas subterráneas y constitución de nuevos derechos de aprovechamiento de aguas (DAA) por parte de la Dirección General de Aguas (DGA), de evaluación ambiental de proyectos y en materia de consulta indígena y la configuración de la susceptibilidad de afectación directa exigida en el art. 6 N°1 letra a) del Convenio N°169 (OIT), contrastando todo lo anterior con la normativa ambiental vigente, y en especial con los reglamentos que se refieren a la consulta previa.

Por último, concluiré con los hallazgos del análisis de los temas antes señalados.

1. Historia de la Ley N°21.273, de 2020, y la inclusión de los pozos de agua dulce

La discusión en el Congreso Nacional respecto de la modificación al inciso 1° del art. 64 de la Ley N°19.253, de 1993 (ley indígena), que contempla un tipo de estatuto especial de las aguas de los pueblos indígenas del norte del país, habida consideración de la singularidad de haberse incluido en una ley cuyo objeto es el reconocimiento de la vigencia de un pueblo costero, y no el reconocimiento de las aguas de comunidades indígenas. Lo

anterior, dado que dicha modificación se produjo para reconocer al pueblo chango como etnia indígena de Chile, “entre otras materias”, al decir la ley; y en la frase “dentro de esas otras materias”, es donde encontramos la modificación en comento.

La Ley N°21.273, de 2020, nace de dos mociones parlamentarias (Boletines N°11188-17 y N°11335-17), refundidos en un solo proyecto de ley a solicitud de la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía, que como ya se señaló, únicamente buscaba el reconocimiento del pueblo chango como etnia indígena de Chile, para lo cual se propone modificar la ley indígena.

Es menester señalar respecto del pueblo chango que, tras la modificación a la ley indígena, se le reconoce oficialmente como etnia indígena de Chile (art. 1, inciso 2°); y de acuerdo con el nuevo art. 65 bis, inciso 1° de dicha ley “Son changos las comunidades costeras ubicadas principalmente desde la II a la V Región”; indicando en el inciso 2° que “Se procurará proteger especialmente el hábitat de este pueblo originario, constituido por el borde costero, playas, islas y roqueríos, como asimismo la biodiversidad y ecosistemas marinos que garantizan su desarrollo y supervivencia”.

Ahora bien, la modificación al inciso 1° del art. 64 de la ley indígena, relativo al estatuto de protección de las aguas de los pueblos indígenas del norte del país, surgió con el objeto de agregar a la citada norma la expresión pozos de aguas dulce.

Durante la discusión del proyecto de ley, la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía recibió en audiencia a distintas personas y entidades, dentro de las cuales hizo referencia al tema de estudio, el dirigente de la Agrupación Changos Descendientes del Último Constructor de Balsas de Cuero de Lobo de Caleta Chañaral de Aceituno, Región de Atacama, señor Felipe Rivera, quien señaló que “desde su perspectiva en ningún caso se pretende afectar su estatuto de protección, sino que de proteger también sus pozos de agua dulce que han posibilitado la vida en sus caletas, y que hoy han sido usurpados por quienes han allegado a los lugares que habitan, usando y usufructuando de este bien comunitario que requiere de resguardo.”¹

Es importante mencionar que la única referencia explícita a la modificación del inciso 1° del art. 64 de la ley indígena corresponde al Diputado Amaro Labra Sepúlveda,

¹ Historia de la Ley N°21.273, Segundo Trámite Constitucional: Senado, pp. 27-28, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

quien indicó que el Senado había agregado “entre las aguas protegidas por la ley indígena, los pozos de agua dulce ubicados en terrenos diaguitas o changos.”²

Finalmente, la Ley N°21.273, de 2020, que modificó a la ley indígena respecto de la materia que nos interesa, agregando en el inciso 1° del art. 64 a los pozos de agua dulce, fue promulgada con fecha 08 de octubre de 2020, y publicada en el Diario Oficial, el día 17 de octubre del mismo año.

2. Aguas de las comunidades indígenas del norte de Chile

2.1.- Relevancia que tienen las aguas para las comunidades indígenas del norte del país.

“El agua ha constituido históricamente el recurso fundamental para la vida social, cultural y económica, y ha posibilitado el hábitat y asentamiento de los pueblos originarios en los diversos territorios. Esto hace que su historia dependa y se asocie íntimamente con el uso, manejo, valoración y conservación del recurso hídrico, incluyéndolo como parte de su cosmovisión.”³

Por lo tanto, las aguas de las comunidades indígenas del norte de Chile ya sean superficiales o subterráneas, son de gran importancia para la subsistencia de las comunidades de dicha área geográfica del país, y por tal razón están incorporadas dentro de la protección especial que les brinda el inciso 1° del artículo 64 de la ley indígena, que las considera bienes de propiedad y uso de dichas comunidades indígenas a las aguas que se encuentren dentro del territorio de la respectiva comunidad indígena.

2.2.- Marco jurídico aplicable al agua y al derecho de aprovechamiento de aguas de las comunidades indígenas nortinas.

Se señalará, de manera breve, la normativa que regula tanto las aguas como los derechos de aprovechamiento de aguas (DAA) de las comunidades indígenas del norte del país, tanto en la legislación general aplicable como en la indígena.

a) Artículo 19, N° 24, inciso final de la Constitución Política de La República, al disponer que la Constitución asegura a todas las personas: “Los derechos de los particulares sobre

² Historia de la Ley N°21.273, Tercer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados, p. 6, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

³ YÁÑEZ Y MOLINA (2011), p. 13.

las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”.

El amparo constitucional que nos interesa corresponde a la parte pertinente de la citada norma que hace referencia a los derechos de los particulares sobre las aguas reconocidos en conformidad a la ley; tal como se verá más adelante respecto de los derechos de agua de propiedad ancestral de las comunidades indígenas del norte, originados en usos consuetudinarios reconocidos por el Legislador.

b) Artículos 13 y 15 del Convenio N°169, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Lo primero que debemos señalar es que el Convenio N°169, de 1989, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, es un tratado internacional adoptado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ratificado por Chile en el año 2008 (promulgado por DS N°236, de 2008, del Ministerio de Relaciones Exteriores), cuya entrada en vigencia es de fecha 15 de septiembre del año 2009.

Es importante destacar que los citados artículos del Convenio N°169 (OIT), se encuentran establecidos en la Parte II de dicho Convenio, relativo a las tierras de los pueblos indígenas, pero que igualmente los hace extensivos a las aguas de los pueblos indígenas, debido a que esta norma internacional no cuenta con disposiciones específicas en materia de aguas.

De esta manera, el art. 13 punto 2 establece que “La utilización del término_”tierras” en los arts. 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”.

Ahora bien, el punto 1 del art. 15 señala que “los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente...”.

Por lo tanto, el Convenio N°169 (OIT) reconoce y protege los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales existentes en sus tierras, es decir, tierras y aguas; lo que se encuentra en plena armonía con el art. 64 de la ley indígena.

c) Artículo 2° transitorio del Código de Aguas.

Esta norma con sangra, en la parte que nos es atingente, la regularización (o formalización) de los derechos de aprovechamiento de aguas (DAA) consuetudinarios indígenas, reconocidos por ley (art. 7 DL N°2.603, de 1979) y protegidos constitucionalmente (art. 19, N° 24, inciso final Constitución Política de La República)⁴, al establecer que “Los derechos de aprovechamiento inscritos que estén siendo utilizados por personas distintas de sus titulares a la fecha de entrar en vigencia este código, podrán regularizarse cuando dichos usuarios hayan cumplido cinco años de uso ininterrumpido, contados desde la fecha en que hubieren comenzado a hacerlo, en conformidad con las reglas siguientes... El mismo procedimiento se aplicará en los casos de las personas que, cumpliendo todos los requisitos indicados en el inciso anterior, solicitaren inscribir derechos de aprovechamiento no inscritos...”.

De esta manera, las personas indígenas pueden solicitar la regularización de los DAA que estén ejerciendo, si cumplen con los requisitos de legitimidad de dicho art. 2° transitorio del Código de Aguas, esto es, siempre que los hayan usado durante un lapso ininterrumpido de tiempo, sin violencia ni clandestinidad y sin reconocer dominio ajeno.

Si tales circunstancias son acreditadas ante un tribunal de justicia, éste último debe proceder a declarar la regularización del respectivo DAA, siendo un acto meramente declarativo, ya que solamente constata la existencia del derecho, “permitiendo además determinar sus características esenciales: caudal, punto de captación y si se trata de derechos consuntivos o no consuntivos; de ejercicio permanente o eventual; continuos, discontinuos o alternados.”⁵

d) Artículo 7 D.L. N°2.603, de 1979, que modifica y complementa Acta Constitucional N°3; y establece normas sobre derechos de aprovechamiento de aguas y facultades para el establecimiento del régimen general de las aguas.

Corresponde al reconocimiento legal de los usos consuetudinarios de aguas a través de dos presunciones: i) “Se presumirá dueño de derecho de aprovechamiento a quien lo sea del inmueble que se encuentre actualmente utilizando dichos derechos”, y ii) “En caso de no ser aplicable la norma precedente, se presumirá que es titular del derecho de aprovechamiento quien se encuentre actualmente haciendo uso efectivo del agua”.

⁴ VERGARA (2018), pp. 63-64.

⁵ CUADRA (2000), p. 87.

Ambas presunciones consideran titular del DAA a quien utilice efectivamente las respectivas aguas.

e) Modificaciones establecidas por la Ley N°19.145, de 1992, a los artículos 58 y 63 del Código de Aguas.

Mediante dicha ley se le agregan nuevos incisos a ambos artículos del Código de Aguas, que dicen relación con la prohibición de exploraciones y nuevas extracciones en áreas de vegas y de los llamados bofedales en las Regiones de Tarapacá y de Antofagasta.

“Esta modificación tiene un carácter ambiental, pues busca evitar la desaparición del tipo de flora adaptada a este clima tan árido, y también tiene una importancia geopolítica, ya que estos humedales son ocupados por pastores aymaras y atacameños para desarrollar su actividad económica, que, de no mantenerse, los hace emigrara a las ciudades.”⁶

f) Artículos 20 letra c), 22, 64 y 3° transitorio, inciso 2 de la ley indígena.

- El art. 20 de dicha ley crea el Fondo de Tierras y Aguas, administrado por la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI), y señala sus objetivos, siendo uno de ellos el “financiar la constitución, regularización o compra de derechos de aguas o financiar obras destinadas a obtener este recurso”, objetivo que está establecido en la letra c).

- La norma del art. 22 de la ley indígena señala que “las tierras no indígenas y los derechos de aguas para beneficio de tierras indígenas adquiridas con recursos de este Fondo, no podrán ser enajenados durante veinticinco años, contados desde el día de su inscripción. Los Conservadores de Bienes Raíces, conjuntamente con la inscripción de las tierras o derechos de aguas, procederán a inscribir esta prohibición por el solo ministerio de la ley”. Asimismo, en la parte final del inciso primero del citado artículo indica que “en todo caso será aplicable el artículo 13”, esto es, somete las aguas indígenas al régimen de protección de tierras establecido en el mencionado art. 13.

- Lo concerniente a los artículos 64 y 3° transitorio, inciso 2 de la ley indígena se verá en el punto 2.3 de manera más extensa.

2.3.- Estatuto legal especial de las aguas de las comunidades indígenas del norte.

⁶ ALBORNOZ (2000), pp. 322.

Primero que todo debemos señalar qué se entiende por comunidad indígena, y al respecto el art. 9 de la ley indígena establece que: “Para los efectos de esta ley se entenderá por Comunidad Indígena, toda agrupación de personas pertenecientes a una misma etnia indígena y que se encuentren en una o más de las siguientes situaciones: a) Provenzan de un mismo tronco familiar; b) Reconozcan una jefatura tradicional; c) Posean o hayan poseído tierras indígenas en común, y d) Provenzan de un mismo poblado antiguo”.

Ahora bien, en el art. 64 de la ley indígena encontramos una suerte de estatuto legal especial de las aguas de las comunidades indígenas del norte de Chile que se encuentren dentro del territorio de la respectiva comunidad indígena, el que se las reconoce en propiedad y les otorga una protección, señalando en el inciso 1º que “Se deberá proteger especialmente las aguas de las comunidades Aymaras 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, pozos de agua dulce y vertientes, sin perjuicio de los derechos que terceros hayan inscrito de conformidad al Código General de Aguas”.

“Así las cosas, podemos señalar que este artículo, desde su primera frase, contiene una protección a las aguas (no a los derechos de aprovechamiento de aguas) de las comunidades Aymarás y Atacameñas. En segundo lugar, refiere una presunción de dominio y uso, respecto de aquellas aguas que estén ubicadas en los terrenos de la comunidad, distinguiendo, por último, que todo lo anterior es sin perjuicio de los derechos que terceros hayan inscrito de conformidad al código general de aguas”.⁷

“Sobre esta presunción, de dominio y uso, parece necesario aclarar aspectos referidos a su correcto alcance: la ley considera a estas aguas bienes de propiedad y uso de las comunidades indígenas establecidas por la ley. Entendemos que la ley debió utilizar la palabra se considerarán de propiedad ya que estos bienes nunca han sido inscritos para probar su dominio, ni pueden serlo, ya que lo que se inscribe son los derechos y no las aguas mismas”.⁸

“Esto nos confirma el hecho de que el legislador al hablar de dos cosas diferentes, a saber, aguas -cosa corporal, renovable, corruptible- y luego derechos -cosa incorporal, no

⁷ MUÑOZ (2000), p. 426.

⁸ MUÑOZ (2000), p. 426.

degradable-, está otorgando un trato también diverso perfectamente distintivo de ambas cosas siendo clarísima su intención de no confundir los términos”.⁹

Ahora bien, lo relativo a los pozos de agua dulce, individualizados en el inciso 1° del art. 64 de la ley indígena, es lo que se agregó mediante Ley N°21.273, de 2020. Por lo tanto, a partir de esta modificación, las aguas subterráneas o pozos de agua dulce (en el entendido de que son sinónimos, tal como se verá más adelante) de las comunidades indígenas del norte del país, quedan ya de manifiesto dentro del ámbito de protección que les brinda el art. 64 de la ley indígena. Lo anterior debido a que antes de la modificación, al no individualizar a los pozos de aguas dulce (aguas subterráneas), evidentemente, solo hacía referencia a las aguas superficiales (sin perjuicio de la protección del inciso 2° del art. 64 respecto de los acuíferos que surten a las aguas de propiedad de las comunidades indígenas establecidas por la ley indígena), pero no había explícitamente un reconocimiento de propiedad y uso sobre las aguas subterráneas. Por lo tanto, no se había incluido en el art. 64 de la ley indígena al recurso hídrico subterráneo.

En lo que respecta a la propiedad ancestral sobre las aguas de estas comunidades indígenas, es de vital importancia el artículo 3° transitorio, inciso 2, de la ley indígena, que mandata que la CONADI y la DGA “establecerán un convenio para la protección, constitución y restablecimiento de los derechos de aguas de propiedad ancestral de las comunidades aimaras y atacameñas en conformidad al artículo 64 de esta ley”. Por lo tanto, es en este artículo transitorio donde encontramos expresamente el reconocimiento legal de la propiedad ancestral que las comunidades indígenas del norte de Chile tienen sobre las aguas que se encuentran dentro de su territorio.

Como queda de manifiesto de la sola lectura del art. 3° transitorio, inciso 2 de la ley indígena, el reconocimiento legal de los derechos ancestrales “es de carácter genérico, ya que la ley no determina cuáles son, a qué comunidad pertenecen en cada caso ni cuáles son sus características esenciales. Sin embargo, para nadie es novedad que la aplicación de una norma legal abstracta y general a un caso concreto y particular, es una cuestión de hecho que debe hacerse caso a caso, sobre la base de las descripciones genéricas contenidas en la ley.”¹⁰

⁹ MUÑOZ (2000), p. 426.

¹⁰ CUADRA (2000), pp. 87-88.

“Es importante recalcar que, según la normativa del derecho positivo actual, no cualquier uso de aguas que hacen los poblados y comunidades indígenas se considera automáticamente un derecho ancestral”¹¹. Además, es la propia legislación la que se encarga de establecer las condiciones básicas para determinar cuáles son estos derechos ancestrales, a saber: “i) las aguas en que estos recaen deben encontrarse dentro de un determinado ámbito geográfico; ii) debe existir uso consuetudinario y antiguo del recurso; y, iii) este uso debe ser realizado en forma colectiva por la comunidad indígena y no por meros regantes individuales, aunque también sean indígenas.”¹²

Por lo tanto, el reconocimiento de la propiedad ancestral sobre los derechos de aguas de las comunidades indígenas del norte de Chile está contenido en los arts. 64 y 3º transitorio, inciso 2 de la ley indígena¹³.

2.4.- Casos emblemáticos de reconocimiento de propiedad ancestral indígena sobre las aguas.

1) Caso Toconce con Essan S.A. (2004): Corte Suprema, Rol 986-2003.

Esta sentencia es anterior a la entrada en vigencia del Convenio N°169, y en ella la Corte Suprema se pronuncia por primera vez a favor de reconocer la propiedad ancestral indígena sobre las aguas, procediendo a regularizar DAA a la comunidad indígena atacameña de Toconce (Región de Antofagasta), desestimando las pretensiones de la Empresa de Servicios Sanitarios de Antofagasta (ESSAN S.A.), a cuyo nombre estaban inscritos estos DAA. “Este fallo sentó como jurisprudencia que la propiedad ancestral indígena sobre las aguas, derivada de prácticas consuetudinarias, constituye dominio pleno por aplicación de los arts. 3º transitorio, inciso 2, y 64 de la ley indígena.”¹⁴

2) Caso Agua Mineral Chusmiza S.A.I.C. con Comunidad Indígena Aymara Chusmiza-Usmagama (2009): Corte Suprema, Rol 2840-2008.

Primera sentencia en que se aplica el Convenio N°169, respecto del concepto de territorio (arts. 15 y 16), ya que dicho concepto, tal como se señaló anteriormente, se

¹¹ GENTES Y YÁÑEZ (2006), p. 50.

¹² CUADRA (2000), p. 88.

¹³ Los que deben ser relacionados con el procedimiento de regularización de derechos consuetudinarios del art. 2º transitorio del Código de Aguas, con el art. 7 del DL N°2.603, de 1979 y con el art. 19, N°24, inciso final de la Constitución Política de La República, además de las normas respectivas del Convenio N°169 (OIT)

¹⁴ YÁÑEZ Y MOLINA (2011), pp. 15-16

amplía también a las aguas que están dentro del territorio de la respectiva comunidad indígena. “La Corte Suprema, en fallo similar al anterior, reconoció que la comunidad indígena de Chusmiza-Usmagama tiene derechos ancestrales de aprovechamiento de aguas sobre la quebrada del mismo nombre, argumentando que estos se encuentran refrendados por la ley indígena y el Convenio N°169 (OIT).”¹⁵

3) Caso Luis Díaz Farías y otros con Comunidad Indígena Mulluri (2017): Corte Suprema, Rol 45.848-2016.

4) Flores Flores, Cipriana con Junta de Vigilancia del Río Lluta y su Tributarios (2019): Corte Suprema, Rol 12.990-2019.

5) Huanca Alave, Martín con Dirección General de Aguas (2020): Corte Suprema, Rol N°12.988-2019.

Es importante destacar que todas estas jurisprudencias que abarcan desde los años 2004 al 2020, dicen relación con el reconocimiento del dominio por uso ancestral comunitario sobre las aguas situadas en territorio de una comunidad indígena, utilizadas de forma colectiva o individual, esto último, siempre en tanto miembro de una comunidad indígena; y, además, únicamente refieren a aguas superficiales.

3. Análisis de la modificación

3.1. Falta de definición legal del concepto pozos de agua dulce.

Lo primero que debemos señalar es que la Ley N°21.273, de 2020, que modificó el inciso 1° del art. 64 de la ley indígena, no dio un concepto de pozos de agua dulce ni tampoco se lo encontró dentro de la historia de la ley. Asimismo, no se descubrió referencia alguna a la definición de pozos de agua dulce en normas legales relativas a las aguas y en textos de orden institucional estatal¹⁶; ni en la ley indígena.

Ahora bien, de acuerdo con el diccionario de la Real Academia de lengua española, la definición de “pozo”, relacionado al agua, tiene tres acepciones: i) “m. Perforación que se hace en la tierra para buscar una vena de agua”; ii) “m. Hoyo profundo, aunque esté seco”; y iii) “m. Sitio o lugar en donde los ríos tiene mayor profundidad”.

¹⁵ YÁÑEZ Y MOLINA (2011), p. 16

¹⁶ Código de Aguas, Reglamento sobre Normas de Exploración y Explotación de Aguas Subterráneas, Reglamento del Catastro Público de Aguas, Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos, Glosario de definiciones y conceptos relacionados con la fiscalización, entre otros.

Sin embargo, en el citado diccionario no brinda una definición de pozos de agua dulce, pero si define al “pozo artesiano”, indicando que es un “pozo de gran profundidad, para que el agua contenida entre dos capas subterráneas impermeables encuentre salida y suba naturalmente a mayor o menor altura del suelo”.

Por otra parte, la cartilla elaborada en el marco del Programa de Riego en el Secano Interior y Costero, de las Regiones V, VI, VII, VIII y Metropolitana, del año 2001, de la Comisión Nacional de Riego e INIA-La Platina, hace referencia a la palabra pozos en relación a las aguas subterráneas, indicando que en nuestro país el mayor número de captaciones de aguas subterráneas se realizan mediante pozos profundos, los que corresponden a una estructura hidráulica que permite alumbrar y extraer aguas que escurren por los acuíferos subterráneos, mediante bombeo u otro sistema de elevación.

Dado lo anterior, se puede colegir que la definición de pozos de agua dulce está referida exclusivamente a las aguas subterráneas; las que según el art. 2 del Código de Aguas son aquellas que “están ocultas en el seno de la tierra y no han sido alumbradas”.

3.2. Ubicación del artículo 64 en la ley indígena.

El art. 64 de la ley indígena se encuentra ubicado dentro del Párrafo 2° sobre “Disposiciones Particulares Complementarias para los Aimaras, Atacameños y demás Comunidades Indígenas del Norte del País”.

Por su parte, el inciso 2° del art. 62 del mismo cuerpo normativo, hace extensivas las disposiciones del Párrafo 2° a los otros pueblos del norte del país, al establecer que “Estas disposiciones se aplicarán a otras comunidades indígenas del norte del país, tales como quechuas y collas”. Es menester señalar que igualmente rigen para los diaguitas y changos, ya que según el art. 1, inciso 2° de la ley indígena, también son etnias indígenas del norte del país.

“El art. 64 de la ley indígena es doblemente especial, ya que, por un lado, está contenida en una legislación sectorial (procede su aplicación con preferencia a los otros cuerpos legales mencionados, al amparo del art. 4 del C.C.), y por otra parte, dentro de la misma ley indígena, a su vez, se encuentra entre aquellas disposiciones particulares complementarias para las comunidades indígenas del norte del país, ya que el legislador comprendió que este recurso es singularmente especial para estas etnias que sobreviven en

climas desérticos, pasando a ser un elemento que supera para ellos la mera categoría de bien económico”.¹⁷

Por otra parte, “si se analiza orgánicamente la ley indígena se puede señalar que ella reconoce el principio de indisolubilidad entre el recurso tierra y el recurso agua, elementos que han sido separados artificialmente en la legislación general, estableciendo procedimientos adquisitivos y registros diferenciados de aplicación”.¹⁸

De lo que se puede colegir respecto a los pozos de agua dulce, podríamos decir que éstos no fueron añadidos al inciso 1° del art. 64 de la ley indígena única y exclusivamente para el pueblo chango, ya que la ubicación de la citada norma en la ley indígena se encuentra dentro de las disposiciones particulares complementarias para todas las comunidades indígenas del norte del País, por lo tanto, aplica para los aimaras, atacameños, quechuas, collas, diaguitas y changos.

4. Implicancias

4.1. Implicancias para efectos de la exploración y constitución de nuevos DAA.

La Dirección General de Aguas (DGA), dependiente del Ministerio de Obras Públicas (MOP), es el principal órgano centralizado de la administración del Estado con competencias en materia de aguas en Chile, debido a que tiene potestades privativas en relación con la constitución originaria de DAA, entre otras atribuciones y funciones.

Por su parte, el procedimiento concesional de DAA es un procedimiento administrativo reglado que da origen a un acto administrativo formal¹⁹, que otorga un determinado DAA en favor de un particular.

En nuestra legislación, conforme los art. 22 y 141 del Código de Aguas, la DGA está obligada de constituir el DAA solicitado si se cumplen tres requisitos copulativos: i) que la solicitud sea legalmente procedente; ii) que exista caudal disponible; y ii) que no se perjudiquen ni menoscaben derechos de terceros, debiendo considerarse, la relación existente entre aguas superficiales y subterráneas (principio de la unidad de la corriente).

¹⁷ MUÑOZ (2000, pp. 427-428.

¹⁸ MUÑOZ (2000), p. 426.

¹⁹ Resolución del Director General de Aguas o Decreto Supremo del Presidente de la República, según corresponda.

Por lo tanto, la DGA al momento de constituir un nuevo DAA debería tener en consideración la propiedad y uso que tienen las comunidades indígenas del norte de Chile respecto de las aguas subterráneas o pozos de agua dulce que se ubican dentro de sus terrenos, ya que no pueden perjudicarse ni menoscabarse derechos de terceros al otorgarlos. Además, “el inciso 2º del art. 64 de la ley indígena plantea una importantísima restricción al Estado, específicamente a la Dirección General de Aguas, al indicar que: 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”.²⁰

Lo anterior, se debe considerar ligado a que desde hace un par de años a la fecha se han ido incorporando nuevas zonas de prohibición para nuevas explotaciones de aguas subterráneas, mecanismo a través del cual la DGA protege la sustentabilidad de un acuífero determinado al encontrarse totalmente comprometida la disponibilidad del recurso hídrico, tanto en carácter de definitivo como provisional, por lo que no es posible constituir nuevos DAA.

Por otra parte, y como se verá más adelante, el art. 7 del Reglamento que Regula el Procedimiento de Consulta Indígena (DS N°66, de 2013, del Ministerio de Desarrollo Social), consagra respecto de los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, como es el caso de la DGA, la obligación consultar a los pueblos indígenas cada vez que se prevean medidas administrativas formales, susceptibles de afectarles directamente, que contengan una declaración de voluntad, de naturaleza no reglada, que les permita el ejercicio de un margen de discrecionalidad que los habilite para llegar a acuerdos u obtener el consentimiento de los pueblos indígenas en su adopción.

Dado lo anterior, y de acuerdo con la letra estricta del Reglamento que Regula el Procedimiento de Consulta Indígena (DS N°66, de 2013, del Ministerio de Desarrollo Social), al ser la constitución originaria de un DAA (superficial o subterráneo) un procedimiento reglado, hasta el momento no aplica en esta materia la consulta indígena.

Sin embargo, respecto a la exploración de aguas subterráneas, regulada en el Decreto N°203, de 2013, del Ministerio de Obras Públicas, Reglamento sobre Normas de

²⁰ MUÑOZ (2000), p. 426.

Exploración y explotación de Aguas Subterráneas, y según fallo de la Corte de Apelaciones de Antofagasta sobre reclamación judicial del artículo 137 del Código de Aguas presentado por la Comunidad Indígena Atacameña de Peine en contra de la Dirección Regional de Aguas de Antofagasta, causa Rol N°5-202, de fecha 30 de octubre de 2020, de acuerdo a lo establecido en el considerando séptimo se requiere de consulta indígena al indicar lo siguiente: “Que el mecanismo de consulta indígena se justifica además, plenamente en el caso de autos, si se tiene en cuenta que, como consta del informe técnico y lo señalado por la propia Dirección de Aguas, de acuerdo al informe Ord. N°0039 de 27 de febrero de 2019 de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI) el área solicitada por CMZ para la exploración de aguas subterráneas se inserta en tierras bajo régimen de propiedad indígena y en área de desarrollo indígena, conforme a la Ley N°19.253 de 5 de octubre de 1993”; y continúa señalando que “En esas condiciones, resulta obvio que el proyecto de la CMZ para explorar aguas subterráneas afecta directamente a la comunidad indígena por la cual se reclama, pues la autorización supone el ingreso a terrenos que se encuentran bajo el régimen de propiedad indígena, que la comunidad reclama como propiedad suya, y en los cuales la empresa privada solicitante pretende realizar trabajos de exploración, lo que significa perforaciones y alteraciones del lugar, que tienen como propósito final la constitución de derechos de aprovechamiento de aguas”. Lo anterior, en concordancia con el art. 6 del Convenio N°169 (OIT), numerales 1° y 2°; art. 10 de la ley indígena; y arts. 2, 4, 6, 7 y 9 del DS N°66, de 2013, que corresponden al marco normativo conforme al cual la Corte Suprema ha resuelto conflictos similares en el último tiempo.

4.2. Implicancias en materia de evaluación ambiental de proyectos.

De acuerdo con el marco legal vigente, la evaluación de impacto ambiental es el procedimiento, a cargo del Servicio de Evaluación Ambiental (SEA), que, en base a un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) o Declaración de Impacto Ambiental (DIA), ingresando obligatoria o voluntariamente, determina si el impacto ambiental de una actividad o proyecto se ajusta a las normas vigentes (art. 2 letra j) Ley N°19.300).

En nuestro sistema existe la necesidad de evaluar en el marco del SEIA a aquellos proyectos o actividades que estén dentro de la tipología establecida en el art 10 Ley N°19.300. Luego, en el art 11 Ley N°19.300 se establecen los efectos, características o

circunstancias que dan pie a la necesidad de presentar un EIA, es decir, impactos significativos sobre determinados elementos.

Es decir, el art. 10 Ley N°19.300 (LGBMA) señala cuales son los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, en cualesquiera de sus fases, que deben someterse o ingresar al SEIA. Luego, el art. 11 de dicha ley establece qué proyectos o actividades del art. 10 requieren de un EIA, lo que dependerá de si generan o presentan a lo menos uno de los efectos, características o circunstancias de los literales del art. 11 Ley N°19.300; dentro de los cuales para la materia en análisis nos interesan las letras b), que dice relación con los efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos renovables, entre ellos el agua; y la letra d), relativa la localización en o próxima a poblaciones protegidas (comunidades indígenas).

Ahora bien, la descripción del proyecto o actividad a ejecutarse o modificarse, tanto en un EIA como en una DIA, debe contener la identificación de las partes, obras y acciones de dicho proyecto o actividad y cómo éstas alteran los elementos del medio ambiente, así como también la determinación del área de influencia, según lo establecido en los arts. 18 y 19 DS N°40 (RSEIA) respectivamente. “Además, en el caso de un EIA se debe acreditar que el proyecto o actividad se hace cargo de los efectos, características o circunstancias que genera o presenta, o impactos ambientales significativos. Asimismo, en una DIA se debe justificar la inexistencia de impactos ambientales significativos.”²¹; ya que, de lo contrario, debe presentar un EIA.

Respecto del área de influencia, el art. 2 letra a) del DS N°40 (RSEIA) la define como “El área o espacio geográfico, cuyos atributos, elementos naturales o socioculturales deben ser considerados con la finalidad de definir si el proyecto o actividad genera o presenta alguno de los efectos, características o circunstancias del artículo 11 de la Ley, o bien para justificar la inexistencia de dichos efectos, características o circunstancias”.

Luego, “los elementos del medio ambiente que son objeto de protección en el SEIA se desprenden del art. 11 de la Ley N°19.300”²², dentro de los cuales encontramos en la letra b) a los recursos naturales renovables, y dentro de ellos el agua, por ende, a los pozos

²¹ Guía sobre el Área de Influencia en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, año 2017, del SEA, p. 11.

²² Guía sobre el Área de Influencia en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, año 2017, del SEA, p. 18.

de agua dulce; y en la letra d) a las poblaciones protegidas, que como ya se dijo, es donde podemos circunscribir a las comunidades indígenas del norte de Chile, y respecto de ellas a los pozos de agua dulce (aguas subterráneas).

Dado lo anterior, queda de manifiesto que los EIA y las DIA deben fijar las áreas de influencia ligadas al proyecto o actividad, ya que “toda alteración al medio ambiente es considerada un impacto ambiental potencialmente significativo que se manifiesta en un área determinada, es decir, en un espacio geográfico específico.”²³

De esta manera, “las DIA deben determinar las áreas de influencia y justificar la inexistencia de impactos significativos.”²⁴

Los EIA deben contener una descripción detallada del área de influencia del proyecto o actividad (denominada línea de base), respecto de aquellos elementos del medio ambiente receptores de impactos significativos que dieron origen a la necesidad de presentar dicho EIA.

Según el art. 6 RSEIA el titular debe presentar un EIA si su proyecto o actividad genera o presenta efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, entre ellos el agua. En lo tocante al tema que nos concierne, el inciso final refiere que: “En caso que el proyecto o actividad genere o presente efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua y aire, en lugares con presencia de grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas se entenderá que el proyecto o actividad es susceptible de afectarlos, en los términos del artículo 8 del presente Reglamento y deberá ser especialmente analizada la posible afectación a sus sistemas de vida de acuerdo a lo señalado en la letra a) del artículo 7”; esto es, que se debe tener en consideración a la duración o magnitud de “la intervención, uso o restricción al acceso de los recursos naturales utilizados como sustento económico del grupo o para cualquier otro uso tradicional, tales como uso medicinal, espiritual o cultural”.

De acuerdo con el art. 8 RSEIA, y respecto de la materia que nos interesa, el titular de un proyecto o actividad debe presentar un EIA si éste se localiza en o próximo a

²³ Guía sobre el Área de Influencia de los sistemas de vida y costumbre de los grupos humanos en el SEIA, año 2020, del SEA, p. 18.

²⁴ Guía sobre el Área de Influencia de los sistemas de vida y costumbre de los grupos humanos en el SEIA, año 2020, del SEA, p. 18.

poblaciones protegidas, susceptibles de ser afectadas, donde pretende emplazar el proyecto o actividad. Luego, el inciso 3 señala que, se entiende que el proyecto o actividad se localiza en o próxima a poblaciones protegidas, cuando éstas se encuentren en el área de influencia del proyecto o actividad. Asimismo, el inciso 4° establece que “Se entenderá por poblaciones protegidas a los pueblos indígenas, independiente de su forma de organización”, es decir, están incluidas las comunidades indígenas.

Dado lo anterior, en relación a qué sectores deben ser considerados dentro del área de influencia del proyecto o actividad, no solamente se deben incluir aquellos donde se encuentra emplazada la comunidad indígena, sino que en el caso de que exista interacción con las partes, obras y/o acciones del proyecto, también tienen que considerarse los sectores o áreas donde realiza sus actividades la comunidad indígena respecto de los pozos de agua dulce; y deben considerarse dentro del análisis para determinar si se ingresa al SEIA a través de un EIA o una DIA tanto la posible afectación al pozo de agua dulce, es decir, a las aguas subterráneas, como a las actividades en torno a al mismo, ya que, como se dijera anteriormente, el inciso 1° del art. 64 de la ley indígena protege a las aguas que se encuentren dentro del territorio de las comunidades indígenas del norte del país porque las considera bienes de su propiedad y uso; por lo tanto, no es requisito que la comunidad indígena cuente con el derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas constituido o regularizado a su nombre.

4.3.- Implicancias en materia de consulta indígena y la configuración de la susceptibilidad de afectación directa.

El componente medio humano indígena (pueblos indígenas) y la consulta en el SEIA, tienen su fundamento normativo en tres artículos, a saber: i) art. 4 inciso 2 Ley N°19.300 (LGBMA), que consagra el deber del Estado de “propender por la adecuada conservación, desarrollo y fortalecimiento de la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y culturales de los pueblos, comunidades y personas indígenas, de conformidad a lo señalado en la ley y en los convenios internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”; ii) art. 1 inciso 3 ley indígena, que contiene el deber general de la sociedad y específico del Estado, que mandata “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”; y iii) arts. 7 N°3 y N°4 Convenio 169 (OIT), consagrando el deber de los Estados de velar y tomar medidas en cooperación con los pueblos indígenas, para lo que deben hacerse cargo de la relación especial que tienen dichos pueblos con el medio ambiente y la necesidad de proteger y preservarlo junto con los territorios que habitan.

En el ámbito internacional, el Convenio N°169 (OIT) es el instrumento principal en materia de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, y para que éste sea efectivo, son claves tanto la participación de los pueblos como la consulta indígena.

El Convenio N°169 (OIT) se refiere al derecho a la consulta previa en el art. 6 N°1 letra a) y N°2, consagrando el deber general de los gobiernos de consultar a los pueblos interesados cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, cumpliendo con estándares mínimos, esto es, que la consulta debe ser previa, deben usarse procedimientos adecuados, debe responder a la cultura del pueblo indígena consultado, debe realizarse a través de instituciones representativas del o los pueblos, debe realizarse de buena fe y con el objetivo de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

En materia de consulta indígena, nuestra legislación interna, en encontramos las siguientes normas: i) DS N°40, de 2012, del Ministerio del Medio Ambiente, sobre Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (RSEIA), que regula a la consulta indígena en el SEIA (art. 85); y ii) DS N°66, de 2013, del Ministerio de Desarrollo Social, sobre Reglamento que Regula el Procedimiento de Consulta Indígena en virtud del art. 6 N°1 letra a) y N°2 del Convenio N°169 (OIT).

El deber de consulta, bajo los estándares del Convenio N°169, respecto de las medidas administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas que deben consultarse, están indicadas en el art. 7 del DS N°66, de 2013, y corresponden a los actos administrativos de los órganos de la administración del Estado que contienen una declaración de voluntad, cuya naturaleza no reglada les da un margen de discrecionalidad que los habilita para llegar a acuerdos u obtener el consentimiento de los pueblos indígenas en su adopción. Además, la citada norma distingue dos tipos de medidas administrativas, a saber, las que están fuera y las que están dentro del marco SEIA. Respecto de estas últimas,

el art. 8 DS N°66, de 2013, regula expresamente que se llevará a cabo el proceso de consulta indígena conforme a la normativa y plazos del RSEIA (DS N°40), pero de acuerdo con las etapas del DS N°66, de 2013.

En relación a la susceptibilidad de afectación directa, ella está definida en el art. 7 del DS N°66, de 2013, y se producirá cuando las medidas, legislativas o administrativas, sean causa directa (relación de causalidad) de un impacto significativo (homologado a los impactos significativos del RSEIA que originan la necesidad de evaluar un proyecto vía EIA) y específico de los pueblos indígenas en su calidad de tales, afectando el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas.

Como ya se mencionó, el art. 11 de la Ley N°19.300 señala los proyectos o actividades que causan efectos, características o circunstancias que hacen necesario presentar un EIA. Pero no todo EIA será necesariamente objeto de consulta indígena, aun cuando haya efectos, características o circunstancias que afecten a pueblos indígenas, ya que solo lo será cuando exista un efecto significativo. Dicho de otra manera, para que deba llevarse adelante un proceso de consulta indígena en el SEIA²⁵ (para que un proyecto o actividad se consulte), es necesario que concurren tres condiciones básicas respecto del proyecto o actividad: i) debe ser evaluado ambientalmente en el SEIA (ingreso por tipologías del art. 10 de la Ley N°19.300); ii) debe ser evaluado a través de un EIA (debe generar algunos de los efectos, características o circunstancias del art. 11 de la Ley N°19.300); y iii) debe producir impactos significativos o susceptibilidad de afectación directa sobre grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas.

En relación con el punto anterior, la Corte Suprema (Tercera Sala) en sentencia Rol N°2608-2020, caso “Cerro Márquez”, acogió un recurso de protección interpuesto por tres comunidades indígenas de la región de Arica y Parinacota, en contra de un proyecto minero de exploración de 38 sondajes, de la Minera Plata Carina SpA, ordenando ingresar al SEIA dicho proyecto, ampliando de esta manera el ámbito de la protección ambiental de la Ley 19.300 y del DS N°40 (RSEIA), ya que en el considerando 9° señala que “... se hace necesario consignar que los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto

²⁵ La consulta indígena es un proceso que va en paralelo a la evaluación ambiental de un proyecto o actividad, es decir, que durante todo el período de evaluación ambiental se puede llevar adelante la consulta indígena.

ambiental no son únicamente aquellos enumerados en el artículo 10 de la Ley N°19.300 y en el artículo 3° del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Dichas disposiciones, sólo señalan aquéllos en que resulta obligatorio para el desarrollador someterlos al sistema de evaluación de impacto ambiental, pero no se excluye la posibilidad de que otros proyectos puedan ser también evaluados. En efecto, el artículo 9, inciso 1°, segunda parte de la Ley N°19.300 permite a los titulares de proyectos acogerse voluntariamente al sistema de evaluación...”. Luego, en el Considerando 10° arguye que “sobre la base de los principios preventivo y precautorio que rigen la institucionalidad ambiental, aparece como conclusión irredargüible que el proyecto de la recurrida, debido a su gran envergadura y riesgo para las comunidades indígenas afectadas, debió ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, al ser susceptible de causar impacto ambiental, puesto que aun cuando los sondeos exploratorios totalizan 38 en lugar de 40, es un hecho inconcuso que tales actividades se desarrollaron en tierras indígenas de ancestral ocupación por la Comunidad Indígena Aymara de Ticnamar, sin perjuicio de su proximidad con las tierras de las Comunidades Indígenas Aymaras de Timar y Villa Vista Alto Cobija”. Es decir, nuestro máximo tribunal de justicia estableció en este fallo que a pesar de que el proyecto no debía ingresar de manera obligatoria al SEIA (art. 10 letra i) de la Ley N°19.300 en relación con el art. 3 letra i.2) del RSEIA), si debió necesariamente hacerlo, a través de un EIA, dada la magnitud del proyecto y el riesgo para las comunidades indígenas afectadas, ya que era susceptible de causar impacto ambiental en y próximo a tierras indígenas, por lo tanto, además, requería de consulta indígena.

Existe discusión en la doctrina, en materia de grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, bajo el estándar de susceptibilidad de afectación directa que fija el art. 6 N°1 letra a) del Convenio N°169 (OIT), sobre si en el marco del SEIA se exige certeza de impactos o susceptibilidad de afectación directa.

Pues bien, para dilucidar lo anterior, es menester revisar todos los artículos del DS N°40 (RSEIA) que establecen que un proyecto o actividad debe someterse al SEIA a través de un EIA (arts. 5, 6, 7, 8, 9 y 10). Ahora bien, según el art. 85 del DS N°40 (RSEIA) si el proyecto o actividad genera o presenta alguno de los efectos, características o circunstancias indicados en los arts. 7, 8 y 10 del RSEIA (que tienen los correlativos en las letras c), d) y f) del art. 11 de la Ley N°19.300), si se afecta directamente a uno o más

grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, se debe consultar; es decir, se trata de causales directas. Por otra parte, según los incisos finales de los arts. 5, 6 y 9 del RSEIA (que tienen los correlativos en las letras a), b) y e) del art. 11 de la Ley N°19.300), en el caso de que el proyecto o actividad genere o presente efectos adversos significativos respecto de grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, se entenderá que el proyecto o actividad es susceptible de afectarlos, en los términos del artículo 8 de dicho Reglamento, y, además, en el caso de los arts. 6 y 9 debe ser especialmente analizada la posible afectación a sus sistemas de vida de acuerdo a lo señalado en el art. 7 del RSEIA; por lo que podríamos considerarlos causales indirectas (o reconducidas). Por lo tanto, “de acuerdo con lo dispuesto en el art. 85 y los incisos finales de los arts. 5, 6 y 9 del RSEIA, directa o indirectamente cualquiera de los impactos significativos establecidos en los 6 literales del art. 11 Ley N°19.300 puede gatillar un proceso de consulta.”²⁶

Dicho de otra manera, en el art 11 Ley N°19.300 se establecen los efectos, características o circunstancias que dan pie a la necesidad de presentar un EIA, es decir, impactos significativos sobre determinados elementos, dentro de los que encontramos el medio humano indígena en las letras c), d) y f). Sin embargo, los literales a), b) y e) si bien no dicen relación directamente con pueblos indígenas, el RSEIA (DS N°40) los reconduce a que en aquellos casos en que haya riesgo para la salud, efectos adversos significativos o alteración significativa que se relacionen con grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, procederá también la consulta.

“Es conocido que el actual Reglamento del SEIA (RSEIA) (DS N°40, 2012), adoptó un criterio de procedencia de la consulta que homologa la susceptibilidad de afectación directa requerida por el art. 6 N°1 letra a) del Convenio N°169, con los impactos significativos del art. 11 de la Ley N°19.300, que son los que hacen obligatoria la presentación de un EIA”.²⁷

²⁶ CARMONA (2020), pp. 204-205.

²⁷ CARMONA (2020), p. 204.

Conclusiones

Por todo lo expuesto, podemos colegir que:

1.- La incorporación de los pozos de agua dulce a la protección de las aguas consagrada en la norma del inciso 1 del art. 64 de la ley indígena es relevante para los pueblos indígenas del norte de Chile debido a que antes de su modificación solamente hacía referencia a las aguas superficiales, por lo tanto, el recurso subterráneo quedaba, a primera vista, sin el resguardo debido, teniendo en consideración que el agua ha sido trascendental para la subsistencia de estos pueblos desde tiempos remotos, posibilitando su asentamiento en esa zona geográfica del territorio, y, por lo mismo, el uso, manejo, valoración y conservación del recurso hídrico, tanto superficial como subterráneo, es considerado parte de su cosmovisión.

2.- Los pozos de agua dulce (aguas subterráneas) fueron incorporados al inciso 1 del art. 64 de la ley indígena para los aimaras, atacameños, quechuas, collas, diaguitas y changos, y no exclusivamente para éste último el pueblo (chango), ya que la ubicación de la citada norma en la ley indígena se encuentra dentro de las disposiciones particulares complementarias para todas las comunidades indígenas del norte del País.

Es más, si el legislador hubiese querido circunscribir a los pozos de agua dulce únicamente para el pueblo costero chango, los habría incorporado en el inciso 2 del art. 65 bis de la ley indígena, que se refiere solo a los changos, al señalar que “Se procurará proteger especialmente el hábitat de este pueblo originario, constituido por el borde costero, playas, islas y roqueríos, como asimismo la biodiversidad y ecosistemas marinos que garantizan su desarrollo y supervivencia”.

3.- La expresión “pozos de agua dulce” refiere inequívocamente a aguas subterráneas, ya que a pesar de que la ley no dio un concepto de lo que debemos entender por tal expresión, de las distintas definiciones o referencias de la palabra pozo, se desprende que todas ellas se utilizan para aludir a las aguas subterráneas.

4.- Para todo lo que dice relación con lo mencionado en este artículo respecto de la constitución de DAA, de la exploración de aguas subterráneas, de la evaluación ambiental de nuevos proyectos y la consulta indígena en el marco del SEIA, se deberá verificar en el transcurso del tiempo el tratamiento que le darán a la modificación del art. 64 de la ley indígena, tanto el Servicio de Evaluación Ambiental, los Tribunales Ambientales y las

distintas Cortes, así como también los pronunciamientos de los órganos de la administración del Estado con competencia en materia indígena, de aguas y ambiental, como lo son la Corporación de Desarrollo Indígena (CONADI) y la Dirección General de Aguas (DGA), ya que de la investigación realizada no fue posible hasta la fecha encontrar aplicación de este tema en la práctica.

Bibliografía Citada

- ALBORNOZ, Patricia (2000): “Los Derechos de Aprovechamiento de Aguas Indígenas. El Caso de las Etnias Aymará, Atacameña y Mapuche”, en: Revista de Derecho Administrativo Económico de Recursos Naturales (Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile), vol. III N°2, pp. 317-331.

<http://redae.uc.cl/index.php/REDAE/article/view/7658/7168>

- CARMONA, Cristóbal (2020): Evaluación Ambiental, Consulta Indígena y el “Desplazamiento” de los Derechos de los Pueblos Indígenas; Revista de Derecho Universidad de Concepción, pp. 199-232,

https://revistas.udec.cl/index.php/revista_de_derecho/article/view/2202/3158

- CUADRA, Manuel (2000): Los Derechos de Agua de Propiedad Ancestral de las Comunidades Atacameñas del Norte de Chile (Revista de Derecho Administrativo Económico II, N°1).

<http://www.revistacienciapolitica.cl/index.php/REDAE/article/view/8126/7598>

- GENTES, Ingo y YÁÑEZ, Nancy (2006): Derechos Locales sobre las Aguas en Chile: Análisis Comparativo para una Estrategia de Gestión Pertinente en Territorios Indígenas, Informe final CEPAL, Naciones Unidas Santiago de Chile, p.p 1-116.

- Guía sobre el Área de Influencia en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, año 2017, del SEA.

https://www.sea.gob.cl/sites/default/files/imce/archivos/2017/05/03/guia_area_de_influencia_ajuste_10.pdf

- Guía sobre el Área de Influencia de los sistemas de vida y costumbre de los grupos humanos en el SEIA, año 2020, del SEA.

https://www.sea.gob.cl/sites/default/files/imce/archivos/2020/03/13/Guia_AI_SVCGH.pdf

- Historia de la Ley N°21.273, de 2020, Modifica la Ley N° 9.253, que Establece Normas sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, para reconocer al Pueblo Chango como Etnia Indígena de Chile, entre otras materias.

- MUÑOZ, Rodrigo (2000): Aguas Indígenas: categoría Excepcional (Actas III Jornadas de Derecho de Aguas), pp. 425-428.

<http://redae.uc.cl/index.php/REDAE/article/view/7676/7186>

- VERGARA, Alejandro (2018): Regularización de Derechos Consuetudinarios de Aguas: Crítica a la Jurisprudencia Vacilante de la Corte Suprema (Santiago, CEP Chile), pp.59-122.

https://www.cepchile.cl/cep/site/docs/20180924/20180924170930/rev151_avergara.pdf

- YAÑEZ, Nancy y RAUL, Molina (2011): “Las Aguas Indígenas en Chile” (Santiago, LOM Ediciones).

Normas Jurídicas Citadas

- Ley Indígena N°19.253, de 1993, Ministerio de Planificación y Cooperación, que Establece Normas sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas, y Crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena.

- Ley N°21.273, de 2020, Ministerio de Desarrollo Social y Familia, que modifica la Ley N° 19.253, que Establece Normas sobre Protección, Fomento y Desarrollo de Los Indígenas, y Crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, para Reconocer al Pueblo Chango como Etnia Indígena de Chile, entre Otras Materias.

- DL N°2.603, de 1979, Ministerio de Agricultura, que Modifica y Complementa Acta Constitucional N°3, y Establece Normas sobre Derechos de Aprovechamiento de Aguas y Facultades para el Establecimiento del Régimen General de Las Aguas.

- Constitución Política de La República de Chile, de 1980.

- Ley N°19.145, de 1992, Ministerio de Obras Públicas, Modifica Artículos 58 y 63 del Código de Aguas.
- Ley N°19.300, de 1994, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que Aprueba Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente.
- Decreto N°236, Promulga el Convenio N°169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de la Organización Internacional del Trabajo, 2008.
- Decreto Supremo N°40, 2012, Ministerio del Medio Ambiente, que Aprueba Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.
- Decreto Supremo N°66, 2013, Ministerio de desarrollo Social, Subsecretaría de Servicios Sociales, que 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.