

ESTUDIO DE LA LEGISLACIÓN OFICIAL CHILENA Y DEL DERECHO INDÍGENA A LOS RECURSOS HÍDRICOS ¹

Ingo Gentes²

1. Introducción

Los medios de comunicación más tradicionales en Chile agudizan el escenario de conflictos y enfrentamientos entre empresas madereras, comunidades indígenas e instituciones estatales sobre la propiedad de la tierra y la gestión de los recursos naturales. En las tierras afectadas, son relativamente pocos los grupos que se enfrentan directamente con los guardianes de las empresas forestales o los carabineros para dirigir el interés público a la desigualdad y marginalidad comparativa de sus comunidades con el resto del territorio nacional. No obstante, la problemática a fondo -los regímenes de derechos de propiedad de tierra y agua- que si bien han ido cambiando en su historia, variando entre diferentes conceptos de propiedad individual y colectiva, con diferentes grados de consagración en leyes formales, definitivamente no juegan a favor del derecho ni la gestión local de las comunidades indígena-campesinos, ni calman los ánimos de determinados grupos de jóvenes indígenas dispuestos a enfrentarse a las autoridades locales.

Las comunidades indígena-campesinas, tienen su propia dimensión para un conflicto de aún "baja intensidad". En la zona andina del Norte Grande, el litigio se da con las empresas mineras y una legislación minera y de agua, que, a partir de los años 80 del siglo pasado, ha resultado en la creciente enajenación de los derechos consuetudinarios al agua de muchas comunidades. En cambio, el conflicto en el área andino sur del país ha ocasionado un deterioro en las relaciones entre el Estado y las comunidades indígenas en conflicto. Al mismo tiempo, ha generado una leve presencia pública del tema y un debate sobre el carácter de las actuales y futuras relaciones interétnicas y interculturales existentes en el país, y sobre la necesidad de inclusión social y cultural de los pueblos indígenas a través de un fortalecimiento de su autonomía y autodeterminación.

De la misma forma, ha dejado ver, el nivel de pobreza que presentan las comunidades indígenas de todo el país, producto de las pocas tierras que poseen, su falta de capacidad (auto)productiva a partir de la baja calidad de la tierra y la escasez de derechos a recursos naturales, en fin, de la falta de políticas adecuadas para un tratamiento integral del problema, es decir, aquellas que permitan la reproducción no sólo de su patrón económico productivo, sino que también recojan en su formulación sus demandas culturales y legales (Muñoz, 1999).

¹ El presente documento fue elaborado para la Universidad de Wageningen/ Neerlandés en el marco del proyecto internacional „Ley de Aguas y Derecho Local“ (WALIR, Water Law and Indigenous Rights), coordinado por la Wagenigen University y CEPAL, Naciones Unidas, División de Recursos Naturales e Infraestructura. Santiago de Chile, febrero de 2004.

² Dr. Phil. en Ciencias Políticas y Sociales, Magister en Antropología de la Universidad Libre de Berlín. Se desempeña actualmente como docente en la Universidad Jesuita Alberto Hurtado en Santiago de Chile, investigador de la Universidad de Wageningen/ Holanda y consultor de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Naciones Unidas.

Pretendemos dar en este artículo una evaluación crítica del sistema legislativo chileno a partir de los 80, en lo relativo a la gestión de recursos hídricos y el reconocimiento de los derechos indígena-campesinos. Trataremos, a continuación, de posicionar el estatus de los derechos indígenas al agua, describir los procedimientos para su reconocimiento y plantear, de manera preliminar, las perspectivas actuales para un proceso de cambio legislativo en favor de la inclusión completa y el reconocimiento de los derechos indígenas al agua.

2.- La codificación del agua de 1981 en sus consecuencias para el derecho local

En las consideraciones jurídico-históricas, preguntas como la definición y utilización de las propiedades de agua, transferencias de agua y posesión colectiva de ésta, conforman la línea argumental. Los respectivos modelos políticos del Estado chileno en esos años se reflejan en las diversas codificaciones de agua (1951, 1969, 1981). En este sentido, al dividir la administración chilena del agua en fases, de acuerdo a la codificación, se cristaliza un proceso que va desde una administración descentralizada del agua (1951), a una fuerte centralización (1969), para desembocar en una privatización (1981). Al mismo tiempo, se llevó a cabo un cambio radical de los derechos de propiedad y del mercado del agua, en lo que dice relación con el rol del Estado (nacional-autoritario-neoliberal).

Luego del golpe militar del 11 de septiembre de 1973, la política de reforma agraria -encabezada por la Corporación de Reforma Agraria, CORA- fue progresivamente retrotraída. Para el ámbito del agua, esto tuvo como consecuencia que "*...in summary, by the late 1970's Chilean water rights system was a mess*" (Bauer, 1995:46).

En el año 1976 fue formada una comisión constitucional, a través del decreto No. 1.552. En un primer momento ésta vio posible el regreso al *Código de Aguas* de 1951, que era más liberal, pero posteriormente y producto de la presión del sector neoliberal de la economía, se consideró la dictación de un nuevo *Código de Aguas*. El Acta Constitucional No. 3 de 1976, cuya declaración central sería posteriormente plasmada en la Constitución Política de 1980³, amplió y protegió los derechos privados respecto del agua (véase Bauer, 1995:51; Ríos Brehm/ Quiroz, 1995:10-2).

En qué medida fue adoptada la doctrina neoliberal⁴ por los militares se puede ver en una de las declaraciones de uno de sus principales promotores, Hernán Büchi, quien era partidario de modificaciones en el ámbito de la legislación y administración del agua:

"Régimen de Aguas. El sentido que tuvo la acción gubernativa en este campo fue (...) crear derechos sólidos de propiedad, no sobre el agua misma sino sobre el uso de las aguas, y facilitar por todos los medios el funcionamiento ordenado del mercado.

³ Constitución Política de la República de Chile de 1980, art. 19, inciso 24:

"...Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos (...)."

⁴ La base de esta doctrina tiene un origen anterior a la dictadura. En los años 1969-1973 fue formado, en la Facultad de Economía de la Universidad Católica de Santiago, un grupo de especialistas con el objetivo de elaborar un nuevo programa económico, cuyos resultados estuvieron listos a mediados de los años setenta, y que se conocieron bajo el título de *Bases de la política económica del gobierno militar*; llamado también "ladrillo" (Valdés, 1995:162-80).

Las normas que se dictaron tuvieron la creatividad suficiente para distinguir -entre lo que se llama derechos consuntivos y no consuntivos- el caso de las aguas que se consumen, y por lo tanto se sustraen para siempre del cauce natural, y por otro lado, el de las aguas que se usan para ser devueltas con posterioridad, que es lo que hacen las centrales hidroeléctricas, por ejemplo. El tema de las aguas arrastró siempre las mismas inercias que gravaron el desarrollo de la minería. El mismo tipo de razones y sinrazones: que las aguas son públicas, que son de todos, que es el Estado el ente que ha de encargarse de administrarlas ...El mismo discurso que no lleva más que a derrochar y subutilizar el recurso. ¿Qué ventaja tiene para un agricultor hacer una instalación de riego por goteo si está imposibilitado de vender a otro las aguas que él ahorrará con ese sistema? Tampoco en este terreno la asimilación de los principios y mecanismos modernizadores de economía de mercado fue fácil. Costó mucho introducirlos (...). El debate sobre el aprovechamiento de las aguas es relevante en muchas partes del mundo. (...). Los hechos son indesmentibles: el problema va a persistir mientras no se deje funcionar al mercado, para lo cual es fundamental previamente ir al reconocimiento cabal de los derechos de propiedad en el sector y de las reglas de mercado. Porque en definitiva el problema se reduce a eso, no obstante que la palabra propiedad sea todavía una palabra maldita en muchos campos. El propio gobierno militar no se atrevió a usar la palabra directamente. Se habla de propiedad sobre el derecho de aprovechamiento de aguas, no de propiedad de las aguas. El temor es absurdo. La propiedad es de lejos el sistema que mejor resguarda la función social y la correcta asignación de los recursos" (Büchi, 1992:85-7).

Por consecuencia a esta visión mercantil, en la Ley No. 2.603 de 1979, que posteriormente formaría el *Código de Aguas* de 1981, se vislumbraban varias premisas:

i) la regulación de los derechos de agua debería mantenerse compatible con una política de libre mercado; ii) la libertad en la transacción del recurso debería generar espacio a grandes inversiones en tecnologías de riego; iii) impuestos anuales para derechos de agua no utilizados deberían fortalecer la venta del recurso y; iv) la eficiencia en general debería mejorar y el sector agrario debería ser modernizado.

Con excepción del punto iii), todas estas premisas se encontrarán como *Leitmotiv* en el *Código de Aguas* de 1981. Desde la óptica del Estado, compete entonces relacionar los distintos y divergentes intereses existentes. El sector agrícola, presidido por la Sociedad Nacional de Agricultura (SNA), se interesaba por sobre todo en la fuerte regulación y protección de la propiedad privada del agua (y en este caso, en primera línea, por la protección frente a posibles expropiaciones), y en la limitación del rol del Estado luego del fallido intento de reforma agraria de los años setenta. Círculos neoliberales pedían una implementación estricta de mecanismos de libre mercado en el sector del agua, en el sentido de dar gran movilidad y eficiencia en la administración del recurso. La legislación debería adecuarse conforme al objetivo de una "*política nacional de aguas*" (Bauer, 1995:104).

El *Código de Aguas* de 1981 ancló tres principios en la legislación chilena, que a continuación serán revisados más extensamente: i) la libertad en la forma de aprovechamiento del agua; ii) la gratuidad de la concesión de derechos de aprovechamiento e iii) un rol limitado del Estado y las instituciones.

La política neoliberal de la Junta Militar se decantó marcadamente en las diversas modificaciones a la legislación⁵. Como consecuencia de ello, fueron privilegiados

⁵ Esenciales en relación con la administración del agua son, junto a la *Constitución Política* de 1980 (Ley No. 80.246), el nuevo *Código de Minería* (Ley No. 18.248) de 1983, así como el *Código de Pesca y Acuicultura* (Ley No. 18.892) de 1989.

sectores lucrativos de la economía (entre otros la minería⁶) y economías colectivas tradicionales fueron limitadas legalmente. El triunfo de la economía de libre mercado era muy claro.

En relación con el *Código de Aguas*, esta estrategia llevó a un fortalecimiento de los derechos privados en lo concerniente al aprovechamiento del agua, así como en sus consecuencias prácticas, a la separación entre agua y tierra, y a una libre transferencia de los derechos de aprovechamiento. Paralelo a ello, la predominancia del Estado y otras instituciones fue restringida en lo que respecta a sus atribuciones jurídicas. De ahí en adelante, los poseedores de derechos de aprovechamiento de aguas dispondrían libremente sobre la forma y medida de éste.

La inscripción en el Conservador de Bienes y Raíces⁷, junto a la protección constitucional -y la supresión de derechos de privilegio de algunos sectores económicos- muestran el objetivo del Estado: la liberalización del mercado del agua y, con ello, el traspaso de conflictos de competencia pública al sector privado. Los hasta ese momento aceptados derechos consuetudinarios de ciertas comunidades ya no gozan del reconocimiento jurídico; sin embargo, la inscripción como poseedor oficial de títulos fue propiciada por el Estado (Vergara Blanco, 1998a:162).

El legislador tomó, de acuerdo a Ríos Brehm/ Quiroz (1995:2) y Bauer (1995:36), las siguientes medidas para mantener en general el *Código de Aguas* conforme a la política económica liberal:

- a) Los derechos de agua son separados de los derechos de tierras y transformados en un bien transable. Los derechos de agua adquiridos tienen, de acuerdo a la definición contenida en la legislación⁸, el estatus de propiedad privada. La Constitución Política

⁶ Los artículos 110 y 111 subordinan el derecho de aprovechamiento de aguas a una concesión legal de minas, es decir, en primer lugar el Código de Minería y en seguida el de Aguas. Es autorizado el libre acceso a la explotación de fuentes de agua tanto superficiales como subterráneas en las zonas mineras:

"Artículo 110.- El titular de concesión minera tiene, por el solo ministerio de la ley, el derecho de aprovechamiento de las aguas halladas en las labores de su concesión, en la medida en que tales aguas sean necesarias para los trabajos de exploración, de explotación y de beneficio que pueda realizar, según la especie de concesión de que se trate. Estos derechos son inseparables de la concesión minera y se extinguirán con ésta.

Artículo 111.- El uso de las demás aguas necesarias para explorar, explotar o beneficiar sustancias minerales se sujetará a las disposiciones del Código de Aguas y demás leyes aplicables."

⁷ La inscripción de la propiedad de agua en el Conservador de Bienes Raíces es especificada por los artículos 112-122 del *Código de Aguas*:

"Artículo 112.- Los Conservadores de Bienes Raíces llevarán un Registro de Aguas, en el cual deberán inscribir los títulos a que se refieren los artículos siguientes (...)"

Junto a ello existe un catastro público de agua de la Dirección General de Aguas, que registra y archiva todos los datos actuales sobre las concesiones:

"Artículo 122.- La Dirección General de Aguas deberá llevar un Catastro Público de Aguas, en el que constará toda la información que tenga relación con ellas. En dicho catastro, que estará constituido por los archivos, registros e inventarios que el reglamento establezca, se consignarán todos los datos, actos y antecedentes que digan relación con el recurso, con las obras de desarrollo del mismo, con los derechos de aprovechamiento, con los derechos reales constituidos sobre éstos y con las obras construidas o que se construyan para ejercerlos."

⁸ El art. 595 del *Código Civil* establece:

determina el derecho de aprovechamiento como parte del derecho privado (Figuroa del Río, 1995); la aplicación de la nueva legislación de aguas ya no está determinada por el tipo de aprovechamiento, lo que elimina las listas de prioridades para el acceso al agua; formalmente el Estado permanece como propietario de todas las aguas, eso sí con menores obligaciones. En caso de simultaneidad de solicitudes de aprovechamiento, la concesión puede ser rematada al mejor postor⁹. Una vez entregada ésta, no existen nuevos cobros (por ejemplo impuestos) para el poseedor de los derechos de agua.

- b) El rol del Estado en caso de conflictos es muy restringido; las tareas de la Dirección General de Aguas, bajo la tutela del Ministerio de Obras Públicas, se centran en la infraestructura para el aprovisionamiento de agua, así como en el control, protección y organización de la distribución de ésta (véase art. 298-307, art. 314). Los conflictos entre los poseedores de derechos de aprovechamiento deben ser resueltos de acuerdo a las normas vigentes del Derecho Civil¹⁰.
- c) Junto al *derecho de aprovechamiento consuntivo* (art. 12) -característico para los sectores minero y de riego- se implementa un derecho de aprovechamiento no consuntivo, principalmente para las empresas productoras de energía hidroeléctrica. Mientras el primero autoriza la explotación completa de la fuente de agua¹¹, el segundo obliga al poseedor del título de agua, a mantener la calidad y cantidad de las reservas de agua a su disposición¹².

"Todas las aguas son bienes nacionales de uso público."

Pero el art. 589 del Código Civil explica lo que se debe entender por uso público y qué sectores están incluidos en ello:

"Art. 589. Se llaman bienes nacionales aquellos cuyo dominio pertenece a la nación toda. Si además su uso pertenece a todos los habitantes de la nación, como el de calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, se llaman bienes nacionales de uso público o bienes públicos. Los bienes nacionales cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes del Estado o bienes fiscales."

⁹ De acuerdo al artículo 142 del Código de Aguas:

"... la Dirección General de Aguas, una vez reunidos los antecedentes que acreditan la existencia de aguas disponibles para la constitución de nuevos derechos sobre ellas, citará a un remate de estos derechos entre los solicitantes (...)."

A continuación, en el artículo 146, se señala:

"La Dirección General de Aguas podrá de oficio ofrecer en remate público el otorgamiento de derechos de aprovechamiento que estén disponibles y que hayan sido solicitados. Para estos efectos, deberá publicar avisos en la forma dispuesta en el artículo 142 y en el mismo plazo establecido en el artículo 132. Podrán presentarse oposiciones. Si vencido el plazo no se presentaren oposiciones o bien si éstas fueren denegadas, la Dirección llevará a efecto el remate, de acuerdo a las normas establecidas en este Título."

¹⁰ En el ámbito de competencia del Código de Procedimiento Civil caen también la constitución, ejercicio (incluidas eventuales transferencias), así como la pérdida de derechos de aprovechamiento de agua. Ello se explicita en el artículo 177 del Código de Aguas:

"Los juicios sobre constitución, ejercicio y pérdida de los derechos de aprovechamiento de aguas y todas las demás cuestiones relacionadas con ellos, que no tengan procedimiento especial, se tramitarán conforme al procedimiento sumario establecido en el Título XI, del Libro III, del Código de Procedimiento Civil."

¹¹ Respecto a ello, el art. 13 del Código de Aguas señala:

"Derecho de aprovechamiento consuntivo es aquel que faculta a su titular para consumir totalmente las aguas en cualquier actividad."

¹² Art. 14 del Código de Aguas:

- d) Los derechos anteriores son en parte asumidos como vigentes y en parte regularizados¹³; a la mayor parte de los derechos consuetudinarios se les concederá posteriormente una inscripción de oficio en el Registro de Propietarios.
- e) Las obligaciones para los dueños de derechos de aprovechamiento fueron eliminadas¹⁴; de ese modo, el agua fue convertida de un *bien natural* en un *bien económico*. En vista del aumento de los períodos de sequía y de la demanda de agua por parte de la industria y la minería, un recurso natural se transformó en una materia prima transable en acciones.

3.- Análisis crítico de la gestión hídrica en Chile

Conforme al Código de Aguas Chileno, las aguas son bienes nacionales de uso público y se otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellas en conformidad a las disposiciones del código (art. 5). No obstante, tanto los derechos concedidos por el Estado como reconocidos por éste gozan de una amplia y fuerte protección y están amparados por las garantías constitucionales respecto del derecho de propiedad. En el artículo 24, párrafo 19 de la Constitución Política de Chile se declara que "los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos". Es un caso único en los países de la región en que se menciona específicamente en la constitución esta disposición y de la cual se acogen, obviamente, los opositores a cualquier modificación del

"Derecho de aprovechamiento no consuntivo es 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. 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."

¹³ Al respecto, el art. 310 del Código de Aguas expresa:

"Subsistirán los derechos de aprovechamiento reconocidos por sentencias ejecutoriadas a la fecha de promulgación de este código, y los que emanen.

1.- De mercedes concedidas por autoridad competente, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 2° y 5° transitorios;

2.- De los artículos 834°, 835° y 836° del Código Civil, con relación a los propietarios riberaños y del artículo 944° del mismo código, adquiridos durante la vigencia de estas disposiciones, siempre que estén en actual uso y ejercicio, y

3.- De prescripción."

La libre transferencia y tipo de aprovechamiento no fueron perjudicados por estas disposiciones; debido a que el derecho consuetudinario no entrega precisiones sobre la cantidad de agua a aprovechar, y se convirtieron en fuente de conflictos tanto entre los propios dueños como en las transferencias entre privados y las industrias, en particular con las empresas mineras. La inscripción del derecho consuetudinario es, junto a la emisión de una patente para derechos de aguas no aprovechados, una justificación básica de la concesión de aguas. Así también, la obligación de mantener la ecología de las zonas protegidas en las desembocaduras es uno de los objetivos y exigencias centrales de la reforma planificada (desde 1992) para el Código de Aguas por la Dirección General de Aguas (Anguita, 1997; Peña, 1996).

¹⁴ El artículo 12 del Código de Aguas de 1969 fue revisado y reformulado por el artículo 6 del Código de Aguas de 1981:

"Artículo 6.- El derecho de aprovechamiento es un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellas, con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe este código. El derecho de aprovechamiento sobre las aguas es de dominio de su titular, quien podrá usar, gozar y disponer de él en conformidad a la ley."

Código de Aguas que poseen estos derechos (véase Dourojeanni/ Jouravlev 1999, Hendriks 1998, Gentes 2001).

El organismo estatal que constituye originariamente el derecho de aprovechamiento de aguas superficiales y subterráneas es la Dirección General de Aguas (DGA). Es importante precisar que el ente regulador entrega estos derechos en forma gratuita, previa constatación que la petición es legalmente procedente, exista disponibilidad del recurso y no se perjudiquen derechos de terceros.

En la actualidad se aplica el siguiente mecanismo: si dos o más personas piden derechos sobre las mismas aguas y no existe disponibilidad para satisfacerlos, se debe realizar un remate entre los interesados. Con todo, por circunstancias excepcionales y de interés general se puede prescindir del remate, y el Presidente de la República puede constituir directamente el derecho de aprovechamiento, y facultar para dicha realización al Director General de Aguas (Calvo y.o., 2001).

Ahora bien, la constitución originaria del derecho de aprovechamiento por resolución del Director General de Aguas, es la forma de asignación más utilizada, los remates se han realizado de manera muy escasa (Landerretche, 2001).

El CDA no obliga a los titulares a usar efectivamente los caudales a que tienen derecho ni a que construyan las obras necesarias para hacerlo. En opinión de Clavo, y.o (2001:5) esta característica es única en el mundo, ya que la regulación más esencial de los derechos sobre las aguas es que se conceden de un usos efectivo y beneficioso, de esa forma se subordinan los intereses privados al interés público, al prevenir la especulación, el monopolio y la competencia desleal vía el acaparamiento y el no uso de tales derechos.

En definitiva, y siguiendo la opinión de los abogados de la DGA, por un lado, la no obligación de destinar el agua a un uso efectivo y beneficioso, unida a la no existencia de un cobro directo por la asignación originaria del derecho de aprovechamiento, ha producido un aumento considerable de solicitudes, que ha significado una carga administrativa sobre la DGA. Por otro lado, el no uso por años de derechos de agua en manos de algunos usuarios, ha creado una falsa disponibilidad de recursos hídricos a los usuarios aguas abajo (Muñoz Rodríguez, 2001).

En Chile, los usuarios se encuentran organizados en distintos tipos de organismos, dependiendo de la fuente y el uso que se haga de los recursos hídricos. Son estas organizaciones las que administran y distribuyen las aguas, cumpliendo la DGA una labor de intuición general y regulación. Estas organizaciones, en la búsqueda del uso conforme a derecho del agua por parte de sus miembros, pueden cobrar derechos o cuotas para la construcción, mantenimiento y administración de la infraestructura de repartición del agua. Los distintos tipos de organizaciones de usuarios son: i) Juntas de Vigilancia: organización de usuarios que aprovechan aguas de una misma corriente superficial, con el fin de administrar y distribuir las aguas sobre cuyos miembros tengan derechos, explotar y conservar las obras de aprovechamiento común, entre otros fines. Como sus atribuciones giran en torno a los cauces naturales, también tiene funciones como la declaración de escasez de los recursos, pudiendo reasignar las aguas según lo estime su directorio; ii) Asociaciones de Canalistas que son grupos de usuarios que son responsables de la administración de la infraestructura primaria como embalses y canales, y poseen

personalidad jurídica; iii) Comunidades de aguas que, en el fondo son idénticas a las anteriores, aun cuando no poseen personalidad jurídica y; iv) Comunidades de obras de drenaje, que constituyen el grupo de usuarios que aprovechan obras de drenaje o desagüe en beneficio común.

Aún cuando debe considerarse que las organizaciones de usuarios existentes, en general, han sido eficaces para cumplir su rol, debe reconocerse que presentan algunas limitaciones que pueden entorpecer su accionar. En efecto, por ejemplo, la legislación chilena no distingue una participación segmentada de usuarios de derechos consuntivos y no consuntivos, en las Juntas de Vigilancia; de esta forma, por ejemplo, un gran usuario hidroeléctrico en un río puede tener derecho a dominar la gestión de una determinada Junta de Vigilancia (Brown/ Saldivia, 2000)

En el Código de Aguas chileno se distinguen, tal como indicamos más adelante, los derechos consuntivos de los no consuntivos, donde los primeros facultan a su titular para consumir totalmente las aguas en cualquier actividad (artículos 12 y siguientes). En efecto, en virtud del Código de Aguas, un titular de derechos consuntivos puede consumir totalmente las aguas en cualquier actividad, todo ello es fuente potencial de graves conflictos, como subraya el comentario del Director actual de la DGA:

“En consecuencia, cuando una persona hace una transacción de los derechos de agua donde, efectivamente, se ha usado apenas el 30% de los volúmenes disponibles, en la realidad física ha utilizado el 30%, pero tal transacción la hace, como si lo que estuviera usando es el 100%, significa que hay un 70% de otros usuarios de aguas abajo que no han intervenido en esa transacción y hay costos o beneficios para ellos que no están presentes, y ese es evidentemente un problema importante, sobre todo pensando en el desarrollo del país en las próximas décadas, en el cual este tipo de transacciones debiera incrementarse fuertemente en algunas áreas” (Peña, 1995).

Uno de los casos que causan especial preocupación son las transferencias de derechos de agua de la agricultura a la minería en la zona norte del país. El problema radica, según Dourojeanni y Jouravlev (1999), en que al comprar derechos de agua a los agricultores, usualmente con las tierras, las empresas mineras pretenden “exportar” la totalidad del derechos adquirido a otras cuencas. Ello puede alterar gravemente el patrón establecido del caudal de retorno aguas abajo perjudicando a los usuarios en la cuenca exportadora y beneficiando a los usuarios en la cuenca importadora si el agua de retorno de la minería no está totalmente contaminada.

En el futuro, estas situaciones tenderán a agravarse debido a nuevos requerimientos. De acuerdo con una proyección de las demandas para el período de 25 años (1992-2017) efectuada por la DGA, los requerimientos para los usos domésticos, mineros e industriales aproximadamente se duplicarán, mientras que el uso agrícola crecerá en un 20% (Muñoz, 1998; Peña, 1996c). Esto significa que los reusos del agua a lo largo del cauce se presentarán cada vez más, dada la creciente escasez de recursos hídricos disponibles.

La administración del agua a nivel de secciones de ríos y no a nivel de cuencas tiene otros efectos negativos. El seccionamiento significa que la gestión del agua no es integral a nivel de cuenca o sistema de cuencas interconectadas, lo que limita severamente la posibilidad de abordar las tareas, como control de contaminación, erosión, crecidas, etc.,

que afectan al conjunto de usuarios del agua de la cuenca. Además, se ha planteado, por lo menos en un par de casos, que, por efectos del seccionamiento, sea éste natural o administrativo/jurídico, la primera y la segunda secciones del mismo río pueden tratarse como corrientes distintas para el otorgamiento de nuevos derechos de agua, sin importar que con esto se podrían afectar los derechos de quienes aprovechan aguas río abajo (Dourojeanni/ Jouravlev, 2001). En tal virtud, se consideró que *“era perfectamente posible otorgar una nueva concesión de aguas en la primera sección, sin considerar siquiera lo que pueda ocurrir en la segunda”* (Vergara, 1998b). Las cortes han resuelto que, al estudiar la disponibilidad de aguas para el otorgamiento de nuevos derechos, la DGA debe tener en cuenta no sólo a los usuarios de la sección en que se pide el agua, sino que también los de las secciones siguientes del río.

Otro aspecto importante que tiene que ver con los efectos sobre el caudal de retorno es la consideración de la interacción de las aguas superficiales y subterráneas en el otorgamiento de derechos de aprovechamiento. El problema se debe a que, el Código de Aguas *“no reconoce explícitamente interrelaciones entre el agua superficial y el agua subterránea”* (Brown, 1996), y aunque la mayor parte de los acuíferos del país dependen de la recarga que otros usos del agua generan, *“se asignan los derechos de aguas sin que exista una referencia al tratamiento conjunto de las explotaciones de aguas superficiales y subterráneas de una misma cuenca”* (Jara, 1997), lo que *“provoca conflicto, dada la influencia recíproca de ambos caudales”*.

No reconocer la interrelación existente entre agua superficial y agua subterránea puede causar graves daños, lo que ya es visible en algunas zonas en el norte del país (Urrutia, 1997). En algunas cuencas, los usuarios de aguas subterráneas ya se encuentran en condiciones críticas, porque se han mejorado las eficiencias de uso de las aguas superficiales (Brown, 1996). En otras, donde las recuperaciones provenientes de la napa subterránea constituyen, en algunos períodos del año, la fuente principal de agua, la seguridad de los derechos de los usuarios de aguas superficiales puede verse afectada si los usuarios de aguas subterráneas deciden aumentar las extracciones.

Para corregir esta situación, una de las modificaciones que el gobierno quiere introducir en el Código de Aguas se refiere a la consideración de la interacción de las aguas superficiales y subterráneas en el otorgamiento de derechos de aprovechamiento. Específicamente, se propone imponer a la DGA la obligación de efectuar el análisis y la cuantificación de todos los recursos de la cuenca, para determinar si existen las disponibilidades correspondientes en el lugar indicado en la solicitud.

Un tercer ámbito conflictivo podría surgir entre regantes y las empresas de abastecimiento de agua potable y alcantarillado. Las empresas sanitarias son titulares de muchos derechos de agua y las aguas que utilizan, mientras permanezcan dentro de instalaciones que son de su propiedad, se encuentran bajo la potestad jurídica de las empresas, las que no tienen obligación legal alguna de abandonarlas en un determinado punto físico (Vergara, 1998b; CNR, 1998). Una vez producida su descarga, las aguas servidas tienen la condición de derrames o drenajes. Desde hace mucho tiempo, las empresas sanitarias han estado evacuando sus aguas servidas, sin tratar o con un tratamiento parcial, hacia algunos ríos incrementando su caudal.

Muchos agricultores las han utilizado durante décadas, y, por esta razón, tienden a pensar que tendrían un cierto derecho consuetudinario sobre estas aguas (Vergara, 1998b). Sin embargo, el uso de tales aguas servidas por parte de terceros debe entenderse como actos de mera tolerancia de las empresas sanitarias, las que, en vez de entregarlas gratuitamente, pueden optar por comercializarlas. Es probable que esto ocurra con la implementación de programas de tratamiento de las aguas servidas. Por ejemplo, de acuerdo con un estudio reciente “Si bien, en la actualidad, ocurre que tales aguas servidas ... son evacuadas hacia algunos cauces naturales ... esto ... no otorga derecho alguno a los terceros que podrían beneficiarse con la existencia de dichos recursos, aun cuando esta situación se haya mantenido por largo tiempo ... Por lo demás, no cabe dudas que dicha situación, se irá modificando en el tiempo, con la construcción de plantas de tratamiento” (CNR, 1998). La privatización de las empresas de agua potable y saneamiento, anunciada por el gobierno y que ya se encuentra en curso, puede ser otro factor importante para alentarlas para que comercialicen sus aguas servidas tratadas.

El Código de Aguas sólo marginalmente se refiere al concepto de calidad del agua, y mayoritariamente no toma en cuenta este concepto para fijar la normativa sobre usos del agua (Brown, 1996) y “*presenta serias debilidades e insuficiencias para la gestión ambiental*” (CONAMA, 1998). Por ejemplo, no tiene normas expresas sobre requerimientos ecológicos en el sentido de caudales mínimos o ecológicos a ser respetados en los ríos: “*Así, a raíz de una serie de transferencias en algún cauce natural, se podría producir la desaparición de la vida acuática de un río; pues nadie pudo controlar esa transferencia. No existe hoy en día en Chile la definición de caudales ecológicos. No al menos legalmente. Los problemas ambientales realmente se han evitado, por ahora, a raíz de una serie de ‘entramamientos administrativos’, que existen para el cambio de bocatoma o del lugar de ejercicio de los derechos transferidos*” (Vergara, 1998b).

Éste es un grave problema que tienen varias cuencas de Chile, en las que la competencia por el uso del agua está afectando seriamente el medio ambiente. Hay “*una parte del país cuyas aguas están prácticamente todas asignadas, están todas en uso*” (Figuroa, 1993b), aparentemente sin respetar la permanencia de un caudal ecológico mínimo. Numerosos ríos en el norte y centro del país, en muchos tramos se secan durante los meses de estiaje por las extracciones que efectúan los usuarios: “*El espectáculo remanente es poco atractivo, especialmente si uno conoció ese mismo río fluyendo en su estado natural y apreció su belleza escénica. Pero, además, ya no se puede pescar en él, y ya no existe el pozo donde uno solía bañarse. La situación descrita es muy frecuente en nuestros ríos*” (Brown, 1996).

El gobierno trata de resolver esta grave situación e intenta modificar el Código de Aguas con el fin de establecer que la DGA, al otorgar derechos de aprovechamiento, debe respetar la permanencia de un caudal ecológico mínimo en toda la fuente natural, que garantice la preservación de la naturaleza y la protección del medio ambiente, velando en especial, por la conservación del ecosistema y de los usos recreacionales y escénicos existentes en la respectiva fuente. “*Lamentablemente, también se trata de una figura que se establece en forma tardía, puesto que los derechos de muchos caudales ya han sido concedidos. Aunque no hay duda de que es buena la figura creada, será difícil ponerla en*

práctica” (Ceroni, 1997). Se propone complementar esta propuesta con otras que pretenden entregar nuevas facultades a la DGA para proteger los cauces naturales —los que hoy se encuentran sin protección alguna— contra las acciones perturbadoras que sobre ellos ejercen terceros que no cuentan con las autorizaciones correspondientes. Asimismo, se propone encargar a la DGA el desarrollo de una red de estaciones de monitoreo de la calidad de aguas, tanto superficiales como subterráneas, con la obligación de publicar y difundir la información obtenida.

Con posterioridad a la dictación del Código de Aguas, se han dictado textos legales que refuerzan la protección de caudales ecológicos, así como otros instrumentos de gestión ambiental. La Ley N° 19 145, del 25 de junio de 1992, modificó los artículos 58 y 63 del Código de Aguas incorporándose en éste normas tendientes a evitar la desaparición de vegas y bofedales —éstos últimos son zonas de humedales de altura con pastos y musgos centenarios que se encuentran en hondonadas y orillas de los ríos y pequeñas quebradas— en el norte del país y a proteger las aguas utilizadas ancestralmente por las comunidades étnicas Aymarás y Atacameñas en esta zona (Arévalo, 1998).

En virtud de estas modificaciones: (i) se prohíbe efectuar exploraciones en terrenos públicos o privados de zonas que alimenten áreas de vegas y bofedales en las Regiones de Tarapacá y de Antofagasta sin contar con la autorización fundada de la DGA (artículo 58); y ii) se dispone que las zonas que correspondan a acuíferos que alimenten vegas y bofedales en dichas regiones se entenderán prohibidas para mayores extracciones que las autorizadas, así como para nuevas explotaciones sin necesidad de declaración expresa, y se le impone a la DGA la obligación de identificar y delimitar dichas zonas (artículo 63). Como se puede ver son modificaciones sumamente limitadas que pretenden resolver un problema puntual.

En virtud de la Ley N° 19. 300, “*Ley de Bases del Medio Ambiente*”, de 1994, se creó la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA), dependiendo del Ministerio Secretaría General del Presidente (SEGPRES) cuyo instrumento de gestión ambiental más importante que instaura es el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Aunque la aprobación de la Ley No. 19.300 representa un importante avance en la gestión ambiental, y establece cuáles son los proyectos y actividades que deben someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental, ésta no ha sido diseñada para abordar el problema de protección de caudales ecológicos o derechos hídricos locales, específicamente. Con esta ley, aparentemente bastante permisiva en este aspecto, la gran mayoría —más del 95% (Peña, 1998b) - de los proyectos que requieren de agua para su funcionamiento no están sujetos a evaluación ambiental.

En virtud del Código de Aguas la constitución de un derecho de aprovechamiento no lleva aparejada la obligación de usar el agua. Esto significa que cuando se constituye un derecho de aprovechamiento no existe ninguna certeza sobre la naturaleza del proyecto en que dicha agua será utilizada y tampoco sobre cuándo éste será ejecutado (Dourojeanni y Jouravlev, 1999).

Aunque, como principio general, el Código de Aguas de 1981 no reconoce ningún orden de prioridad entre los usos del agua,¹⁵ contiene varias disposiciones que suponen la subordinación de los derechos no consuntivos a los derechos consuntivos. En virtud de ellas, el dominio del derecho no consuntivo no implica, salvo convención expresa entre las partes, restricción a la libre disposición de los derechos consuntivos (artículo 15). En el Código de Aguas se estipula asimismo que los titulares de derechos no consuntivos no pueden detener el curso de las aguas sin permiso de los titulares de derechos consuntivos; deben evitar en todo caso los golpes y mermas de agua (mitigación o control de caudales extremos); no pueden impedir que el titular del consuntivo varíe el rumbo de un acueducto o cierre la bocatoma en épocas de su limpieza y cuando los trabajos en el canal lo hagan necesario; cuando el ejercicio del derecho no consuntivo pueda producir perturbaciones en el libre escurrimiento de las aguas, deberá mantenerse un cauce alternativo que lo asegure; etc. (artículo 97).

En suma, la distinción entre derechos consuntivos y no consuntivos, por lo menos como planteada en el Código de Aguas, adolece de ciertas deficiencias. La interpretación literal de las normas del Código de Aguas sugiere que las facultades que los derechos no consuntivos entregan a sus titulares son sumamente limitadas. Esta aparente debilidad y subordinación de los derechos no consuntivos a los derechos consuntivos preexistentes pueden ayudar a explicar, en parte, la conducta de las empresas hidroeléctricas las que, en algunos casos, (i) han solicitado los derechos no consuntivos con mucha anticipación, aún antes de la constitución de derechos consuntivos por parte de los agricultores u otros usuarios, y pidiéndolos aguas abajo, para evitar de este modo la aparición de usos consuntivos aguas arriba; y ii) han solicitado los derechos consuntivos. A la luz de estos antecedentes, se puede interpretar las conductas de las empresas hidroeléctricas también como un intento de evitar subordinar la operación de sus centrales a los intereses de usuarios consuntivos.

De acuerdo a Dourojeanni y Jouravlev (1999) aunque aparentemente con la introducción de los derechos de agua no consuntivos el legislador trató de prevenir los conflictos entre los usos consuntivos y los usos en el propio caudal, tal distinción no es suficiente, por sí sola, para eliminar el potencial de interferencia y afectación recíproca entre ambos tipos de usos. Además es una distinción artificial:

“También es una clasificación ‘engañosa’, porque la operación de la central hidroeléctrica no es realmente no consuntiva, porque se regula el río y provoca problemas entre aquellos que deben consumir continua y permanentemente el agua que corresponde a sus derechos. Todas esas clasificaciones han quedado estrechas para las necesidades del uso de las aguas y cuando alguien adquiere un derecho con esa formalización, lo está adquiriendo con una formalización que no es la verdadera; es una formalización teórica que está en los papeles, pero que no es, en la práctica, la forma en que se están usando las aguas” (Vergara,1998b).

¹⁵ Aunque, como regla general, en el Código de Aguas no hay prioridades ni preferencias para asignar el uso del agua, hay una excepción bastante extraña. En virtud de la Ley de Pesca y Acuicultura, en la constitución de nuevos derechos de aprovechamiento, la DGA, en el caso de la oposición, debe preferir al solicitante que acredite la calidad de acuicultor, salvo aquellas referidas a la obtención de derechos consuntivos destinadas a consumo humano.

El otro punto negativo es que, el Código de Aguas reposa en acuerdos voluntarios para resolver conflictos, pero hasta ahora este método ha resultado ineficaz e infructuoso, en gran parte porque de alguna manera se han ignorado los requisitos básicos para que el acuerdo voluntario trabaje: no debe haber grandes números de usuarios, no debe haber grandes disparidades entre las partes, no debe haber posiciones ideológicas irreconciliables, pero sí debe existir la posibilidad de que a falta de acuerdo un tercero imparcial decida (Solanes y Getches, 1998).

Dado que los agricultores y las empresas hidroeléctricas no han podido llegar a un acuerdo, mientras que las facultades de la DGA son muy limitadas. Los conflictos deben resolverse por las organizaciones de usuarios o por los tribunales ordinarios de justicia. Sin embargo, las juntas de vigilancia —éstas tienen por objeto administrar y distribuir las aguas a que tienen derecho sus miembros en los cauces naturales, y explotar y conservar las obras de aprovechamiento común— no han podido solucionar los conflictos intersectoriales debido, en gran parte, a su incapacidad de lograr integrar los titulares de derechos no consuntivos. Este hecho y la necesidad de recurrir a soluciones judiciales han exacerbado el conflicto entre los usuarios consuntivos y no consuntivos.

También el hecho que, en el ámbito, participativo, las decisiones en las juntas se adoptan por el voto de mayoría y los canalistas votan en proporción a sus derechos de agua., ha causado desigualdades, dado que la ley no establece ninguna proporcionalidad entre los dos tipos de derechos (se entiende que ambos son iguales para efectos de votación) y que puede haber varios derechos de agua no consuntivos por cada derecho consuntivo, los usuarios no consuntivos pueden superar en votos a los usuarios consuntivos en los ríos con más de una central hidroeléctrica. Por esto, los usuarios consuntivos tienden a no invitar a los no consuntivos a sus reuniones, y a su vez estos últimos tienden a desconocer por su parte a las organizaciones (Bauer, 1995). Así, un foro de negociaciones útil y un mecanismo de solución de conflictos barato y expedito no funciona con eficacia, y muchos conflictos terminan en el sistema judicial, que ha sido demoroso y errático en la entrega de soluciones.

Se puede concluir por lo observado que el Código de Aguas ha demostrado falencias importantes en cuanto a la gestión del uso múltiple del agua (Bauer, 1995, 1997, 2001 y Vergara, 1998b). Hasta el presente, no se registran avances importantes en cuanto a la coordinación entre los usos extractivos y los usos en el propio caudal, ni tampoco con respecto a la solución definitiva de conflictos entre las empresas hidroeléctricas y los agricultores. Sin embargo, se han sugerido diferentes soluciones a este problema: i) definir de una manera más adecuada los derechos no consuntivos; ii) fortalecer las juntas de vigilancia y modificar su sistema de votación; y iii) crear un nuevo mecanismo, entidad o instancia de conversación y coordinación a nivel regional o de cuencas¹⁶.

Finalmente, hay que destacar que la información disponible sobre los efectos de las transferencias de los derechos de agua sobre la economía de las zonas de origen es muy escasa en Chile. Por un lado, algunos autores aseveran que las transferencias de la

¹⁶ El gobierno de la actual transición a la democracia, por ejemplo, ha propuesto crear un sistema de administración integrada de cuencas, basado en organismos autónomos denominados Corporaciones Administradoras de Cuencas Hidrográficas.

agricultura a los usos urbanos rara vez han causado efectos negativos en las zonas exportadoras, porque: (i) los agricultores tradicionalmente invierten las utilidades de las ventas de derechos de agua en la agricultura (Peralta, 1995a); y (ii) los agricultores venden habitualmente pequeñas porciones de sus derechos de agua y logran mantener la producción agrícola adoptando tecnología de riego más eficiente en su predio (Rosegrant y Gazmuri, 1995). Sin embargo, otros informes hacen dudar seriamente de algunas de estas afirmaciones (Bauer, 1997 y Peña, 1996). Por otro lado, otros investigadores informan de las controversias que han surgido en algunas zonas donde las transferencias de los agricultores a las empresas mineras amenazan con poner a la agricultura local al borde de la extinción (Bauer, 1997). En algunos casos, estas transferencias afectan a las comunidades étnicas. También hay otros casos como los ya mencionados en el texto En algunos de estos casos, por cierto los más graves, se ha encontrado una solución política al problema, al margen del Código de Aguas

El Código de Aguas deja las principales decisiones sobre la asignación del agua en manos de la negociación privada y, por ende, representa una mayor carga para el sistema judicial que debe coordinar las diversas interacciones entre los distintos usos y usuarios del recurso y, en definitiva, resolver los conflictos cuando la negociación privada no llega a una solución negociada. Para funcionar bien la negociación privada necesita un sistema judicial dinámico y no formalista capaz de resolver los conflictos privados mediante procedimientos sencillos, rápidos y de bajo costo con resultados predecibles y consistentes. Sin embargo, el sistema judicial chileno ha sido incapaz de responder a este desafío (Bauer, 1995; 2001 y Allende, 1995). Sus procedimientos son a menudo criticados por ser lentos e ineficaces, en parte porque muchos jueces no tienen conocimientos técnicos profundos y su formación profesional los lleva a adoptar posiciones formalistas y evitar decisiones basadas en consideraciones de política pública. En muchos casos los jueces logran resolver las controversias apropiadamente, pero los procedimientos se demoran mucho y en todo caso sólo se logran si cuentan con el aporte técnico crucial de la DGA y las organizaciones de usuarios (Bauer, 1995).

En general, utilizar el sistema judicial como el principal medio para resolver los conflictos intersectoriales, y regular los efectos externos de las transferencias de agua tiene importantes desventajas. En primer lugar, como ya se ha dicho, los altos costos que los procedimientos judiciales involucran, así como el tiempo, la incertidumbre, etc. tienden a disuadir el ejercicio de acciones individuales en defensa de derechos afectados por externalidades relativamente pequeñas a nivel individual pero significativo en el agregado. En segundo lugar, es importante hacer notar que los tribunales de justicia se ocupan de proteger los intereses legalmente establecidos y no de maximizar los beneficios sociales (Nunn e Ingram, 1988).

La norma jurídica que define ciertos intereses protegidos legalmente (por ejemplo, los intereses de los titulares de derechos de aprovechamiento) suele elaborarse antes de haberse hecho presente alguna parte afectada (por ejemplo, los intereses ambientales de los usuarios indirectos del agua). Tales normas son difíciles de modificar sin lesionar los intereses establecidos y los tribunales suelen ser renuentes a modificarlas. En general, es difícil que los tribunales sean especialmente sensibles a las externalidades dado que la facultad de demandar y los derechos jurídicos de terceros no están bien establecidos.

4.- La Ley indígena de 1993 y la (difícil) protección de los derechos indígenas al agua

Aparentemente la aplicación del Código de Aguas ha afectado negativamente a las comunidades indígenas permitiendo el desarrollo de un proceso de apropiación de sus aguas ancestrales por parte de terceros (Aylwin, 1994; Toledo, 1996). No se niega, que un avance importante fue la modificación del Código de Aguas por la Ley No. 19.145, y especialmente la promulgación de la ley No. 19.253, del 5 de octubre de 1993, que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI). Esta última ley tiene una importancia primordial para el tema porque el Código de Aguas “originalmente analizaba solamente el caso de uso individual por lo que había determinadas comunidades especialmente étnicas bien definidas que hacían uso comunitario del recurso hídrico y lo cual entonces no tenía cabida dentro del Código de Aguas” (Peña, 1996a).

La Ley No. 19.253 reconoce que para los indígenas “la tierra [es] el fundamento principal de su existencia y cultura” y crea el Fondo para Tierras y Aguas Indígenas, con el fin de financiar, entre otras cosas, la constitución, regularización o compra de derechos de agua o financiar obras destinadas a obtener este recurso (artículo 20). Los derechos de agua para beneficio de tierras indígenas adquiridas con recursos de este Fondo, no pueden ser enajenados durante veinticinco años, contados desde el día de su inscripción. No obstante, la CONADI – organismo encargado de defender jurídicamente a los indígenas y sus comunidades en conflictos sobre tierras y aguas, y posibilitar a los indígenas y sus comunidades el acceso y ampliación de sus tierras y aguas- puede autorizar la enajenación de estos derechos previo reintegro al Fondo del valor del subsidio, crédito o beneficio recibido. Además se crea el Fondo de Desarrollo Indígena para financiar, entre otras cosas, la obtención de concesiones y autorizaciones de acuicultura y pesca.

La Ley No. 19.253 contiene además las disposiciones adicionales dirigidas a indígenas del norte del país, señalando que se debe proteger especialmente las aguas de las comunidades Aymará y Atacameñas (artículo 64). La CONADI y la DGA establecieron un convenio para la protección, constitución y restablecimiento de los derechos de aguas de propiedad ancestral de estas comunidades. Las aguas que se encuentran en los terrenos de Comunidad Indígena, tales como los ríos, canales, acequias y vertientes, se consideran bienes de propiedad y uso de la Comunidad Indígena, sin perjuicio de los derechos inscritos de terceros. Se prohíbe otorgar nuevos derechos de agua sobre lagos, charcos, vertientes, ríos y otros acuíferos que abastecen las aguas de las comunidades indígenas sin garantizar, en forma previa, el normal abastecimiento de agua a las comunidades afectadas. En cuanto a los indígenas de los canales australes, la CONADI debe procurar establecer zonas especiales de pesca. La Ley No. 19.253 constituye, sin duda alguna, un paso importante en la dirección correcta, pues asegura un cierto grado de protección de los derechos consuetudinarios de etnias indígenas, con lo que llena algunos vacíos del Código de Aguas. Sin embargo, según parece, las asignaciones para el Fondo para Tierras y Aguas Indígenas no han sido suficientes (Tuma, 1996). Además, la Ley Indígena otorga validez al derecho consuetudinario indígena sólo en caso de litigios entre miembros de una misma etnia - y aun aquí sólo en el marco de la Constitución Política (Ley Indígena 1993, art. 54). La posibilidad de adquirir libremente "acciones" de agua, tiene como consecuencia la postergación de la demanda de derechos comunales (indígenas) de agua frente a los

derechos privados -en este caso, los derechos de las empresas mineras, sanitarias o hidroeléctricas.

5.- La regularización de los derechos indígenas al agua en Chile

En el caso de Chile, los legisladores distinguen dos clases de normas consuetudinarias que regulan el uso de las aguas en zonas indígenas: por una parte, las normas que determinan la asignación de las aguas entre comunidades, y por otra, las normas que regulan el uso del recurso en el interior de cada comunidad (Cuadra, 1999).

El proceso chileno de regularización de las aguas indígenas pasa por títulos individuales de agua. En este sentido, el ámbito geográfico de los derechos es, por una parte, el patrón de asentamiento indígena, y por otra, las zonas de pastoreo o "estancias", que se encuentran por lo general en pisos ecológicos más altos y más distantes, donde el afloramiento de las aguas subterráneas permite la formación de vegas y bofedales (pastos húmedos).

Por regla general, cada comunidad tiene derecho a usar en forma exclusiva una o más fuentes de agua. Pero también puede suceder que dos o más comunidades usen conjuntamente una misma fuente, a lo mejor en diferentes sectores y a través de distintas obras de captación. En cuanto a quién tiene derecho a usar las aguas, la regla general es que este derecho corresponde a la misma comunidad indígena. A esta regla, en el caso concreto de Chile, corresponden dos excepciones: i) cuando la comunidad reconoce que tal derecho corresponde solo a un grupo de comuneros y ii) cuando la comunidad se desentiende del tema de las aguas y le reconoce derecho sobre ellas a una organización de usuarios integrada exclusivamente por comuneros que poseen tierras agrícolas, llamados genéricamente "regantes". En cualquiera de las situaciones antes descritas la administración de las aguas es eminentemente colectivista o comunitaria. Por ejemplo, todos los usuarios tienen la obligación de participar con igualdad de condiciones en los trabajos de construcción y mantenimiento de las obras comunes, rituales y ceremonias.

Paralelo a esto, la Ley Indígena No. 19.253 establece el deber social y estatal de proteger la tierra indígena, velar por su adecuada explotación, equilibrio ecológico y proponer su ampliación (art. 1). La ley define las tierras indígenas y establece para las mismas un régimen jurídico especial (arts. 12/19). Su régimen de alienación y gravámenes está sujeto a limitaciones con el fin de proteger a los indígenas y sus terrenos. También se establece un Fondo para Tierras y Aguas Indígenas, entre cuyos objetivos figura la financiación de la constitución, regularización o compra de derechos de agua o financiar obras destinadas a obtener aguas (art. 20). Tierras y derechos adquiridos con el Fondo, no pueden ser enajenados por veinticinco años¹⁷.

¹⁷ Sin embargo, a nuestro juicio, hay una carencia de sintonía valorativa entre los usos ancestrales de las aguas y las normas del Código del ramo que dificultan la vigencia efectiva de tales normas, aparte de que el derecho positivo no explicita sus propias definiciones. Así por ejemplo, el artículo 20 se refiere a las *aguas indígenas* sin definir las en ninguno de sus acápites, al revés de lo que ocurre con las tierras indígenas. Por deducción, debe llegarse a la conclusión de que son las aguas que pueden ser utilizadas por los indígenas y sus comunidades cumpliéndose los requisitos que la ley señala en los artículos que hacen referencia a ella y que no violen las disposiciones del Código de Aguas de 1981 (Parsons Alvarez, 2001)

La Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI) tiene entre sus funciones la defensa jurídica de los indígenas en conflictos sobre tierras y aguas, y ejercen las funciones de conciliación y arbitraje en estos conflictos; además, expandir sus patrimonios en relación con agua; y promover adecuada explotación de tierras indígenas y su equilibrio ecológico (art. 39). Además, la costumbre indígena entre miembros de la misma etnia, constituirá derecho.

Conforme a la Ley 19.253 sólo las “etnias nortinas” tienen reconocimientos especialmente vinculados al agua. Así las comunidades indígenas andinas del norte de Chile tienen un reconocimiento de la necesidad de salvaguardar sus derechos ancestrales, como los referidos a bofedales y vegas, entre otros (art. 63)¹⁸.

Esto se complementa con la necesidad de proteger especialmente las aguas de las comunidades aymarás y atacameñas. Las aguas dentro de terrenos de la comunidad indígena se reconocen como propiedad comunitaria, sin perjuicio de los derechos inscritos de terceros. No se otorgarán nuevos derechos de aguas sobre fuentes que abastecen las aguas de las comunidades indígenas sin garantizar en forma previa el normal abastecimiento de aguas de las propiedades afectadas (art. 64). En cuanto a las comunidades se procurará establecer zonas especiales de pesca (art. 74). Veamos, de manera resumida, el catastro de derechos de aguas otorgados a las comunidades indígenas en el norte grande.

Catastro desde 1993 a 2001 sobre derechos de agua indígenas:

Derechos Inscritos Provincias de Arica y Parinacota.		
Comuna	Caudal l/s	Beneficiados
Arica	5,60	13
Camarones	78,01	67
Putre	2.768,33	417
General Lagos	1.580,28	238
Total	4.432,22	735
Derechos Inscritos Provincias de Iquique.		
Comuna	Caudal l/s	Beneficiados
Huara	161	236
Pica	1	61
Camiña	363	163
Pozo Almonte	79	186

¹⁸ En la legislación nacional chilena, especialmente en el Código de Aguas y la Ley Indígena, existe una marcada debilidad en la protección de los derechos hídricos de los pueblos indígenas de las zonas de mayor densidad de población indígena, como la IX región. Aquí las aguas indígenas han estado desprotegidas y la posibilidad de acceder a ellas en forma permanente y continua hoy es casi nula. Asimismo, llama la atención que la Ley de Bases del Medioambiente chilena no obligue a los proyectos de plantaciones forestales a estudios de impacto ambiental, estimando sus posibles efectos también en zonas de mayor población indígena, no sólo al momento de la plantación o la cosecha sino también durante el crecimiento y madurez de las plantaciones, momento en que existe mayor demanda de agua. Como consecuencia, algunas exigencias de la CONAF van en la dirección de estatuir en una nueva versión del Código de Aguas un **Mínimo Hídrico Cultural** (Díaz Gacitua y Elgueta Riquelme, 2001), o sea, según los autores, definir una cantidad suficiente de agua cuyo uso sea reservado para el desarrollo sustentable de las economías y culturas indígenas. Ello exige a la Política nacional de Recursos Hídricos dimensionar este caudal pensando en un desarrollo integral de recursos hídricos a largo plazo.

Colchane	1.574	1.717
Total	2.178	2.369

Fuente: CONADI-NORTE (2001a,b)

6.- Estrategias político-jurídicas alternativas para reconocer los derechos indígenas al agua

Debe tenerse presente que la utilización de las aguas indicado en el Código de Aguas es a través de un derecho real de aprovechamiento, con determinadas características que contrastan con el uso de las aguas que tradicionalmente han efectuado las comunidades indígenas de la I y II Región. Su ejercicio no es obligatorio, sin embargo, las comunidades indígenas regulan su uso entre sus miembros conforme al empleo que cada uno de ellos realiza.

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

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

Respecto de la disposición del artículo 64 que regula las aguas de las comunidades aymarás y atacameños, la redacción del artículo en comento presenta algunas imprecisiones como es el caso de la frase “*serán considerados bienes de propiedad y uso de la Comunidad Indígena...las aguas que se encuentren en los terrenos de la comunidad*”. Si estas aguas no se encuentran inscritas, y tal parece ser el caso en que se puso el legislador y siendo los terrenos de propiedad de la comunidad, sería el único caso de la legislación chilena en que serían las aguas y no los derechos de aprovechamiento sobre ellas de propiedad de particulares. Sin embargo al calificar el Código Civil en su artículo 595 así como el Código de Aguas en su artículo 5 a las aguas como bienes nacionales de uso público se está frente a una manifiesta contradicción. Ya que las aguas por su carácter están fuera del comercio humano. En otras palabras, los bienes nacionales de uso público no pueden ser objeto de apropiación por particulares (Parsons Alvarez, 2001).

Por ello, entendemos que una posible interpretación de la expresión acotada es que sin ser las referidas aguas de propiedad de las comunidades aymarás y atacameños por las razones antedichas, se reputan de tal calidad para una efectiva protección del ecosistema

que conforman las aguas y tierras indígenas y que como tal, son inseparables, ya que actúan como una unidad funcional.

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

El estatuto legal de los derechos consuetudinarios se encuentra, en primer lugar, en el artículo 7 del decreto ley 2.603, de 1979, que dispone, que "se presumirá dueño de un derecho de aprovechamiento a quien lo sea del inmueble que se encuentre actualmente utilizando dichos derechos. En caso de no ser aplicable la norma precedente, se presumirá que es titular del derecho de aprovechamiento quien se encuentre actualmente haciendo uso efectivo del agua."

Este artículo es una pieza clave en el sistema de reconocimientos de derechos de agua, y cubre en especial la situación de los regantes (véase Venezian y Gurovich, 1980). Hay autores como Vergara Blanco (1998) que ven en el artículo 7° del decreto Ley No. 2.603 de 1979 el origen del "reconocimiento" de los derechos consuetudinarios de agua, ya que el objetivo de este texto legal dictado en plena dictadura militar, se desprende según él, de sus "considerandos", que fue "iniciar el proceso de normalización de todo cuanto se relaciona con las aguas y sus diferentes formas de aprovechamiento". Con estos fines el DL 2.603 comenzó por reforzar y en parte acaparar el estatuto de los derechos de agua, otorgando a sus titulares "propiedad sobre el derecho"¹⁹.

Es importante comprender el alcance de la clasificación constitucional en virtud de la cual se distingue entre los derechos de aguas "reconocidos", por una parte, y por la otra los derechos de aguas "constituidos"; y, además, para comprender su estrecho vínculo con los artículos 7° del DL 2.603, de 1979, y demás artículos del actual Código de Aguas, que reconocen otros tipos de derechos (como por ejemplo los artículos 20 y 56) y con los artículos 2° y 5° transitorios del Código de Aguas, que establecen procedimientos regularizadores, también para los derechos indígenas de agua.

En el fondo, en el artículo 7 del DL 2.603 encuentra su fundamento el procedimiento de regularización de derechos de aguas consuetudinarios. Tal artículo, además de establecer una poderosa presunción de "dominio del derecho de aprovechamiento de aguas (y que por lo tanto implica una aplicación inmediata del artículo 19 No. 24 inciso 10° de la Constitución, y de todo su entramado sustantivo y procedimental), es el origen del "reconocimiento" de los usos consuetudinarios de aguas, y

¹⁹ La técnica legislativa de entonces consistió en incluir en el No. 16 del artículo 1° del Acta Constitucional No. 3 de 1976, el inciso que posteriormente insertaría en forma textual la Constitución de 1980 en su art. 19 No. 24, y que se transcribe arriba.

es central para comprender el espíritu del procedimiento de regularización de derechos de aguas establecidos en el artículo 2 transitorio del Código de ramo.

El artículo 7° del DL 2.603, de 1979, refleja el propósito del legislador chileno de presumir que los usos consuetudinarios de aguas, cumpliendo los requisitos correspondientes, constituyen derecho; Los "reconoce", como señala la Constitución. Pero el caso chileno es de particular interés, ya que el dominio de un derecho de agua se ve respaldado por la Constitución de 1980 que en su artículo 19, No. 24, inciso 10 señala que, "los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos."

Ahora bien, lo absurdo de esto, es que dicha "propiedad" alcanza a estos derechos consuetudinarios (que son "reconocidos" por el art. 7 del DL 2.603, de 1979), y, posteriormente, el artículo 2 transitorio del Código de Aguas de 1981 establece el mecanismo legal de "regularización" de tales usos²⁰.

Entonces, los derechos de aguas consuetudinarios que no están inscritos (lo que cuenta para la mayoría de los derechos de agua en Chile), por esta falta de inscripción no adolecen de problemas de existencia, sino de un mero problema de falta de formalización de registrar, falta que no implica la inexistencia del derecho (Vergara, 1998). En otras palabras: es un derecho sobre el cual se tiene "propiedad" y que precisamente por ello debe ser "reconocido"; y para tal efecto se ha creado un sistema de "regularización" que permite su ulterior inscripción (Peña, 1997).

La vigencia del art. 7° del DL 2.603 y su fuerza jurídica se reconoció recientemente en una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, ya en democracia, el 18 de julio de 1991²¹, confirmada por sentencia de la Corte Suprema, de 4 de abril de 1995. Reviste una gran transcendencia la doctrina de la sentencia transcrita, pues contiene una argumentación dirigida a dar protección y resguardo a los derechos de aguas consuetudinarios nacidos con anterioridad a la última codificación de la materia, ocurrida en 1981. Esta argumentación contiene también una reafirmación en cuanto a la importancia de la presunción de existencia de derechos de aguas contenida en el artículo 7° del DL No. 2.603, y a la fuerza superlativa de esta presunción "de dominio", como señala el fallo.

Ahora bien, justamente el gran problema de los derechos de aprovechamiento de agua y de su tan anhelada certeza jurídica por los juristas es la falta de una "formalización" (véase Vergara, 1997), es decir, la falta de conocimiento del contenido de cada derecho o título privado. O sea para conocer esta realidad, es necesario estudiar los distintos tipos de derechos que existe en Chile, y que posibiliten usos legítimos al agua (Bauer, 1995).

²⁰ Véanse adjuntamente, los artículos 1° y 5° transitorios del Código de Aguas, que establecen otro mecanismo de regularización, para otros tipos de derechos de aguas.

²¹ Trátase el caso "Sociedad Colectiva Civil Administradora de Aguas Pampa Algodonal con Director General de Aguas. En el caso citado, la Dirección General de Aguas, por resolución de 1989, había establecido los derechos de aguas que correspondían a los diferentes usuarios de las mismas en el Canal Azapa, excluyendo a los recurrentes, lo que la Corte estimó contrario a derecho, pues desconocía un derecho existente. Sobre la existencia de estos derechos había suficientes antecedentes, que expone la sentencia, reforzando tales antecedentes con la poderosa presunción y "reconocimiento" de derecho, contenida en el artículo 7 del DL 2.603, de 1979 (véase Vergara, 1998).

En suma, no sólo existen en Chile derechos de aguas inscritos en el Registro especial de Propiedad de Agua a cargo del Conservador de Bienes Raíces, sino también hay una gran cantidad de usos consuetudinarios, cuyos títulos no están inscritos, los que no obstante se encuentran reconocidos y protegidos por la legislación. Además, la Dirección General de Agua no tiene un catastro completo de todos los usos de agua (inscritos o no inscritos), pero si se encuentran (al menos deberían encontrarse) en las organizaciones de usuarios (cuando las hay). Pero estos derechos no tienen el valor de certeza jurídica. En total, esta no situación es una gran limitante para el funcionamiento de un mercado de aguas como señala Vergara (1998b) uno de sus defensores:

"Así, aun cuando se quisiera hacer operar un "mercado" de derechos de aguas separados de la tierra, nos encontramos con problemas de certeza en cuanto a los títulos, pues el sistema de inscripciones y de archivo no es completo. Entonces, la existencia de muchos derechos de aguas no inscritos, que son consuetudinarios, que no están regularizados, y que en la actualidad no es obligatorio para sus titulares regularizarlos y registrarlos, cuyo valor y eficacia resulta difícil de constatar, impiden un funcionamiento efectivo de un "mercado", por falta de certeza" (Vergara, 1998b:386).

La solución según los juristas chilenos? Buscar las vías para incentivar a todos los usuarios de aguas en el país, de inscribir sus derechos, ya sea en el registro de Aguas que llevan los Conservadores o en el Catastro Público de Aguas que debe llevar la Administración (Art. 122 CDA), cuyo reglamento aún no se dicta, a pesar de haber transcurrido veinte años desde la vigencia del Código. Y a partir de ahí, fortalecer los usuarios como participantes en un sistema mercantil de derechos de agua transables y vendibles.

Para algunos abogados como Ojeda Fracei (2001) y Parsons Alvarez (2001), no cabe duda de que a estas comunidades les es aplicable plenamente el artículo 7° del D.L. N° 2.603, que reputa dueño del derecho de aprovechamiento a quien se encuentra usando efectivamente las aguas. Textualmente señala que "se presumirá dueño de derecho de aprovechamiento a quien lo sea del inmueble que se encuentre utilizando dichos derechos. En caso de no ser aplicable la norma precedente, se presumirá que es titular del derecho de aprovechamiento quien se encuentre actualmente haciendo uso de la aguas".

En otras palabras, el artículo 7 del Decreto Ley No. 2.603, de 1979, refleja el propósito del legislador en el sentido de que los usos de agua que cumplan determinados requisitos, constituyan derechos y, por tanto, puedan regularizarse a través de su inscripción en el registro Conservatorio respectivo. Ello significa, según Ojeda F. (2001:4) „un reconocimiento administrativo de la existencia de los mismos y no de su constitución, pues ellos ya existen, y la finalidad no es otra que incluirlos en los registros correspondientes facilitando su transferencia y transmisión.”

A criterio de la Dirección General de Aguas, esta es una presunción de un reconocimiento es simplemente legal y no de derecho, ya que en caso contrario, el legislador así lo habría expresado.

Recordemos que el Código de Aguas en el primer inciso del artículo 181, expresa que "El titular de un derecho de aprovechamiento o quien goce de la presunción del artículo

7° del D.L. N° 2.603, de 1979, que estimare estar siendo perjudicado en el aprovechamiento de las aguas, por obras o hechos recientes, podrá ocurrir ante el juez competente a fin de que se le ampare en Su derecho."

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

Por esta razón el artículo 1° del D.L. 2.603 señala que los derechos de aprovechamiento reconocidos o constituidos en conformidad a la ley otorgan a sus titulares la propiedad sobre ellos. Al hablar de derechos reconocidos, se refiere a una sentencia judicial y no a la ley, porque la ley no reconoce derechos sino que los otorga o confiere mediante el procedimiento en ella indicado (Parsons Alvarez, 2001).

Aunque la ley no define ni caracteriza a estos "derechos ancestrales", de la propia ley pueden deducirse que corresponden solo a los pueblos indígenas que la ley señala (aymarás y atacameños), que deben haber sido usados por las comunidades indígenas (no por individuos determinados) y que dicho uso sea ancestral o, tradicional y de origen remoto, vale decir, usados de una manera determinada y desde antiguos tiempos²².

Como conclusión podemos decir que aunque las comunidades indígenas andinas están sujetos a los mismos principios del Código de Aguas en lo que respecta a la unidad de la corriente (es decir que la hoya hidrográfica está conformada por todos los afluentes, quebradas, esteros, lagos y lagunas que afluyen a ella, en forma continua o discontinua, subterránea o superficial), al respeto de los derechos de terceros, al principio de igualdad ante la ley, hay diferencias en lo que respecta al ejercicio del derecho, ya que lo ejercen las comunidades y no los individuos (siempre que su uso sea ancestral); en su ámbito de aplicación, más restrictivo ya que los derechos de terceros que reconoce el artículo 64 de la ley indígena deben tener el requisito de estar "inscritos" y en su necesidad de estar ligados a los territorios indígenas, al revés de la legislación general, que separa el dominio de las aguas de las tierras.

7.- Perspectivas

Vimos, en lo anterior expuesto, que varias leyes en el ámbito de los derechos indígenas a los recursos, que se hacen cargo de la cuestión del agua, han ido en beneficio de los sectores económicamente productivos (minería, pesca, industria maderera). De este modo, el conflicto entre la *Ley Indígena* y el *Código de Aguas* adquiere una nueva dimensión procesal. En el acápite siguiente nos interesa analizar las principales posibilidades que las comunidades indígenas tienen de proteger sus recursos, de acuerdo a la Ley Indígena promulgada en 1993. Al respecto, reclaman una consideración detallada las posibilidades de obtener derechos colectivos por parte de las -legalmente reconocidas- comunidades de agua del Norte Grande de Chile.

²² Algunos abogados reiteran la exclusión jurídica de las comunidades mapuche y rapa nui, de esta forma de regular sus derechos de aguas, ya que la ley no se refiere a ellos, y deben adquirir sus derechos de aprovechamiento a través del Fondo de Tierras y Aguas Indígenas que administra la CONADI (Parsons Alvarez, 2001).

Desde la óptica de los indígenas las estipulaciones centrales del Código de Aguas de 1981 se pueden resumir de la siguiente manera: a) El agua es un bien nacional, sobre el cual, en determinados casos, se puede disponer de un derecho privado de aprovechamiento; entre el agua y la tierra se realiza una separación jurídica; un derecho comunitario sólo aparece en forma muy limitada para las comunidades de aguas. Que esto no se consiga, lo impiden las empresas mineras a través de la compra de los títulos individuales; b) al derecho colectivo de distribución a nivel de los ayllu se contraponen una jurisprudencia orientada nacionalmente; c) el rol del Estado como instancia posterior de control es, por otra parte, muy limitado; d) se reduce sólo a controlar la corrección del procedimiento de entrega; se introduce el concepto de no aprovechamiento, esto es, derechos de aprovechamiento ya inscritos pueden ser utilizados por terceros durante un período de tiempo; las distintas listas de formas de aprovechamiento son suprimidas; e) y no existen listas de prioridades estatales para el aprovechamiento del agua (anteriormente se había privilegiado a la minería): se da manga ancha a la compra y venta de los derechos de aprovechamiento, f) no existe una norma que garantice la calidad y cantidad de agua recibida, con lo que es imposible detectar el grado de contaminación de algunos cauces.

Desde 1993, esta exclusión jurídica de los derechos de agua de las comunidades indígenas sureñas se encuentra en abierta contradicción con la Ley Indígena, más precisamente, con los artículos 20 al 23 y 64 y 65. Los primeros tratan de la fundación de un Fondo de Tierras y Aguas Indígenas, para la adquisición, protección y construcción de fuentes de agua para las comunidades. Los otros artículos destacan la (futura) protección especial para las aguas de las etnias norteñas Aymara y Atacameños, lo que, en cualquier caso, no debe atentar contra los derechos de aprovechamiento ya inscritos, de acuerdo a las bases del Código de Aguas²³. El artículo 12 garantiza además la protección de las propiedades indígenas personales y colectivas, luego de su ingreso en un catastro estatal. Implícitamente, entonces, la Ley Indígena suprime la separación jurídica entre tierra y agua. Derechos de aguas pueden ser solicitados tanto a través de postulaciones individuales como por comunidades indígenas protegidas legalmente. En los artículos 9 al 11 se les entrega a los indígenas y las instituciones asociadas a ellos un estatus legal; es formada una nueva persona del derecho privado: la comunidad indígena²⁴. Como consecuencia de ello,

131 Art. 64:

"Se deberá proteger especialmente las aguas de las comunidades Aymaras y Atacameñas. Serán consideradas 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, 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."

Art. 65:

"La Corporación, sin perjuicio de lo establecido en las normas del Fondo de Tierras y Aguas Indígenas, incentivará programas especiales para la recuperación y repoblamiento de pueblos y sectores actualmente abandonados de las etnias aimara y atacameña."

²⁴ El inciso tercero del artículo 10 de la Ley Indígena señala:

"... la comunidad indígena gozará de personalidad jurídica por el solo hecho de realizar el depósito del acta constitutiva. Cualquier persona que tenga interés en ello podrá solicitar a la Corporación el otorgamiento de un certificado en el que conste esta circunstancia."

las infracciones a lo dispuesto por la Ley Indígena pueden ser sancionadas de acuerdo al artículo 467 del Código Penal.

El Estado se obliga a controlar y proteger las nuevas concesiones de tierras y aguas conseguidas por los indígenas gracias al Fondo, que en general son entregadas por 25 años (art. 13 y 22). Un punto de roce de la Ley Indígena queda en seguida claro: remitiéndose a la obligación estatal de protección de las comunidades indígenas (ver art. 1) exigen los artículos 26 y 27 el establecimiento de áreas de desarrollo indígena por parte del Ministerio de Planificación. Precisamente en este ámbito interactúa la Ley Indígena con otros cuerpos legales, como la Ley de Medioambiente, los códigos de Minería y de Aguas; en cuanto el etnodesarrollo y la protección del medio ambiente deberían ir a la par. El Estado representa aquí posiciones encontradas (por ejemplo, minería, riego, economía maderera, hidroenergía) con el reconocimiento y derechos de las comunidades indígenas (Muñoz Ponce 1997, Toledo Llancaqueo 1996). A pesar de la protección legal de la identidad y recursos indígenas por parte del Estado, éstos permanecen dependientes de la administración y exigencias financieras del Fondo²⁵.

El Código de Aguas de 1981 representa la reglamentación dominante sobre la problemática del agua en la zona andina. La existencia de una "doble legislación" (el Código de Aguas contra la Ley Indígena), junto con la compleja interpretación del Código de Aguas, no permiten reconocer un propósito claro por parte del Estado chileno, en el sentido de resolver la cuestión del agua en beneficio de las comunidades indígenas.

Sin embargo, es posible señalar algunos avances: a través de un decreto de gobierno, de 10 de marzo de 1997, la zona de Atacama la Grande fue declarada "área de desarrollo indígena"²⁶. Como razón de ello se esgrimió, junto a la composición mayoritariamente indígena de la población del área, la homogeneidad ecológica del desierto andino y la formación cultural y económica de las comunidades atacameñas, que tradicionalmente han estado en estrecha unión con el entorno natural y el recurso agua. Al mismo tiempo, el hecho que las comunidades indígenas viven en extrema pobreza exige programas de desarrollo estatales que " ... focalicen su acción en beneficio del desarrollo

²⁵ Como ejemplo se puede señalar que los medios dispuestos para la necesaria inscripción en el catastro en el caso de los Aymara de la I. Región, en el año 1996, no fue superior a 220.000.000 de pesos; un monto bastante restringido si se le compara con las posibilidades financiera de las grandes empresas mineras (Toledo Llancaqueo, Victor 1996:11).

²⁶ El Decreto No. 70 de 10 de marzo de 1997 declara:

"1°. Declárese Area de Desarrollo Indígena, conforme lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley No. 19.253 [Ley Indígena, nota del autor], al territorio ubicado en la comuna de San Pedro de Atacama, Provincia El Loa, II Región de Antofagasta, comprendiendo entre los siguientes límites:

Oeste y Norte: La Cordillera de Domeyko, desde el trigonométrico cerrillo hasta el cerro Quimol; la línea de cumbres que limita por el poniente y norte la hoya del salar de Atacama desde el cerro Quimol hasta los cerros del Tatío, pasando por la cota 3429, el cerro Bardo, el cordón Barros Arana, el cerro Chuschul, el morro Cáblor y el volcán Tatío.

Este: Los límites con Bolivia y Argentina, desde los cerros del tatío hasta el cerro del Rincón.

Sur: El límite con Argentina, desde el cerro del Rincón hasta el cerro Salín con el trigonométrico Cerrillos, pasando por el cerro Pajonales, la cota 3536 y el cerro Pingo Pingo.

2°. La declaración del Area de desarrollo Indígena, dispuesta por el presente Decreto, tiene por finalidad la focalización de la acción que, de conformidad a la ley, corresponde desarrollar a los organismos de la Administración del Estado en beneficio del desarrollo armónico de los indígenas y sus comunidades."

armónico de los indígenas y sus comunidades, así como la adopción de medidas que tiendan a la ejecución de planes, proyectos y obras en su beneficio" (MIDEPLAN, Decreto Supremo No. 70, 10 de marzo de 1997:4).

Paralelo a ello, la organización estatal indígena CONADI lleva adelante desde 1994 un programa destinado a consolidar y regularizar los derechos indígenas colectivos de agua de las comunidades, entre las que se cuenta el área al norte de Calama²⁷. Del informe de investigación se desprende, en qué medida el recurso libre agua lleva a problemas de abastecimiento y obtención de ésta en las comunidades andinas; sólo una inscripción colectiva de una gran parte de las poblaciones indígenas como comunidades indígenas de aguas²⁸ y su posterior agrupación en organizaciones de usuarios, de acuerdo a los artículos 12, 113 y 114 del Código de Aguas de 1981, les da una cierta seguridad jurídica. Una opción a esto parece no existir²⁹: "Sin inscripción, las aguas quedan en el más absoluto desamparo: pueden ser usurpados o concedidas a terceros con grave perjuicio para las comunidades indígenas que las han usado históricamente" (CONADI 1997:5).

Entre las comunidades Aymará de la I. y II. Región, hasta fines de 1998 fueron inscritas 32 comunidades indígenas como comunidades de aguas. Ello representa un número total de 4700 personas y un volumen total de 4219 l/s³⁰ (El Mercurio, Santiago de Chile, 5.12.1998). En vista de proyectos ya anunciados por la mediana y gran minería, paralelo al marco financiero restringido de la CONADI³¹, que no le permite comprar nuevos derechos de aguas, amenaza a la región un desastre ecológico.

Si se va un paso más allá, los conflictos se producen en la superficie de roce entre una forma social y ecológica compatible de desarrollo - jurídicamente normada como medio ambiente - y la Ley Indígena, por una parte, y un tipo unilateral de desarrollo de libre mercado, orientado sólo a la generación de ganancias y normado por la legislación de los Códigos de Minería y de Aguas, por otro lado. Debe entenderse, finalmente, la diferencia fundamental que existe entre la tierra en la forma recogida por la legislación

²⁷ En primera línea, este proyecto compete a las comunidades Chiu Chiu, Lasana y Caspana.

²⁸ En este caso, son implicadas las disposiciones y obligaciones del Código de Aguas en relación a las comunidades de aguas (Título III, art. 186-256), como también la disposiciones referidas a la protección y desarrollo de la Ley Indígena (en concreto los artículos 12 al 19). En cualquier caso, de lograr la inscripción formal siguiendo las disposiciones del Código de Aguas, debe, de la totalidad de las personas jurídicas, emanar recién el derecho colectivo de uso. Nuevos problema se producen cuando algunos vecinos (indígenas o no indígenas) se niegan a realizar la solicitud colectiva; en este caso la CONADI debe intervenir como mediadora.

²⁹ De acuerdo a las declaraciones personales del abogado de la CONADI, Bob Vercovic, el peso de los títulos indígenas de aguas en la II. Región, en marzo de 1998, era la siguiente: por la CONADI fueron solicitados 2563 l/s, de los cuales 1920 l/s ya tenían validez como títulos de propiedad de comunidades indígenas, 16 demandas permanecían aún abiertas, la mayoría de las cuales eran entre comunidades indígenas y empresas mineras.

³⁰ De acuerdo a informaciones reservadas de la CONADI Norte (Iquique), en marzo de 1998 habían ya 4.426 l/s de derechos de comunidades indígenas de aguas inscritos; en la Región de Iquique otros 1.300 l/s; aquí había 20 demandas contra la empresa minera Condorhuasi en proceso.

³¹ El año 1998 la CONADI disponía, en total, de US\$ 8.680.265, de lo que sólo el Fondo de Tierras y Aguas Indígenas, destinado a la compra de títulos de tierras y aguas, importaba US\$ 5.150.006 (ver Ministerio de Hacienda, Ley de Presupuesto Año 1998, Ley No. 19.540, en: Diario Oficial, Santiago de Chile, 12.12.1997). Dichos recursos deben repartirse además entre las diversas etnias, por lo que la mayor parte fue consumido por la regularización de los títulos de tierras de los Mapuches.

chilena y lo que se ha entendido como territorio en la legislación internacional, especialmente el Convenio No. 169 de las Naciones Unidas. Mientras la primera visión equivale al concepto de propiedad privada de los indígenas, la segunda se refiere a un concepto más amplio en lo cualitativo, porque abarca otras dimensiones, no sólo la económica, y en lo cuantitativo, porque no incluye sólo el suelo sino todos los elementos que conforman el hábitat (Lillo, 2001).

El Código Chileno ha sido criticado incluso por tener una "falla crítica en su lógica económica de que los derechos de aguas son gratis" (Solanes/ Dourojeanni, 1995:34), ya que los derechos son transferibles libremente y incondicionados, lo que ha creado una situación de privilegio en favor de un grupo reducido, cuya consecuencia es que una importante porción de los bienes nacionales de uso público *de facto* han dejado de ser funcionalmente tales (véase Dourojeanni/ Jouravlev, 1999).

Para el caso de los pueblos indígenas, como un sector pobre y marginado de la población, hay principalmente dos opciones: o se establecen derechos comunitarios y/o colectivos) de uso prioritario, inembargables e inalienables, pero fuera de un sistema de mercados de agua, o se reconocen y se protegen los derechos y usos consuetudinarios como un derecho constitucional de propiedad, dentro de un sistema de agua.

Ahora bien, es indispensable el punto de que en casos en que se prohíbe la disposición del derecho de usos o de aprovechamiento, la enajenación de éste y, por consecuencia la caducidad de la concesión otorgada. Quiere decir, no puede ni debe haber derecho que no se usa (efectivo y eficientemente) o que mal se usa (que daña o perjudica a terceros y sus respectivos derechos o su hábitat) (véase Gonzalez-Villareal y Solanes, 1999). Este es punto clave, ya que al otorgarse una concesión, en definitiva es la posibilidad de que una persona utilice las aguas, no estando obligada para ello. En la legislación chilena no se sanciona la no utilización, por ejemplo con la caducidad de la misma. Es absurdo y irracional, de un punto de vista del desarrollo equitativo y sostenible - ya que el agua es un recurso escaso y de dominio público- que existen recursos de todos que no se aprovechen equitativa y beneficiosamente, tal como indicamos anteriormente.

El Código de Aguas chileno define una permanente y total libertad para el uso del agua a que se tiene derecho, pudiendo usarlo o no en las finalidades que se deseen, transferir los derechos de agua en forma separada de la tierra y comercializar sus derechos en operaciones de venta, arriendo, hipoteca, etc. Estas amplias atribuciones sobre las aguas se otorgan con poca regulación, ya que no están sujetas a ningún tipo de cobro o tarifa por la titularidad del agua, a excepción de los impuestos de transferencia que procedan, como en la compraventa de cualquier bien. La protección constitucional sobre la propiedad de los derechos de agua, si bien ha tenido la ventaja de otorgar a los titulares una gran seguridad para desarrollar negocios al agua como un factor de producción, ha inducido comportamientos que se perciben como negativos para un bien nacional de uso público. En efecto, se han observado tendencias a la especulación y acaparamiento por parte de algunos usuarios, motivados por sus intereses económicos particulares (véase ENDESSA, la Escondida, entre otros), intereses de monopolizar mercados de ciertos productos, debilitando el derecho local al agua y los recursos naturales, en general. A raíz de esto

último, existe en la actualidad un proyecto de modificación del CDA, que pretende tarifificar el no uso de agua por parte de los titulares.

Bibliografía

- Allende**, René (1995): *Derechos de aprovechamiento y mercado del agua en el caso del valle del Limari*, en: Anales de la 1a Conferencia Nacional sobre Desarrollo del Riego en Chile, Santiago de Chile, Ministerio de Agricultura, Ministerio de Obras Públicas, Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, febrero.
- Anguita**, Pablo/ **Floto**, Edgardo (Ed.) (1997): Seminario Internacional. Gestión del Recurso Hídrico. Santiago de Chile, Ministerio de Obras Públicas/ Dirección General de Aguas.
- Anguita**, Pablo (1997): *Gestión de Recursos Hídricos y Propuesta de Mejoramiento*, in: Anguita, P./ Floto, E. (Ed.) Seminario Internacional. Gestión de Recursos Hídricos, dto, p. 18-28.
- Arévalo**, Gonzalo (1998): *Aspectos generales del régimen de las aguas subterráneas en Chile*, en: Seminario "Institucionalidad y Gestión del Agua" (24 de noviembre) y Jornadas "I Jornadas de Derecho de Aguas" (25 de noviembre), Santiago de Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile, Programa de Derecho Administrativo Económico.
- Aylwin**, José (1997): *Derecho consuetudinario indígena en el derecho internacional, comparado y en la legislación chilena*, en: Actas del Segundo Congreso Chileno de Antropología, Valdivia, 1995, Tomo I, p. 189-97.
- Bauer**, Carl J. (1995): *Against the current? Privatization, Markets, and State in Water Rights: Chile, 1979-1993*, Tesis doctoral, University of California/Berkeley.
- Bauer**, Carl (1997): *Bringing water markets down to earth: the political economy of water rights in Chile*, en: World Development, Vo. 25, No. 5, p. 639-56.
- Bauer**, Carl (2001): *20 años del Código de Aguas chileno: lecciones nacionales e internacionales para las reformas del Derechos de Aguas*, en: IV Jornadas de Derecho de Aguas, Pontificia Universidad Católica de Chile, Programa de Derecho Administrativo, Serie Aguas, No. 2, Santiago de Chile.
- Brown**, Ernesto (1996): *Disponibilidad de recursos hídricos en Chile en una perspectiva de largo plazo*, en: Sustentabilidad ambiental del crecimiento económico chileno, Santiago de Chile, Osvaldo Sunkel (Editor), Programa de Desarrollo Sustentable, Centro de Análisis de Políticas Públicas, Universidad de Chile.
- Brown Fernández**, Ernesto/ **Saldivia Medina**, Juan Eduardo (2000): Informe nacional sobre la gestión del agua en Chile. Santiago de Chile, enero del 2000.
- Büchi Buc**, Hernán (1992): *Principios orientadores del Esquema Económico Chileno*, en: Universidad Nacional Andrés Bello (Ed.) La Transformación Económica de Chile. Santiago de Chile, Editorial e Impresora Alborada S.A., p. 11-28.
- Calvo**, María Angélica A./ **Valdés Hernández**, Fernando/ **Lillo Zenteno**, Adrián (2001): *El mercado de aguas: análisis teórico y empírico*, en: IV Jornadas de Derecho de Aguas, Pontificia Universidad Católica de Chile, Programa de Derecho Administrativo, Serie Aguas, No. 2, Santiago de Chile.
- Campos C.**, Rubén Darío (1993): Investigación sobre constitución de derechos de aprovechamiento de aguas, autorizaciones de exploración de aguas subterráneas y mercedes de aguas, en las direcciones de aguas de Iquique y de Arica, Juzgados de Arica y de Pozo Almonte y Conservadores de Iquique, Pozo Almonte y de Arica. Iquique, Dirección Provincial de Aguas.
- Castro**, Milka (y.o.) (1991): *Cultura, Tecnología y Uso del Agua en un Pueblo Andino del Norte de Chile*, en: Revista Chilena de Antropología, No. 10, Universidad de Chile, Santiago de Chile, S. 45-69.
- Castro L.**, Milka (1997): *Agua, derechos y cultura en los Andes del Norte de Chile.- Un enfoque desde la antropología jurídica*, en: Revista Chungará, Vol. 29, No. 1, Arica, p. 63-80.
- Castro R.**, Victoria y **Martínez C.**, José Luis (1996): *Poblaciones Indígenas de Atacama*, en: Hidalgo Lehuéde, Jorge (y.o.): Etnografía, dto, p. 69-110.
- Ceroni**, Guillermo (1997): *Discurso del señor Guillermo Ceroni, diputado*, en: Contenido de sesiones - Cámara de Diputados, legislatura ordinaria N° 334, sesión N° 69, 13 de mayo (se encuentra disponible en <http://www.cam.congreso.cl/boletines/legis334/deb69.html>).
- CNR** (Comisión Nacional de Riego) (1998): Estudio integral de riego. Proyecto de aprovechamiento de aguas servidas planta de tratamiento Santiago Sur Región Metropolitana. Volumen 1, Santiago de Chile, AC Ingenieros Consultores Ltda., Geofun Ltda., Procivil Ingeniería Ltda., Asociación de Profesionales Proyecto Santiago Sur, julio.

- CONADI-Norte** (1996a): Plan Estratégico del Desarrollo Andino. Arica, N & M Ingenieros Asociados Ltda.
- CONADI-Norte** (1996b): Plan Atacameño de Desarrollo. Calama/ San Pedro de Atacama.
- CONADI-Norte** (1997): Catastro de aguas II etapa Provincia de Iquique. Tomo II. Iquique, C.E.C. Norte Ltda.
- CONADI-Norte** (2001a): Estudios de apoyo al ordenamiento de la inversión territorial en torno a los recursos hídricos de indígenas de la Región Tarapacá. Informe Técnico No. 1. Iquique, AYNI Consultores.
- CONADI-Norte** (2001b): Estudios de apoyo al ordenamiento de la inversión territorial en torno a los recursos hídricos de indígenas de la Región Tarapacá. Informe Técnico No. 2. Iquique, AYNI Consultores.
- CONADI-Norte** (2001c): Catastro de aguas desde 1993 a 2001 sobre derechos indígenas de aguas indígenas.- Provincia de Iquique. Tomo II. Iquique, C.E.C. Norte Ltda.
- CONAMA** (Comisión Nacional del Medio Ambiente) (1998): Una política ambiental para el desarrollo sustentable. Gestión integrada del recurso agua. Documento de discusión, noviembre (se encuentra disponible en http://www.conama.cl/14grandes_temas/gestion_integrada_recurso_agua.htm).
- Cuadra Lizana**, Manuel (1999): *Los derechos de agua de propiedad ancestral de las comunidades atacameñas del norte de Chile*, en: Revista de Derecho Administrativo Económico, Vol. II, No. 1, Santiago de Chile, p. 85-94.
- Deloria**, P. Sam (2001): *Indian Natural Resource Issues in an Orderly System*, en: Natural Resources Journal, Vol. 41, No. 3, University of New Mexico, Albuquerque, p. 549-60.
- Díaz Gacitua**, Miguel/ **Elgueta Riquelme**, Raúl (2001): *La Protección y Uso de las Aguas entre los Mapuches de la Araucanía. Problemas y Perspectivas para el Desarrollo Indígena*, en: Anales del III Encuentro de las Aguas, Panel 2: Políticas y Estrategias para el Desarrollo del Recurso Hídrico, Santiago de Chile, MOP/ MINAGRI/ IICA.
- División de Medio Ambiente y Desarrollo** (1998): Recomendaciones de las reuniones internacionales sobre el agua: de Mar del Plata a París. Santiago de Chile, CEPAL.
- División de Recursos Naturales y Energía** (1987): La pequeña cuenca de montaña en la gestión del desarrollo y en la conservación de los recursos naturales. Santiago de Chile, CEPAL.
- División de Recursos Naturales y Energía** (1993): Políticas de gestión integral del agua y políticas económicas. Santiago de Chile, CEPAL.
- División de Recursos Naturales y Energía** (1994): Mercados de derechos de agua: entorno legal. Santiago de Chile, CEPAL.
- Dougnac**, Fernando (1993): *Los derechos de aprovechamiento de aguas consuntivos y no consuntivos en relación con la operación de centrales hidroeléctricas*, en: III Convención Nacional de Regantes de Chile. Los Angeles, 5 y 6 de noviembre, Santiago de Chile, Confederación de Canalistas de Chile.
- Dourojeanni**, Axel (Ed.) (1997): Amanecer en los Andes. Santiago de Chile, CEPAL.
- Dourojeanni**, Axel/ Jouravlev, Andrei (1999): El Código de Aguas en Chile: entre la ideología y la realidad. Santiago de Chile, CEPAL, Serie Recursos Naturales e Infraestructura, No. 3.
- Dourojeanni**, Axel/ Jouravlev, Andrei (2001): Crisis de gobernabilidad en la gestión del agua. Santiago de Chile, CEPAL, Serie Recursos Naturales e Infraestructura, No. 35.
- Durston**, John (1993): *Los Pueblos Indígenas y la Modernidad*, en: Revista de la CEPAL, No. 51, Santiago de Chile, p. 89-101.
- Figuroa del Río**, Luís Simón (1995): Asignación y Distribución de las Aguas Terrestres. Santiago de Chile, Universidad Gabriela Mistral.
- Förster**, Rolf/ **Vergara**, Jorge Iván (2000): Etnia y nación en la lucha por el reconocimiento.- Los mapuches en la sociedad chilena, en: Américas, Bd. 14, No. 2, Viena, p. 7-93.
- Forja** (Formación Jurídica para la Acción, 1999): Guía de acción para la justicia. Tomo V: temas y legislación indígena. 2a edición. Santiago de Chile, Ministerio de Justicia.
- Gentes**, Ingo (2000a): "Agua es vida": Comunidades indígenas de agua y minera en el Norte Grande/ Chile. Berlin, Wissenschaftlicher Verlag.
- Gentes**, Ingo (2000b): *Culturas étnicas en/o conflicto: el Código de Aguas y las Comunidades Indígenas en el Norte Grande/ Chile*, en: Revista Américas, Año 4, Tomo 16, Viena/ Caracas.
- Gentes**, Ingo (2001): Derecho al agua de los pueblos indígenas en América Latina. Santiago de Chile, CEPAL, Serie Recursos Naturales e Infraestructura, No. 38.
- González-Villareal**, Fernando/ Solanes, Miguel (2001b): Los principios de Dublín reflejados en una evaluación comparativa de ordenamientos institucionales y legales para una gestión integrada del agua. Estocolmo, Global Water Partnership.

Grilli, Alejandro/ **Cortés**, Amelia (1999): Mercado de derechos de aprovechamiento de aguas y producción de agua potable para Santiago. Trabajo presentado en las Sextas Jornadas del Comité Nacional Chileno para el Programa Hidrológico Internacional (Santiago de Chile, 25 al 27 de mayo de 1999).

Hearne, Robert Raymond (1995a): The Market Allocation of Natural Resources. Transactions of Water Use Rights in Chile. Thesis for the Doctor of Philosophy, University of Minnesota.

Hearne, Robert R. y **Easter**, William K. (1995b): Water Allocation and Water Markets.- Analysis of Gains-from-Trade in Chile. Washington, World Bank Technical Papers.

Hederra Donoso, Ana (Ed.) (1960): Comentarios al Código de Aguas. Tomo I y II. Santiago de Chile: Editorial Jurídica.

Hendriks, Jan (1998): *Water as private property.- Notes on the case of Chile*, en: Boelens, R./ Dávila, G. (Ed.): Searching for equity (dto), p. 297-312.

Jaeger Cousiño, Pablo (1997): Legislación actual de Aguas y las Proposiciones para su Modificación. Santiago de Chile, MOP/DGA.

Jaeger Cousiño, Pablo (2001a): *El proyecto de modificaciones del Código de Aguas: Avances recientes y perspectivas*, en: IV Jornadas de Derecho de Aguas, Pontificia Universidad Católica de Chile, Programa de Derecho Administrativo, Serie Aguas, No. 2, Santiago de Chile.

Jaeger Cousiño, Pablo (2001b): *La asignación original de los derechos de agua en el Código de 1981: análisis crítico*, en: IV Jornadas de Derecho de Aguas, Pontificia Universidad Católica de Chile, Programa de Derecho Administrativo, Serie Aguas, No. 2, Santiago de Chile.

Jara, Octavio (1997): *Discurso del señor Octavio Jara, diputado informante de la Comisión Especial Legislativa encargada del estudio del régimen jurídico de las aguas*, en: *Contenido de sesiones - Cámara de Diputados*, legislatura ordinaria N° 335, sesión N° 67, 7 de mayo (se encuentra disponible en <http://wwwcam.congreso.cl/boletines/legis334/ses67.zip>).

Jensen, Douglas B. (1970): Chile's new Water Code and Agrarian Reform: A Case Study. Iquique: CIREN.

Kessel, Juan van (1992): Holocausto al Progreso.- Los Aymarás de Tarapacá. La Paz, hisbol.

Landerretche Gacitúa, Oscar (2001): *Consideraciones económicas sobre las modificaciones al Código de Aguas*, en: IV Jornadas de Derecho de Aguas, Pontificia Universidad Católica de Chile, Programa de Derecho Administrativo, Serie Aguas, No. 2, Santiago de Chile.

Lemereis, Jorge (1987): La lucha por el agua de los aymaras del norte de Chile. Cuadernos de Investigación, No. 20, Iquique, Centro de Investigaciones de la Realidad del Norte (CREAR), Editorial CIREN.

Lillo Vera, Rodrigo (2001): *Situación de los derechos indígenas en Chile*, en: Revista Liwen, No. 6, Centro de Estudios y Documentación Mapuche Liwen, Temuco.

Mamani Chambe, Bartolo/ **Vilca Ticuna**, Javier (1988): *La Legislación de Aguas en Chile y sus Consecuencias destructivas para la Comunidad y Cultura Aymara*, en: Actas del 46 Congreso Internacional de Americanistas. Amsterdam, Simposio: La Visión India.- Tierra, Cultura, Lengua y Derechos Humanos, p. 1-4.

Max-Neef, Manfred A. (1993): Desarrollo a Escala Humana. Red de Ecología Social (REDES)/ Amigos de la tierra, Uruguay.

MIDEPLAN (1998): Plan de saneamiento para tierras aymarás y atacameñas de la I y II Región. Santiago de Chile, elaborado por CIMPRO Consultores.

MIDEPLAN (2001): Informe Final.- Grupo de Trabajo para los Pueblos Indígenas. Santiago de Chile, Ediciones Comunicaciones MIDEPLAN/ Gobierno de Chile.

Muñoz, Bernardo (1999): Derechos de propiedad y pueblos indígenas en Chile. Santiago, CEPAL, Serie Desarrollo Productivo, No. 60.

Muñoz Ponce, Rodrigo (1997): *Algunas Reflexiones acerca del la Ley Indígena en el Ordenamiento Jurídico Nacional*, en: Revista de Abogado, Año 3, No. 11, Santiago de Chile, S. 34-42.

Muñoz, Jaime (1998): *Gestión de acuíferos. Disponibilidad técnica y jurídica de aguas subterráneas*, en: Seminario "Institucionalidad y Gestión del Agua" (24 de noviembre) y Jornadas "I Jornadas de Derecho de Aguas" (25 de noviembre), Pontificia Universidad Católica de Chile, Programa de Derecho Administrativo Económico.

Muñoz Rodríguez, Jaime (2001): *Las aguas subterráneas en el Código de Aguas de 1981*, en: IV Jornadas de Derecho de Aguas, Pontificia Universidad Católica de Chile, Programa de Derecho Administrativo, Serie Aguas, No. 2, Santiago de Chile.

Nunn, Susan Christopher y **Ingram**, Helen M. 1988): *Information, the decision forum, and third-party effects in water transfers*, en: Water Resources Research, N° 4, abril.

Nuñez Atencio, Lautaro (1985): *Recuérdalo, aquí estaba el lagar: La expropiación de las Aguas del Valle de Quisma (I Región)*, en: Revista Chungará, No. 14, Universidad de Tarapacá, Arica, p. 157-67.

Ojeda Fracei, Aldo (2001): *Los derechos de aprovechamiento en las comunidades de aguas*, en: IV Jornadas de Derecho de Aguas, Pontificia Universidad Católica de Chile, Programa de Derecho Administrativo, Serie Aguas, No. 2, Santiago de Chile.

Olivares, Jaime (1989): El problema del agua en Tarapacá. Iquique, IECTA.

Olivares Vicentelo, Lucy Gabriela (1999): Conflictividad judicial en el uso del agua en la Provincia de Iquique. Santiago de Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho.

Padilla, César (Ed.) (2000): El pecado de la participación ciudadana.- Conflictos ambientales en Chile. Santiago de Chile, Observatorio Latinoamericano de Conflictos Ambientales (OLCA)/ HIVOS/ Holanda.

Parsons Alvarez, Franklin (2001): *Las aguas en la ley 19.253 de 1993, Ley Indígena*, en: IV Jornadas de Derecho de Aguas, Pontificia Universidad Católica de Chile, Programa de Derecho Administrativo, Serie Aguas, No. 2, Santiago de Chile.

Peña Torrealba, Humberto (1996): Water Markets in Chile: What they are, how they have worked and what needs to be done to strengthen them? Washington D.C., Fourth Annual World Bank Conference on Environmentally Sustainable Development.

Peña Torrealba, Humberto (1998b): Fundamentos de las modificaciones propuestas al Código de Aguas, Santiago de Chile, ponencia Universidad de Chile, abril.

Peña Torrealba, Humberto (2001): *20 años del Código de Aguas: reflexiones desde la administración*, en: IV Jornadas de Derecho de Aguas, Pontificia Universidad Católica de Chile, Programa de Derecho Administrativo, Serie Aguas, No. 2, Santiago de Chile.

Ríos Brehm, Monica/ **Quiroz**, Jorge (1995): The Market for Water Rights in Chile. Washington, World Bank Technical Papers, No. 285.

Rosegrant, Mark W. y Renato Gazmuri (1995): *Reforming water allocation policy through markets in tradable water rights: lessons from Chile, Mexico, and California*, en: Cuadernos de Economía, Santiago de Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile, N° 97, diciembre.

Sabatini, Francisco/ **Sepúlveda**, Claudia (Ed.) (1997): Conflictos Ambientales.- Entre la Globalización y la Sociedad Civil. Santiago de Chile, LOM Ediciones.

Solanes, Miguel (1996): *Mercados de derechos de agua: componentes institucionales*, en: *Revista de la CEPAL*, No. 59, agosto, Santiago de Chile, p. 83-97.

Solanes, Miguel y **Getches**, David (1998): Prácticas recomendables para la elaboración de leyes y regulaciones relacionadas con el recurso hídrico, (No. ENV-127), Washington, D.C., Banco Interamericano de Desarrollo (BID) (se encuentra disponible en <http://www.iadb.org/sds/doc/1085spa.pdf>).

Solanes, Miguel (2001b): *Aguas subterráneas: necesidades regulatorias*, en: IV Jornadas de Derecho de Aguas, Pontificia Universidad Católica de Chile, Programa de Derecho Administrativo, Serie Aguas, No. 2, Santiago de Chile.

Stavenhagen, Rodolfo (1990): *Los Derechos Indígenas: Nuevo Enfoque del Sistema Internacional*, in: Instituto Interamericano de Derechos Humanos (Ed.) Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos.- Manual de Conferencias. San José, IIDH/ CAPEL, S. 221-58.

Stavenhagen, Rodolfo (1997): *Las Organizaciones Indígenas: Actores Emergentes en América Latina*, in: *Revista de la CEPAL*, No. 62, Santiago de Chile, S. 61-73.

Toledo Llancaqueo, Víctor (1996): Todas las Aguas, el Subsuelo, las Riberas, las Tierras. Notas acerca de la (Des)protección de los Derechos Indígenas sobre sus Recursos Naturales y Contribución a una Política Pública de Defensa. Temuco, Rehue.

Tuma, Eugenio (1996): *Discurso del señor Eugenio Tuma Zedan, diputado*, en: Contenido de sesiones – Cámara de Diputados, legislatura ordinaria N° 334, sesión N° 19, 20 de noviembre (se encuentra disponible en <http://www.cam.congreso.cl/boletines/legis334/ses19.zip>).

Urrutia, Arcadio Cerda (1994): *Algunas consideraciones sobre el mercado por derechos de agua*, en: Economía y Administración, Concepción, Chile, Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas, Universidad de Concepción, N° 43, diciembre.

Urrutia, Salvador (1997): *Discurso del señor Salvador Urrutia, diputado*, en: Contenido de sesiones - Cámara de Diputados, legislatura ordinaria N° 334, sesión N° 69, 13 de mayo (se encuentra disponible en <http://www.cam.congreso.cl/boletines/legis334/deb69.html>).

Valdés, Juan Gabriel (1995): Pinochet's economists.- The Chicago School in Chile. Cambridge, University Press.

Vergara Blanco, Alejandro (1997): *La libre Transferibilidad de los Derechos de Aguas. El Caso Chileno*, in: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 24, No. 2, Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, p. 369-95.

Vergara Blanco, Alejandro (1998a): *Estatuto Jurídico, Tipología y Problemas actuales de los Derechos de Aprovechamiento de Aguas*, en: *Estudios Públicos*, No. 69, Santiago de Chile, p. 155-205.

Vergara Blanco, Alejandro (1998b): Derecho de Aguas. Tomo I, II. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile.

Vergara Blanco, Alejandro (2001): *Las aguas como bien público (no estatal) y lo privado en el derecho chileno. Evolución legislativa y su proyecto de reforma*, en: IV Jornadas de Derecho de Aguas, Pontificia Universidad Católica de Chile, Programa de Derecho Administrativo, Serie Aguas, No. 2, Santiago de Chile.

Zañartu Rosselot, Hipólito (2001): *La caducidad del derecho de aprovechamiento de aguas por causa de desamparo: constitucionalidad de dicha forma de extensión introducida por el proyecto de reforma del Código de Aguas*, en: IV Jornadas de Derecho de Aguas, Pontificia Universidad Católica de Chile, Programa de Derecho Administrativo, Serie Aguas, No. 2, Santiago de Chile.