



**Universidad de Concepción**

**Formación**

**Permanente**

NUNCA ES TARDE PARA

**CRECER**



**CRHIAM**  
CENTRO DE RECURSOS HÍDRICOS PARA LA AGRICULTURA Y LA MINERÍA



**Universidad  
de Concepción**

# **LAS AGUAS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS: DERECHOS ANCESTRALES Y LA ACTUAL NEUTRALIZACIÓN DE SU PRETENSIÓN**

**Autores: Dra. Amaya Alvez, Dra. Verónica Delgado,  
Abogado Fernando Ochoa y Memorista Carla Cid**

**Capítulo libro Andean Hydrology, CRC Press, 2017**



Mapuche  
Aymara  
Rapa Nui o Pascuenses  
Comunidades Atacameñas  
Quechuas,  
Collas y Diaguita (2006),  
Comunidades Kawashkar o  
Alacalufe  
Comunidades Yámana o Yagán  
Changos ( Convenio 169 OIT  
art.1º)

Son sociedades permanentes

Riqueza y pluralidad de un Estados

Exige asegurar un plano de igualdad

# Pueblos Originarios en Chile

- ▣ Chile tiene 9 pueblos originarios legalmente reconocido desde el año 1993 y a nivel de catálogo de DDFP desde el año 2009.
- ▣ Los pueblos originarios son sociedades permanentes. Respecto de la presencia de pueblos Indígenas en Chile hoy, el último censo correspondiente al año 2017, indica que la población que declara su pertenencia a algún pueblo originario asciende a 2.185.792 millones de personas, mayoritariamente Mapuche en un 79,8% por ciento. Se trata de un 12,8 por ciento del total de la población estimada a nivel nacional.
- ▣ Resultados disponibles en [www.censo2017.cl](http://www.censo2017.cl)

## 2. La Organización Internacional del Trabajo (OIT)

[www.ilo.org](http://www.ilo.org)

- ♦ La **Organización Internacional del Trabajo (OIT)** es un organismo especializado de las [Naciones Unidas](#) que se ocupa de los asuntos relativos al [trabajo](#) y las [relaciones laborales](#).
- ♦ Fue fundada el [11 de abril](#) de [1919](#), en el marco de las negociaciones del [Tratado de Versalles](#). Su Constitución, sancionada en 1919, se complementa con la [Declaración de Filadelfia](#) de [1944](#).
- ♦ La OIT tiene un gobierno [tripartito](#), integrado por los representantes de los gobiernos, de los sindicatos y de los empleadores.
- ♦ Su órgano supremo es la [Conferencia Internacional](#), que se reúne anualmente en junio. En [2003](#) fue reelegido para el cargo de Director General el [chileno Juan Somavía](#), quien se mantuvo hasta 2012 en que lo sucedió el británico Guy Ryder. La sede central se encuentra en [Ginebra](#) ([Suiza](#)).
- ♦ En [1969](#) la OIT recibió el [Premio Nobel de la Paz](#). Está integrado por 185 estados nacionales (2012). No tiene potestad para sancionar a los gobiernos.

# Países que han ratificado el convenio 169 de la OIT



# Diferencias entre Convenio 107 ( 1957) y Convenio 169 ( 1989)

Convenio 107 (1957)	Convenio 169 ( 1989)
Idea era que pueblos indígenas y tribales desaparecerían con la modernización	Basado en la creencia que pueblos originarios son sociedades permanentes
Poblaciones indígenas y tribales	Pueblos indígenas y tribales
Principal acento es en la integración	Reconoce y respeta la diversidad étnica y cultural

# Tierras y Territorios Indígenas

**De acuerdo al artículo 13 del Convenio N°169 de la OIT**, al aplicar las disposiciones de esta aparte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.

2. La utilización del término "tierras" en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.



# Consulta y recursos naturales

## **Conforme al artículo 15 del Convenio N°169 de la OIT.**

1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de estos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.
2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en la tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en que medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en las tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

# Estándares Internacionales DDHH

- ▣ Pueblos Originarios, Primeras Naciones o Pueblos Indígenas como categoría jurídica (B. Kingsbury)
- ▣ Derechos Colectivos
- ▣ Sujetos de Derecho Internacional
- ▣ Numerosos documentos internacionales:
  - ▣ Convenio 169 OIT (1989)
  - ▣ Declaración ONU 2007
  - ▣ Declaración OEA 2016

## Fuentes de legitimidad del Derecho Ancestral Indígena

- 1) Reconocimiento Pueblos Originarios por parte del Estado en su Constitución (nunca, actual PCI)
- 2) Reconocimiento de tratados entre colonizadores y Pueblos Originarios (ej. Tapihue 1825)
- 3) Reconocimiento Derecho Propio Indígena (derecho de fuente no estatal)

# Características Derecho Ancestral como Derecho Propio en el DIDDDH

- ▣ 1) Carácter colectivo (ej. propiedad)
- ▣ 2) Ejercicio sobre un espacio físico amplio /hábitat
- ▣ 3) Título histórico e inmemorial

# Reconocimiento Constitucional y Legal de los Derechos Ancestrales sobre las Aguas en Chile

- **C'80 artículo 19 n° 24 inciso 11 establece 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”.**
  
- **Uso inmemorial o ancestral:**
  - Usos consuetudinarios DL 2603 (1979)
  - Usos mínimos y limitados
  - Derechos comunidades agrícolas
  - Derechos adquiridos por prescripción
  - Aguas Ancestrales Comunidades Indígenas Art 64 Ley 19.253

# Modelo Código de Aguas 1981

- ▣ **Objetivo es registrar toda “transacción” realizada respecto de los derechos sobre aguas, lo cual inicia, por supuesto, con su constitución**
- ▣ **La autoridad no puede negarse a otorgar los derechos, de tal manera que si se cumple con todos los requisitos legales debe emitir el acto administrativo, el que a su vez será reducido a escritura pública e inscrita en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces competente y en el Registro Público de Derechos de Aprovechamiento de Aguas del Catastro Público de Aguas - en adelante CPA - a cargo de la DGA.**

# Saneamiento y regularización

## Derechos de Agua

- ▣ D.L N° 2.603 de 1979 quien reconoce explícitamente al usuario como dueño del derecho/ Ley 20.017 (2005)  
Usos consuetudinarios Aguas subterráneas
- ▣ **Además, al ser “reconocidos”, el acto jurisdiccional que los sana tiene la característica de ser título declarativo, o sea de aquellos que se limitan a constatar una situación preexistente**
- ▣ La distribución de las aguas se encuentra sujeto a su origen, en este caso el uso, por tanto las características del derecho se limitarán a constatar el uso efectivo previo de los usuarios (A. Vergara)

# Agua como bien nacional de uso público

- ▣ Debate por aplicación C'80 Art 19 N° 23 y 24
- ▣ Ley 20.411 (2009)
- ▣ Se exceptúan las comunidades indígenas Art. 5 transitorio Ley 20.017
- ▣ **TC Causa rol 2512 – 2013**

**“ Reconoce que es posible establecer diferencias en el acceso al recurso hídrico sobre la base de un interés público”**

Reforma al Código de Aguas no incorpora ni jerarquiza las aguas ancestrales PPOO

# Comunidades Indígenas Andinas

- **Ley 19.253 en el Título VIII párrafo 2° que establece “Disposiciones Particulares Complementarias para los Aimaras, Atacameños y demás Comunidades Indígenas del Norte del País” Arts. 62-64.**
- De esta forma se configura el derecho legal de las comunidades andinas sobre ciertas aguas, reconociendo el uso ancestral del recurso hídrico, cuya base jurídica es el derecho propio indígena. Aylwin *et al* (2013) P. 171



# Pueblos Originarios Andinos



# Casos “Toconce” y “Chusmiza y Usmagama”

▣ Fallos CS Rol 968-2003 y Rol 2840 – 2008

Derechos se extienden al hábitat Pueblos Indígenas

Derechos Colectivos

Derechos ancestrales sobre el agua

Derechos preexistentes a cualquier acto de autoridad

Obligación implementación DGA y CONADI

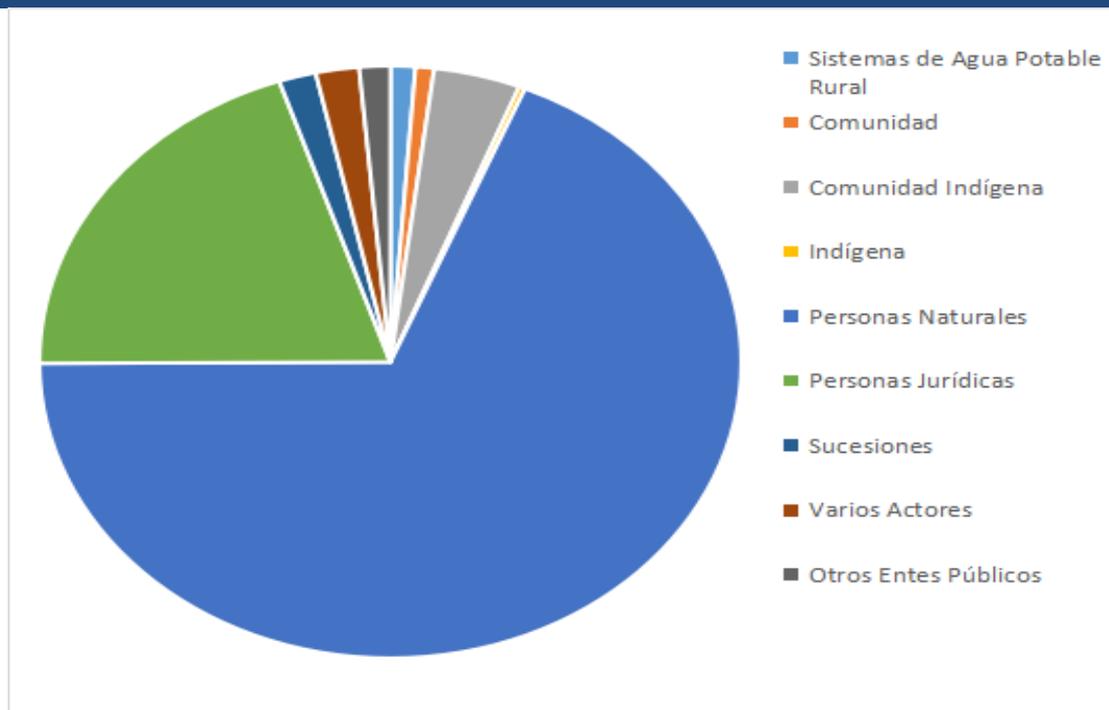
# Tensión con características derechos ancestrales de agua de Comunidades Indígenas Andinas

- ▣ **Ámbito geográfico**
- ▣ **Uso consuetudinario**
- ▣ **Uso comunitario**

# Práctica Regularizaciones

- ▣ **Art. 2 transitorio Código de Aguas**
- ▣ **Celebración Convenios de Regularizaciones DGA y CONADI**
- ▣ **Crítica por “adecuación” a derechos ancestral indígena sobre las aguas**

# Proyecto Judicialización Recursos Hídricos CRHIAM



- Para el año 2014 de un total de 845 sentencias, 9 casos con actor comunidad indígena, todos son casos de regularización en un universo de 499 para ese año.

# Proyecto Judicialización Recursos Hídricos CRHIAM

Tabla N° 2. Procedimientos de regularización año 2014

Actor	Número
Sistemas de Agua Potable Rural	6
Comunidades Indígenas	9
Organizaciones de Usuarios de Aguas	1
Personas Jurídicas	64
Personas Naturales	405
Sucesiones	9
Varios Actores	4
Total	499

# Reflexión I

- Uno de los aspectos más interesantes que permitió inferir el proyecto de judicialización fue la utilización del concepto “aguas ancestrales” con un contenido muy alejado de lo descrito como parte del derecho propio indígena.
- El proyecto de judicialización dio cuenta que en el año 2013 se utilizó el término “ancestral” respecto de las aguas en 29 sentencias, 27 de ellas son regularizaciones, 1 sentencia es un amparo de aguas y 1 sentencia corresponde a un procedimiento sancionatorio. **Sin embargo, en la mayoría de los casos el término “ancestral” fue ventilado en procedimiento en que sólo estuvieron involucrados chilenos y para reclamar derechos de aprovechamiento de aguas.**

# Proyecto Judicialización Recursos Hídricos CRHIAM

Tabla n°3. Uso del término aguas ancestral en los fallos 2014

Ganancioso	Número
Comunidades Indígenas	4
Personas Naturales	10
Sucesiones	1
Personas Jurídicas	2
Sociedades Civiles	1
Sistemas de Agua Potable Rural	1
Total	19

# Reflexión II

- ▣ Los usos de las aguas ancestrales de parte de las comunidades se encuentran dentro de los derechos reconocidos *ipso jure* en nuestra legislación, tanto por la ley 19.253 como por la Constitución Política del Estado, de forma que el procedimiento tiene solo un fin de certeza jurídica no lo crea ni constituye, así ha sido entendido y declarado por los tribunales nacionales, y concuerda con las característica de título ancestral en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
- ▣ Por el hecho de no existir un procedimiento instruido por ley, o por la administración siguiendo lo dispuesto en el artículo 3 transitorio de la ley indígena, es que se aplica de forma supletoria lo dispuesto en el artículo 2 transitorio del Código de Aguas, lo cual como ya hemos mencionado modifica los requisitos dictaminados por el artículo 64 de la ley indígena y no se adapta a las características de un título de propiedad ancestral, ni a las obligaciones de los Estados para con las comunidades.

# Alternativas procedimentales

- ▣ 1) Acción declarativa de mera certeza
- ▣ 2) Nulidad de derecho Público