

INFORME DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS

TERRITORIO PEWENCHE

ALTO BIOBIO

Por medio de este informe, las comunidades pewenches del territorio de Alto Biobio, damos a conocer la actual problemática que nos afecta como territorio, y que dice relación con nuestras aguas, específicamente, lo que la legislación chilena denomina como “Derechos de Aprovechamiento de Aguas”.

A su vez, establecimos diferentes acciones que, como territorio, hemos definido para resguardar nuestros derechos ancestrales, solicitando, desde ya, vuestra colaboración, apoyo y compromiso con nuestro pueblo y territorio, velando por el cumplimiento del ordenamiento jurídico nacional e internacional que nos ampara.

ANTECEDENTES:

1. Que, en nuestro territorio, existen 12 comunidades indígenas, perteneciente al Pueblo Mapuche – Pewenche, que se encuentran constituidas ancestralmente desde tiempos inmemoriales, ubicados en la Comuna de Alto Biobio, Región del Biobio. En este sentido, conviene indicar que el pueblo Mapuche está constituido por comunidades, linajes, asociaciones y personas naturales indígenas que habitan gran parte del territorio nacional, particularmente las regiones del Biobio, Araucanía, Los Ríos y Los Lagos. Sin embargo, su reconocimiento legal recién se produjo en el año 1993 con la promulgación de la Ley Indígena N°19.253, la cual prescribe en su artículo 1° que: *“el Estado reconoce que los indígenas de Chile son los descendientes de las agrupaciones humanas que existen en el territorio nacional desde tiempos precolombinos, que conservan manifestaciones étnicas y culturales propias siendo para ellos la tierra el fundamento principal de su existencia y cultura. El Estado reconoce como principales etnias indígenas de Chile a: la Mapuche....”*. Ahora bien, a partir de los primeros registros se sabe que “pewenche” es una palabra usada por los mapuches para referirse a las poblaciones indígenas que habitan las cordilleras andinas en que abundan los bosques de araucaria, y que se alimentan primordialmente de su fruto, el piñón. El vocablo los designa como gente de la araucaria (pewen=araucaria y che=gente), debido a la enorme relevancia que posee este árbol, y el territorio cordillerano en que se encuentra esta identidad. En la actualidad, diversos historiadores, etnólogos y antropólogos coinciden en esta terminología, destacando lo señalado por el investigador Eduardo Téllez, que señala: *“las tribus mapuches del llano designaban como pehuenches a facciones aborígenes que tenían por hábitat la extensa faja de araucarias andinas, y cuyo sistema productivo ponía fuerte acento en la recolección estacional de su fruto (conocido como nguillío)”*, complementariamente, nos entrega un breve acercamiento a sus principales características como pueblo, señalando: *“fragmentados en bandas a cuya cabeza se encontraban caciques dotados de escasa autoridad, los pehuenches primitivos amoldaron su existencia a un modo de vida que dependía fuertemente de la cosecha del piñón, además de la recolección de otros frutos, tallos y raíces tuberculosas; situación que no impedía que fuesen también activos cazadores de guanacos, avestruces, ciervos y otras especies, fauna que capturaban mediante flechas y bolcadoras. Su movilidad anual se circunscribía preferentemente a la verde cinta de araucarias andinas extendidas entre los volcanes Laja y*

Lanín. Poblaban los valles y cuencas intercordilleranas más aptos para el sostenimiento de un sistema de vida predatorio, pudiendo, como lo demostrarían los pewenches araucanizados, desplazarse temporalmente entre las piñalerías alteñas y los cazaderos situados en valles interiores, sin tener que retirarse obligatoriamente del bastión andino". Se logra identificar los elementos más relevantes que definen la cultura pewenche al momento de los primeros contactos con cronistas europeos, se trataba de bandas de cazadores-recolectores trashumantes que habitan la Cordillera de los Andes, específicamente, en las regiones donde abundan los bosques de araucaria.

2. Que, los principales rasgos que definen a los pewenches, entonces, son su vínculo con el árbol de la araucaria y con la parte cordillerana andina donde se encuentra en abundancia este árbol. El historiador Mario Orellana, señala que, *"hay entonces, dos rasgos que nos interesa destacar de estos indígenas: la recolección de piñones y el dominio de los lugares cordilleranos y de los bosques de araucarias por tradición familiar..."*, destacable, es que desde tiempos remotos se reconoce el dominio de los pewenches respecto a sus territorios y recursos naturales que utiliza, los que determinan sus costumbres y rasgos culturales más profundos. Su conexión con el territorio les permite su subsistencia y asegura su adecuada protección, equilibrio ecológico y propender a su ampliación como pueblo.

3. Que, tal vez, el elemento más destacable entre las continuidades culturales que muestran los pewenches contemporáneos, con respecto a sus ancestros, es la permanencia de la trashumancia. Esta se practica hoy en día entre la vivienda más permanente de la invernada, en las zonas bajas cercanas a los ríos, y el puesto de veranada, en lo más alto de la cordillera, donde abunda la araucaria. Otro elemento del ciclo anual de movilidad Pewenche que también mantiene son los viajes para intercambiar o comercializar los piñones y otros productos, los que fueron observados por los primeros cronistas del siglo XVI, y continúan en los viajes periódicos de los pewenches a Antuco, Mulchén y la Argentina.

4. Que, nuestra relación con el territorio, la trashumancia estacional, la recolección del piñón, la caza y la comercialización con otros territorios, constituyen los rasgos culturales que caracterizan más claramente a nuestro pueblo y que además, componen los elementos diferenciadores de otras poblaciones indígenas. Rasgos culturales que hasta el día de hoy se mantienen, a excepción de la caza, que con la extinción del guanaco y el ñandú, dio paso a la adopción de la ganadería como medio de subsistencia. Así, resulta sumamente destacable la presencia permanente de la identidad pewenche entre las comunidades indígenas que hoy pueblan las cordilleranas en que crece la araucaria, concentradas en las comunas de Alto Biobío y Lonquimay, así como en algunas localidades argentinas. Que, en la actualidad la fuerte relación que mantienen los pewenches con la araucaria, y con su territorio en general, se expresa también en el ámbito de las creencias y rituales. Se hacen presentes en las rogativas, como el *"nguillatún"*, en los comportamientos aceptables de recolección e intercambio de los piñones, en los cuentos o leyendas. El *nguillatún* es practicado por los pewenches de una forma particular, diferente a cómo lo practican los mapuches del valle: para los pewenches el sol es *"chao ngenechen"* y por eso lo representan a través de una bandera amarilla, que consideran sagrada; en el altar del nguillatún (*"rewe"*) el árbol sagrado es la araucaria y no el canelo; el *"choiquepurrun"* o baile del ñandú domina el nguillatún pewenche, mientras que en los nguillatunes mapuches apenas se practica.

5. Por otro lado, es importante resaltar, que, el “Chedungun” es nuestra propia lengua. Al respecto, en el informe del proyecto denominado “Vitalidad Lingüística del Chedungun en Adolescentes del Liceo Intercultural Bilingüe de Alto Biobío” desarrollado por Académicos de la Universidad del Biobío y docentes de las escuelas y liceo de la comuna de Alto Biobío, realizado desde octubre del año 2017, destaca que un 45,5% de los estudiantes del Liceo Ralco se pueden clasificar como hablantes competentes del Chedungun, porcentaje obtenido en relación a que el 22% posee un nivel lingüístico alto, similar al de las autoridades tradicionales de las comunidades indígenas como los *lonkos*, *kimches* y *lawentuchefe*, nivel que es de sumo beneficio para el desarrollo de la lengua y la cultura pewenche. A su vez, a modo de conclusión determina que, a lo menos, el 58,5% de los estudiantes del Liceo Intercultural Bilingüe de Ralco se encuentra entre los niveles básicos, medio y alto, como hablantes competentes de la lengua del chedungun, sin perjuicio del 35,25% que si bien no habla, posee una gran comprensión lingüística del mismo.

6. Que, actualmente, los indicadores demográficos señalan que la población de Alto Biobío, asciende a un total de 5.923 habitantes. (Fuente: Censo de Población y Vivienda 2017, INE.). De estas, 2.887 corresponden a mujeres y 3.036 a hombres. Ahora bien, según información extraída del mismo Censo, la población perteneciente a pueblos originarios asciende a un 86% del total de población comunal. En este orden de cosas, el artículo 7° de la Ley N°19.253, establece que “*El Estado reconoce el derecho de los indígenas a mantener y desarrollar sus propias manifestaciones culturales, en todo lo que no se oponga a la moral, a las buenas costumbres y al orden público. El Estado tiene el deber de promover las culturas indígenas, las que forman parte del patrimonio de la Nación chilena*”.

7. A mayor abundamiento, nuestro territorio, que a su vez coincide con los límites de comuna de Alto Biobío, ha sido declarada “Área de Desarrollo Indígena”, a través del decreto N°93, de 1997, del entonces Ministerio de Planificación y Cooperación. Señala el presente decreto; “*que, el Área del Alto Bío Bío, compuesta por los valles de Queuco y Trapa Trapa y una sección del valle de cordillera del río Bío Bío, ha sido un territorio habitado ancestralmente por comunidades mapuches-pehuenches, cuyos antecedentes históricos se remontan al Siglo XVI y a sitios arqueológicos que testimonian la antigua data del poblamiento indígena. Que, el área del Alto Bío Bío presenta una alta densidad de población mapuche, la cual representa aproximadamente el 73,4% del total de habitantes del sector y el 30,1% de la población comunal, con un número no inferior a las 5.000 personas. Que, de conformidad a la Ley N° 19.253, se reconocen en la zona del Alto Bío Bío, comunidades indígenas indivisas con títulos de merced vigentes y comunidades indígenas con personalidad jurídica constituidas en conformidad a la ley, y personas naturales mapuches; y que en la actualidad son propietarias de aproximadamente 64.000 hectáreas de superficie, sin perjuicio del uso de otras tierras en tareas tradicionales de pastoreo y recolección de piñones, que aumenta la cabida del territorio en el cual hay presencia indígena. Que, las comunidades indígenas mapuches del Alto Bío Bío se encuentran localizadas en un área de homogeneidad ecológica de ambiente cordillerano, compuesta por dos cuencas hidrográficas principales, Queuco y Bío Bío, por un sistema de valles y cordilleras, por la existencia de vegetación nativa integrada por bosques de araucarias, asociaciones de ciprés, coigüe, lenga y ñirre y especies del bosque esclerófito. Que, la estrecha vinculación de las comunidades mapuches-pehuenches con el medio ambiente, está dada por actividades silvoagropecuarias y por el uso del territorio en la forma de ocupación de pisos*

ecológicos complementarios, basados en el sistema de trashumancia entre la invernada y veranada. Que, los integrantes de dichas comunidades viven en condiciones de extrema pobreza, lo cual se expresa en insuficiencia de ingresos, deficiencias alimenticias, precarias condiciones de vivienda y graves problemas de salud, que requieren para su superación de una coordinación efectiva de los programas que el Estado desarrolla en la zona, así como de la orientación de la inversión privada que allí pueda realizarse. Que, resulta imperioso para este espacio territorial que los organismos de la administración del Estado, focalicen su acción en beneficio del desarrollo 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". En este decreto, el Estado reconoce la pre-existencia de nuestro pueblo, lo que conlleva completo sistema de protección de nuestros derechos culturales y territoriales.

8. Que, las comunidades pewenches de nuestro territorio, con la entrada en vigencia de la Ley N°19.253, que Establece Normas Sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas, y Crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, se constituyen legalmente conforme a lo señalado en sus artículos 9° y 10°, el 19 de Junio de 1995. Cabe señalar, que estas comunidades se encuentran protegidas por la Ley N°19.253, recién mencionada, la cual en su artículo 1° inciso 2° dispone los principios generales de protección a sus miembros en los siguientes términos: *"El Estado valora su existencia por ser parte esencial de las raíces de la Nación chilena, así como su integridad y desarrollo, de acuerdo a sus costumbres y valores. Es deber de la sociedad en general y del Estado en particular, a través de sus instituciones respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades, adoptando las medidas adecuadas para tales fines y proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación"*.

9. Que, es menester indicar, que el pueblo mapuche – pewenche históricamente ha mantenido una estrecha vinculación con su medio ambiente de bosques, ríos, quebradas, lagunas y montañas, a través de actividades agrícolas, de recolección de vegetales y ganaderas, del aprovechamiento racional del recurso hídrico, y especialmente en actividades de pastoreo, todas las cuales, son esenciales a la cultura y supervivencia de los pewenches. Una manifestación de lo anterior es que los principales asentamientos pewenches están todavía ubicados en los mismos sitios hace milenios, los que hoy constituyen sitios patrimoniales de gran valor y antigüedad.

10. Que, se ha constatado, que diferentes personas, naturales y jurídicas, ajenas a nuestros territorios, comenzaron a realizar una serie de solicitudes de derechos de aprovechamiento de aguas, tanto consuntivas como no consuntivas, respecto de esteros, vertientes y ríos que son nuestros desde tiempos inmemoriales, y que por derecho consuetudinario ancestral hemos utilizado de generación en generación. En la actualidad, tanto el derecho nacional como el derecho internacional ampara, resguarda y garantiza nuestros derechos ancestrales, tal como se explicará más adelante. Bajo este marco regulatorio y basado en el actual modelo de economía abierta a los mercados globales, basada en la explotación de recursos naturales vigente en el país, gran parte de las tierras y los territorios de propiedad legal y/o ancestral de los pueblos indígenas, han sido seriamente amenazados por la gran expansión de proyectos extractivos, productivos o de infraestructura vinculados a la utilización del agua. La gran mayoría de estas iniciativas pertenecen a corporaciones privadas que desarrollan actividades tales como, principalmente, la industria

forestal, las empresas hidroeléctricas, la industria salmonera, las prospecciones mineras y las exploraciones de geotermia.

11. Que, hasta el año 1990, la situación de los pueblos indígenas en Chile era muy compleja, vivían en condiciones de exclusión y discriminación en comparación con el resto de la población. Esta historia se remonta a los procesos de expansión y ocupación territorial que el Estado de Chile llevó a cabo desde mediados del siglo XIX hasta principios del siglo XX, que despojaron a los pueblos indígenas de sus tierras, y los confinaron en espacios reducidos. En general, hasta 1990, estos procesos de reducción o reservas fueron la tónica en la relación de los pueblos indígenas con el Estado. Estos procesos, cuya forma variaba según los pueblos indígenas y las zonas geográficas, fueron similares en cuanto a que despojaron de sus territorios a los pueblos indígenas. En el norte del país, lo que se llamó la *chilenización del norte*, quitó a estos sus territorios y recursos naturales, que pasaron a formar parte de empresas estatales. En el centro y sur del país, el proceso conocido como *Pacificación de la Araucanía* supuso también una importante pérdida de tierras colectivas para el pueblo Mapuche, que pasaron en este caso a manos privadas. De esta manera, los pueblos indígenas se fueron empobreciendo, y permanecieron ausentes del discurso nacional, que en gran medida se refiere a ellos en relación al pasado histórico, como los habitantes originales del país.

12. Que, a comienzos de la década de los noventa, las demandas de los pueblos indígenas fueron incorporadas al programa de gobierno de la Concertación de Partidos por la Democracia y, el 1 de diciembre de 1989, el entonces candidato presidencial de ese conglomerado político, Patricio Aylwin, firmó con representantes indígenas el "*Pacto de Nueva Imperial*". Los principales compromisos contraídos fueron: el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, la creación de una Corporación Nacional de Desarrollo Indígena y de un fondo de etnodesarrollo; la promulgación de una ley indígena y la ratificación del Convenio N°169 de la OIT. Actualmente, en Chile el tema indígena ha alcanzado mayor relevancia, tanto por la creciente difusión de la movilización y las demandas de los propios movimientos indígenas, como por las acciones llevadas a cabo por los gobiernos de las últimas dos décadas en relación con esta cuestión, promoviendo la creación de un nuevo marco institucional para las relaciones entre el Estado y los pueblos indígenas.

13. Que, en el año 2007, Chile votó a favor de la adopción de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y ratificó, al año siguiente, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el cual entró en vigencia el 15 de septiembre del año 2009. Ambas acciones le han significado al Estado de Chile generar gestiones que se encaminan hacia la generación de espacios de consulta y participación en cumplimiento de la Declaración y el Convenio. Por otro lado, ambos instrumentos han entregado un marco jurídico de amparo a los derechos de nuestros pueblos originarios, derechos ancestrales cuyo deber del estado es garantizar su pleno ejercicio.

14. Por consiguiente, una vez más nuestro pueblo mapuche - pewenche debe enfrentar la vulneración de sus derechos ante la ineficiencia de las autoridades e inacción del Estado de Chile ante el desconocimiento de nuestros derechos ancestrales y territoriales.

DERECHOS QUE AMPARAN:

1. DEBER DE CONSULTA INDÍGENA.-

De acuerdo a lo señalado en el Artículo 6° N° 1 y N°2 del Convenio N°169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, de la Organización Internacional del Trabajo, se garantiza el **“deber del estado a la consulta indígena”**, al señalar:

“1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

- a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;*
- b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;*
- c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.*

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

Cabe señalar, que el Convenio N°169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes es un tratado internacional, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en 1989. El Congreso Nacional, lo aprobó y desde el 15 de septiembre de 2009 forma parte de la legislación chilena. La ratificación de este Convenio se produjo a raíz de la firme demanda de los pueblos indígenas y luego de un largo debate parlamentario que se prolongó durante más de 15 años. De esta manera, en enero del año 1991 se presentó en el Congreso Nacional el primer proyecto para aprobar la ratificación del Convenio, con objeto de cumplir con los compromisos suscritos con anterioridad con los pueblos indígenas en el “Acuerdo de Nueva Imperial”. Recién en octubre de 2008, tras un largo proceso legislativo, se promulgó en Chile el Convenio núm. 169 de la OIT, que entró en vigor en septiembre de 2009. Cabe indicar, que el debate parlamentario fue muy intenso, e incluyó el pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre el Convenio en dos ocasiones. Es importante destacar, que en Chile se ha producido una judicialización del Convenio N°169 de la OIT, en especial en lo que respecta a la consulta previa. De esta forma, los tribunales chilenos se han pronunciado en numerosas ocasiones en relación con la aplicación del derecho de consulta indígena, interponiendo recursos y demandas de personas y comunidades indígenas que reclaman la correcta aplicación de la consulta previa en decisiones administrativas relativas a proyectos de desarrollo que afectaban sus territorios. Ahora Bien, cabe mencionar, que existe un departamento denominado “Unidad de Asuntos Indígenas”, dependiente de la Subsecretaría de Servicios Sociales del Ministerio de Desarrollo Social, que es el organismo gubernamental que tiene como principal misión velar por la aplicación del Convenio N°169 en Chile. Esta Unidad cumple las funciones de ser la oficina especialista en temas relacionados con el Convenio N°169 y asesora a los diversos organismos públicos en cuanto a la ejecución de los procesos de consulta.

En términos sencillos, el artículo 6° recién señalado, establece que se deberá consultar a los pueblos originarios o indígenas, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente. Este aspecto es central, puesto que obliga al Estado a establecer un mecanismo de consulta, que considere las instituciones representativas de los pueblos, para que puedan participar libremente en las decisiones que les afecten. Se establece que las consultas deberán ser llevadas a cabo de buena fe, con el objeto de lograr el consentimiento o llegar a un acuerdo sobre la medida propuesta. La consulta siendo un derecho para los pueblos indígenas constituye una obligación para los Estados, se trata de un “deber – derecho”.

En este orden de cosas, es útil señalar que la consulta indígena consagrada en el Convenio 169 de la OIT, ha sido reglamentada mediante el Decreto Supremo N°66 que Aprueba el Reglamento que Regula el Procedimiento de Consulta Indígena, que entro en vigencia el 04 de marzo del año 2014, y el cual establece un estándar mínimo de procedimiento aplicable, considerando además que su interpretación fidedigna está dado por el Convenio 169 de la OIT y la interpretación que de él realiza la Comisión de expertos en aplicación de tratados de la OIT y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de DDHH. Este decreto en su artículo 2°, al respecto, señala: *“la consulta es un deber de los órganos de la Administración del Estado y un derecho de los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados directamente por la adopción de medidas legislativas o administrativas, que se materializa a través de un procedimiento apropiado y de buena fe, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas susceptibles de afectarlos directamente y que debe realizarse de conformidad con los principios recogidos en el Título II del presente reglamento”*, es decir, el Decreto Supremo N° 66 regula el procedimiento de consulta indígena en caso de medidas administrativas o legislativas que afecten a pueblos indígenas. Asimismo, dispone que el presente reglamento se aplique a los ministerios, las intendencias, los gobiernos regionales, las gobernaciones y los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa.

En esta tesitura, el Decreto N°66, nos entrega la definición de medidas administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, según lo dispone su artículo 7°, inciso 3°, al señalar, *“son medidas administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas aquellos actos formales dictados por los órganos que formen parte de la Administración del Estado y que contienen una declaración de voluntad, cuya propia naturaleza no reglada permita a dichos órganos el ejercicio de un margen de discrecionalidad que los habilite para llegar a acuerdos u obtener el consentimiento de los pueblos indígenas en su adopción, y cuando tales medidas sean causa directa de un impacto significativo y específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales, afectando el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas”*. A mayor abundamiento, el artículo 7° inciso final del Decreto N°66, señala que *“las medidas administrativas que no producen una afectación directa respecto de los pueblos indígenas no estarán sujetas a consulta, como sucede con aquellos actos que no producen un efecto material o jurídico directo respecto de terceros, como ocurre con los dictámenes, actos de juicio, constancia o conocimiento, así como los actos que dicen relación con la actividad interna de la*

Administración, como los nombramientos de las autoridades y del personal, el ejercicio de la potestad jerárquica o las medidas de gestión presupuestaria”. Esta idea, es acogida por Causa Rol N°1356-2017, Corte de Apelaciones de Antofagasta, confirmada por la Corte Suprema en Rol N°35629-2017, señalando expresamente que, “en ese escenario, el artículo 7 del D.S. 66, Reglamento de Consulta General, para la determinación de la susceptibilidad de afectación directa, exige un impacto significativo y específico, puesto que el bien jurídico protegido por la consulta previa es la diversidad cultural que podría verse afectada de una manera particular que los demás individuos no alcanzan a captar justamente por pertenecer a otra cultura, lo que implica que si una medida que se prevé dictar puede afectar de manera directa o indistinta a quienes pertenecen a un pueblo indígena y a quienes no pertenecen a uno de ellos, entonces no procede realizar una consulta previa, marco dentro del cual es obligación del Estado probar a través de las respectivas pericias antropológicas y otros medios que la consulta previa no es necesaria dado que está establecida en beneficio de los pueblos originarios”.

Por otro lado, creemos oportuno señalar, que de acuerdo al estándar internacional del derecho a la consulta de los pueblos indígenas, se deben respetar al menos los siguientes principios: a) la consulta debe ser previa a la toma de decisiones públicas que puede afectar a los pueblos indígenas. b) debe llevarse a cabo de buena fe. c) llevarse a cabo a través de procedimientos apropiados.

a. La Consulta debe ser previa. la necesidad de que la consulta sea previa se traduce en que es un mecanismo que permite la participación directa de los pueblos indígenas en los asuntos que les afecten y, al mismo tiempo un modo de visibilizar los impactos de dichas decisiones en un contexto de interculturalidad. Sin lugar a dudas, este requisito no ha sido observado por el organismo administrativo Dirección General de Aguas.

b. Es de buena fe. esto implica que todo el proceso debe estar orientado hacia obtener el acuerdo o consentimiento de los pueblos interesados y no concebirse como una mera audiencia o entrega de información. De esta forma la consulta debe concebirse como un proceso complejo y sistemático que debe incluir fórmulas para recoger las observaciones, acuerdos y disensos de las propuestas gubernamentales.

c. A través de procedimientos apropiados: el requisito de que las consultas se lleven a cabo mediante procedimientos apropiados supone que las consultas deben tener lugar en un clima de confianza mutua. En general, es necesario que los gobiernos reconozcan a las organizaciones representativas, y ambas partes deben procurar llegar a un acuerdo, efectuar negociaciones genuinas y constructivas, evitar demoras injustificadas, cumplir con los acuerdos pactados y ponerlos en práctica de buena fe. Además, los gobiernos deben hacer lo necesario para que los pueblos indígenas cuenten con toda la información pertinente y puedan comprenderla en su totalidad. Debe darse tiempo suficiente a los pueblos indígenas para que organicen sus propios procesos de toma de decisiones y participen efectivamente en las decisiones adoptadas, de modo acorde con sus tradiciones culturales y sociales. Por lo tanto, consultar suele equivaler a establecer un diálogo intercultural. Ello supone poner verdadero empeño en entender cómo funcionan las culturas y los procesos tradicionales de adopción de decisiones de los pueblos indígenas, y adaptar la forma y fijar el momento oportuno de la consulta en consonancia.

2. DERECHOS TERRITORIALES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS.-

En segundo lugar, señalamos lo dispuesto en los artículos 13° y siguientes del Convenio N°169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, de la Organización Internacional del Trabajo, que dan la debida protección a los derechos que recaen sobre las tierras y recursos naturales que poseen los pueblos indígenas. Al respecto el artículo 13° señala: “1° Al aplicar las disposiciones de esta parte 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”. Además, su artículo 14° señala que “1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes 2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión. 3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.”.

Al respecto, el Manual del Convenio N°169, para Comprender el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989, de la Organización Internacional del Trabajo, el cual fue dictado para facilitar a los países de la organización una “herramienta práctica con el objetivo de comprender mejor la importancia, el alcance y las implicaciones del Convenio y para fomentar esfuerzos conjuntos para su aplicación”, y nos ha expuesto, que: “el Convenio reconoce un derecho amplio de los pueblos indígenas a las tierras y a los recursos que tradicionalmente ocupan y utilizan. El Convenio otorga importancia al concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos indígenas ocupan. El reconocimiento del derecho a las tierras se fundamenta en la ocupación tradicional, que comprende la tierra donde los pueblos indígenas vivieron a lo largo del tiempo y que desean transmitir a las generaciones futuras. Por ende, el establecimiento de los derechos de los pueblos indígenas sobre las tierras se fundamenta en la ocupación y en el uso tradicional, y no en un eventual reconocimiento o en el registro legal oficial de dicha propiedad. Los derechos a las tierras comprenden tanto aspectos individuales como colectivos. Además, los gobiernos deben establecer procedimientos para identificar las tierras de los pueblos indígenas y tomar medidas para proteger sus derechos de propiedad y posesión, que incluyen la demarcación y el otorgamiento de títulos. Los gobiernos deben establecer también mecanismos para resolver las reivindicaciones sobre las tierras. Útil es señalar lo dispuesto por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR), que “la ocupación tradicional confiere « derecho a la tierra, independientemente de que tal derecho se hubiera reconocido o no [por parte del Estado]” 73a. reunión, 2002, observación, Perú, párrafo 7.

De lo expuesto, conviene resaltar lo señalado por cuanto el Convenio N°169 en su artículo 13° consagra el reconocimiento de los territorios, incluyendo en ellos *“lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”*, lo que parece concordante con la mirada que los pueblos indígenas le otorgan a sus territorios, incluyendo la totalidad de los recursos naturales que en él se encuentran. El concepto de tierra suele abarcar todo el territorio que utilizan, comprendidos bosques, ríos, montañas y mares, y tanto su superficie como el subsuelo. Por otro lado, es de conocimiento público y notorio que la mayoría de los pueblos indígenas dependen de las tierras y de los recursos naturales y han desarrollado técnicas sofisticadas de sustento para mantener su economía y el medio ambiente. Además, en esta materia, el Manual del Convenio N°169, para Comprender el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989, respecto al uso de los recursos naturales de los pueblos indígenas, señala; *“El Convenio núm. 169 dispone, como principio general, que los pueblos indígenas tienen derecho «a los recursos naturales existentes en sus tierras», que comprenden el derecho a «participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos». La excepción al principio general ocurre en los casos en los que la propiedad de los minerales, de los recursos del subsuelo o de otros recursos recae en el Estado. En tales casos, el Convenio establece una serie de salvaguardas para garantizar que los pueblos indígenas sean adecuadamente consultados y que participen en los beneficios y perciban una indemnización equitativa por todo daño que puedan sufrir. Lo establecido en relación con los recursos naturales (Artículo 15 del Convenio) se debe aplicar en conjunto con las disposiciones generales sobre consulta y participación”*, es decir, la aplicación del Convenio en lo relativo al otorgamiento de los derechos de aprovechamiento de aguas debe tener especial garantía de consulta a los pueblos indígenas. Se configura un piso mínimo de garantía de los derechos territoriales de los pueblos indígenas (deber de consulta), pues lo óptimo es el reconocimiento jurídico de la denominada *“propiedad ancestral”* de las tierras, aguas y recursos naturales que tradicionalmente ocupen o hayan usado.

Por otro lado, la protección de los territorios indígenas tiene especial relación con el deber de consulta previa, por cuanto esta última es uno de los mecanismos previstos por el ordenamiento jurídico para proteger la relación especial que tienen los pueblos indígenas con sus tierras y territorios. En palabras de la Corte Suprema, causa Rol 3010-2013, denominado “Caso Cementerio Topater”, considerando octavo: *“el Convenio 169 está entrecruzado por una idea central, como lo es la de la incorporación de los pueblos indígenas en la toma de decisiones relativas a aquellos aspectos del desarrollo social que puedan afectarles -en todo caso en forma directa- a través de expresiones tales como “con la participación de los pueblos interesados” (artículo 2.1.1.); “deseos expresados libremente por los pueblos interesados” (artículo 4.2.); “con la participación y cooperación de los pueblos interesados” (artículo 5.c.); “consultar a los pueblos interesados” (artículo 6.1.a.); “dichos pueblos deberán participar en la formación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente” (artículo 7.1.); etc.”*. Por otro lado, debemos reiterar de la obligación del deber de consulta recae en el Estado, a través de sus órganos de administración, pues *“la aplicación inadecuada de las disposiciones sobre la consulta, la participación y los estudios de evaluación de impacto en el contexto de la prospección y exploración de los recursos naturales son bastante comunes, y son el tema más frecuente de los reclamos presentados ante los órganos de control*

de la OIT. A menudo ocurren conflictos entre los pueblos indígenas y los actores del sector privado al obtener licencias o concesiones del Estado. En este contexto, es importante subrayar que la responsabilidad de asegurar la aplicación correcta del derecho a la consulta y la participación recae en el Estado. Si se fracasa al asumir esta responsabilidad, se plantea un riesgo para las inversiones del sector privado puesto que los pueblos indígenas pueden legítimamente invocar sus derechos en virtud del Convenio” (Manual de Convenio N°169 OIT).

En estrecha relación y de preponderante importancia, se debe señalar el concepto de propiedad que mantiene nuestra legislación, consagrado en el artículo 19 N°24, que establece, “*la Constitución asegura a todas las personas el Derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales*”. Esta garantía incluye la propiedad indígena sobre sus tierras y recursos naturales. Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en el Fallo Rol 309-2000, que manda: “*que el artículo 19 N°24, de la Carta Fundamental, asegura a todas las personas el derecho de propiedad en sus diversas especies, entre las cuales ha de entenderse que queda comprendida la propiedad indígena, la cual, por su propia naturaleza, tiene características específicas que han llevado al legislador históricamente a regular las materias indígenas por medio de la ley*”.

3. DEL USO Y PROPIEDAD ANCESTRAL DEL AGUA.-

El marco normativo interno vigente en nuestro país en materia de derechos de los pueblos indígenas sobre la tierra lo constituye la Ley N°19.253 sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas. En lo esencial esta legislación reconoce que para las denominadas “*etnias*” indígenas, que **la tierra es el fundamento principal de su existencia y cultura**. Establece como deber del Estado y la sociedad en general proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, su equilibrio ecológico y propender a su ampliación. Por otro lado, identifica las tierras indígenas, incorporando en esta categoría las que las personas o comunidades indígenas ocupan sea en propiedad o posesión, y que provienen de títulos emanados del Estado. Considera también como tales, a las que a futuro sean declaradas por los tribunales como pertenecientes a indígenas y las que los indígenas y sus comunidades reciban a futuro a título gratuito del Estado. Importante en esta materia, es lo señalado por el artículo 12° de al sostener que son tierras indígenas “*aquellas que históricamente han ocupado y poseen las personas o comunidades mapuches, aimaras, rapa nui o pascuenses, atacameñas, quechuas, collas, kawashkar y yámana...*”, con esta norma se da lugar a la propiedad ancestral de las tierras que históricamente (ancestrales) han ocupado y poseen personas o comunidades indígenas.

A pesar de la obligación establecida en el artículo 2° N°1 del Convenio 169 en el sentido de que los gobiernos deberán desarrollar una acción coordinada y sistemática para proteger y garantizar los derechos de pueblos indígenas establecidos en el Convenio, específicamente los relacionados con el dominio de las tierras, aguas y recursos naturales, la ley N°19.253, no ha sido adecuada a esta nueva normativa internacional. Esta adecuación dice relación con lo dispuesto por el Convenio en su artículo 14° N°1 en el cual se establece que “*deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan...*”. Esto ha sido reiteradamente señalado por los órganos de supervisión de la OIT, por cuanto los derechos de propiedad y posesión de que trata este

artículo no solo se refieren a aquellas tierras sobre las cuales los pueblos indígenas tienen propiedad legal, sino también sobre aquellas de propiedad ancestral, aunque no tengan título de dominio sobre ellas. Así lo ha establecido la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR), disponiendo que el establecimiento de los derechos de los pueblos indígenas sobre las tierras se basa en la ocupación y en el uso tradicional, y no en el eventual reconocimiento o registro legal oficial de la propiedad de la tierra por parte de los Estados, en virtud de que la ocupación tradicional confiere el “*derecho a la tierra en virtud del Convenio, [...] independientemente de que tal derecho hubiera sido reconocido o no [por el Estado]*”. Conferencia Internacional del Trabajo, CEACR, 2003, 73ª sesión, Observación, Perú: párrafo 7.

De suma importancia, en materia de derechos de aprovechamiento de aguas, es lo señalado por la Corte Suprema en causa Rol N°45.848-2016, considerando noveno “que en esta materia es necesario precisar que la ausencia de inscripción de los derechos de aguas consuetudinarios no acarrea su inexistencia, sino sólo la falta de formalización registral y precisamente porque el derecho existe, se le reconoce por la ley y para el solo efecto de tener certeza sobre su entidad, ubicación de los puntos de captación y precisión del recurso hídrico se ha creado un sistema de regularización que permite su ulterior inscripción. (En este sentido causa Rol N°2840-08 de la Corte Suprema, sentencia de 25 de noviembre de 2009)”. Es decir, se reconoce la existencia de la propiedad ancestral de los derechos de aguas consuetudinarios por uso de las comunidades indígenas, pese a que su otorgamiento no fue conforme a lo señalado por el Código de Aguas. Recordemos lo señalado anteriormente, por cuanto el “*territorio indígena*” es una concepción distinta a la “*tierra indígena*”, el primero es un concepto cultural mientras que el segundo uno más bien de derecho privado, de modo que el tener o no un título de propiedad es irrelevante desde la perspectiva indígena.

Esta interpretación de nuestro máximo Tribunal, es concordante con lo señalado para el caso de la comunidad indígena de Chusmiza Usmagama, rol 2840-2008, en el sentido que se reconocen los derechos de aprovechamiento consuetudinarios del agua como garantía fundamental por cuanto “*no sólo están garantizados a nivel constitucional los derechos de aprovechamiento de aguas constituidos originariamente por acto de autoridad, en los términos del artículo 20 del Código de Aguas, sino también aquellos que han sido reconocidos en conformidad a la ley, a partir de distintas y especiales situaciones de hecho, entre las cuales emergen los usos consuetudinarios de aguas reconocidos a favor de las comunidades indígenas...*” agrega que “*es útil dejar en claro que la eventual ausencia de inscripción de los derechos de aguas consuetudinarios no acarrea su inexistencia, sino sólo la falta de su formalización registral y así, precisamente porque el derecho existe, se le reconoce por la ley y sólo para efectos de tener certeza sobre su entidad, ubicación de los puntos de captación de las aguas y precisión del uso del recurso hídrico, se ha creado un sistema de regularización que permite su ulterior inscripción*”. Esta histórica sentencia, amplía la noción de la propiedad en dos sentidos: por un lado reconoce como propiedad plena la que se genera como consecuencia del uso inmemorial que hacen las comunidades indígenas de las aguas existentes en sus espacios territoriales ancestrales; y por otro supera la concepción individual del derecho por la vía de reconocer la titularidad colectiva de las comunidades indígenas y de igual modo las dimensiones colectivas de su ejercicio. Bajo esta misma premisa e interpretación se reconoce en el denominado “Fallo Toconce” del año 2004, en el que la Corte Suprema ratificó los

argumentos de la Corte de Apelaciones de Antofagasta que le permitieron acoger la demanda deducida por la Comunidad Indígena de Toconce en la cual requerían el reconocimiento de la propiedad ancestral indígena sobre las aguas. La Corte concluyó que tal propiedad existe y deriva de prácticas consuetudinarias, constituyendo dominio pleno. El considerando tercero del fallo de la Corte Suprema, causa Rol 986-2003, señala: *“los sentenciadores concluyeron que es imposible calificar como ilegal el uso de las aguas sin autorización, esto es, sin títulos concesionales, si esa utilización deriva de prácticas consuetudinarias. Ante esta realidad, agregaron, la autoridad ha optado por reconocer esos derechos ancestrales en el caso de comunidades indígenas, exigiendo sólo su regularización e inscripción, no para fines de constitución, sino para darles certeza en cuanto a su entidad, ubicación de los puntos de captación de las aguas y precisión del uso del recurso hídrico”*.

A su vez, la Declaración de las Naciones Unidas para los Pueblos Originarios, votada a favor por el Estado de Chile el año 2007, señala en su artículo 26° que, *“1. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido. 2. Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma. 3. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate”*. Es deber del Estado velar por el reconocimiento a la propiedad ancestral de los recursos naturales, entre ellos, los derechos de aprovechamiento de aguas que utilizan los pueblos indígenas, según sus propias tradiciones y sistemas de tenencia de sus recursos. Cabe destacar que para el Foro Permanente de Naciones Unidas para Cuestiones Indígenas, la Declaración es el instrumento más universal, amplio y fundamental sobre los derechos de los pueblos indígenas, y forma parte de las normas universales de derechos humanos, ya que sus principios básicos son idénticos a los de los principales pactos de derechos humanos. Se trata de un documento que complementa el Convenio N°169 como instrumento específico de derechos de los pueblos indígenas.

Preciso es, señalar, en relación al derecho de propiedad ancestral de los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales, lo señalado en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el caso “Comunidad Awas Tigni Mayagna (Sumo) con la República de Nicaragua”. Se trata del primer caso sobre derechos de los pueblos indígenas, como derecho específico y colectivo, que se sometió a su conocimiento. La sentencia implica un avance histórico en el reconocimiento del derecho a la tierra de los pueblos indígenas al señalar que: *“los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”*.

ACCIONES A REALIZAR.-

1. PARTICIPACIÓN EN LA REFORMA AL CÓDIGO DE AGUAS.-

En primer lugar, cabe destacar que, en nuestra legislación, según el artículo 5, del Código de Aguas, se establece que *“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 presente código”*. Es decir, cuyo dominio pertenece a toda la nación y su uso pertenece a todos los habitantes de la misma nación, otorgándose derechos de aprovechamiento. A su vez, el artículo 6 del mismo código, señala que el derecho de aprovechamiento del agua es la facultad que tiene el dueño del derecho de aguas (inscrito individualmente en el Registro de Aguas del Conservador de Bienes Raíces respectivo) para usar y gozar de ellas, con los requisitos y en conformidad a las normas del Código de Aguas.

En cuanto a un tratamiento especial del agua indígena, el Código de Aguas, no señala la regulación alguna, asimilando todas las aguas de la nación al mismo estatuto jurídico. Así las cosas, las aguas de uso ancestral no tienen un tratamiento especial por parte de la legislación chilena. Excepcionalmente, conforme a la Ley 19.253 sólo las “etnias nortinas” tienen un reconocimiento especial vinculado al agua. Así, aymarás, atacameños y demás comunidades 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). 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).

Que, como se señaló anteriormente, el Convenio 169 de la OIT establece, principalmente el deber para el Estado de Chile de consultar las medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos originarios, estableciendo procedimientos apropiados de consulta a los pueblos interesados, de buena fe y con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. En este orden de cosas, **la reforma al Código de Aguas, aparece claramente como una medida legislativa que afecta a los pueblos originarios y por tanto, debe ser sometida a un proceso de consulta indígena.** A mayor abundamiento, y tal como se señaló, es común el otorgamiento de derechos de aprovechamiento de agua, otorgados conforme al actual Código de Aguas, en tierras ancestrales, no existiendo regulación alguna que pudiera significar una protección al agua de nuestras comunidades. La actual reforma al Código de Aguas, debería al menos, incluir un proceso de consulta indígena y establecer una protección real del agua de las comunidades, para así dar cumplimiento a los tratados internacionales que Chile ha adoptado sobre la materia, y que establecen como fin último, el garantizar la subsistencia de los pueblos indígenas.

Ahora bien, por moción parlamentaria ingresada a tramitación en marzo de 2011, se inició la discusión del proyecto de ley que busca **reformular el Código de Aguas**. Posteriormente, en 2014 el

gobierno de la presidenta Bachelet, por medio de una indicación sustitutiva, ingresó una serie de modificaciones relevantes a dicho proyecto y le otorgó prioridad legislativa. Tras un largo debate, el 22 de noviembre de 2016 la Cámara de Diputados aprobó el proyecto de ley, enviando la discusión a su segundo trámite constitucional en el Senado. Actualmente el proyecto se encuentra siendo analizado por la Comisión de Agricultura del Senado. Sin embargo, este avance en la reforma se ha realizado de espaldas a los pueblos indígenas, no respetando el deber de consulta.

Finalmente, la actual reforma al Código de Aguas, así como incluye la prohibición de constituir derechos de aprovechamiento de aguas en glaciares, áreas declaradas bajo la protección oficial de la biodiversidad y en acuíferos que alimenten vegas, pajonales y bofedales de la macro zona norte o que pertenezcan a ecosistemas amenazados o degradados, **bien podría prohibir la constitución de derechos de aprovechamientos de agua en territorios ancestrales indígenas**, teniendo especial consideración a las comunidades existentes en dichas tierras. Teniendo como objetivo la subsistencia de los pueblos indígenas, se debe incluir un completo sistema de protección a las tierras, aguas y recursos naturales existentes en territorios ancestrales indígenas.

2. ACCIÓN CONSTITUCIONAL DE NULIDAD DE DERECHO PÚBLICO.-

Como comunidades pewenches de Alto Biobío, hemos decidido deducir Acción Constitucional de Nulidad de Derecho Público, en contra del Fisco de Chile, para que la Justicia declare la nulidad de derecho público de las resoluciones que constituyen los derechos de aprovechamiento de aguas en nuestros territorios, dictadas por la Dirección General de Aguas (DGA).

Esta demanda de nulidad de derecho público, se fundamenta en el hecho que dichas resoluciones, se dictan en contravención a lo señalado en el artículo 6° de la Constitución Política de la República de Chile que establece: "*Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo. La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley*"; y a su artículo 7° que establece: "*Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley. Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les haya conferido en virtud de la Constitución y las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades sanciones que la ley señale*". En términos sencillos, estas normas señalan que los órganos de la administración del estado actúan válidamente sólo en la medida de su competencia y en la forma en que prescriba la ley, sin que tengan más atribuciones que aquellas que expresamente se les haya conferido en virtud de la constitución y las leyes, y cuyo incumplimiento acarrea la sanción específica de nulidad de pleno derecho.

Cabe señalar que nuestra legitimidad para iniciar esta Acción Constitucional de Nulidad de Derecho Público, nace precisamente de la facultad que tiene cada administrado para accionar ante los

Tribunales de Justicia, por los perjuicios directos que las constituciones de derechos de aprovechamiento de aguas generan a nuestras comunidades, debido a la omisión de requisitos señalados en la Constitución y en las leyes para su correcta validez, y además, porque en su dictación se verifican vicios que afectan el acto administrativo en cuestión y provocan, en definitiva, que la resolución deba ser declarada nula, pues no pudo adquirir validez jurídica. Dispone desde toda lógica la legitimidad para accionar, pues se afectan los derechos ancestrales y legítimos intereses, pues se otorgan derechos de aprovechamiento de aguas en sus territorios, no respetando el deber de consulta previa ni se respeta el uso consuetudinario que se otorga a esas aguas.

Respecto a los vicios que puede presentar un acto administrativo, nuestra jurisprudencia, entre ella, diversos fallos de la Corte Suprema, roles; 302-2017, 1616-2017 y 1624-2017, ha considerado los siguientes:

- ✓ Ausencia de investidura regular: investidura es toma de posesión de cargos o dignidades públicas. Debe ser regular: cumplir con la Constitución o la ley dicho nombramiento;
- ✓ Incompetencia: competencia es la medida o porción de potestad que detenta cada órgano del Estado. Vicio comprende ausencia de atribución; ausencia de motivo de hecho, errada calificación jurídica del hecho, el error en apreciación de los hechos, etc.;
- ✓ Vicios de forma o procedimiento: comprende tanto la “forma de elaboración” de los actos (procedimiento administrativo) como su “forma externa de manifestación”. Sólo tiene virtud invalidante si recae en requisito esencial y si genera perjuicio al interesado, (artículo 13° Ley N°19.880)
- ✓ Desviación de poder: el órgano administrativo, realizando un acto de su competencia y respetando las formas legales, ejerce su potestad por motivos y para fines distintos de aquellos para los que le ha sido conferida por el ordenamiento.
- ✓ Violación de ley de fondo: se refiere a legalidad interna del acto administrativo; se configura si decisión administrativa es contraria a Derecho, esto es, cuando vulnera el ordenamiento jurídico en sentido amplio. Es violación de ley de fondo.

Al respecto, y para nuestras pretensiones, se considera que **se está en presencia de, a lo menos, tres vicios de nulidad, que dicen relación con la violación de la ley de fondo, en la dictación de numerosas resoluciones que constituyen derechos de aprovechamiento de aguas** y estos no son otros que:

1. Ausencia del deber de consulta a los pueblos indígenas, contraviniendo lo señalado en el artículo 6° del Convenio N°169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, de la Organización Internacional del Trabajo;
2. Contraviniendo lo señalado en los artículos 13° y siguientes del Convenio N°169, referente al respeto e importancia que los pueblos originarios le otorgan a sus tierras o territorios y su relación con los mismos; y
3. No respetando lo señalado en el artículo 26° y siguientes de la Declaración de las Naciones Unidas para los Pueblos Originarios, votada a favor por el Estado de Chile el año 2007, que refieren al derecho de los pueblos indígenas respecto a sus tierras territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización.

Así, la infracción a las normas señaladas, serán causal suficiente de nulidad de derecho público, pues la Dirección General de Aguas, como órgano de la administración del Estado, según lo dispone el artículo 1º de la Ley Nº18.575, resolvió la Constitución de un Derecho de Aprovechamiento de Aguas, omitiendo lo señalado en los instrumentos jurídicos recién mencionados, contraviniendo, a su vez el artículo 7º de la Constitución Política de la República.

Ahora bien, es preciso indicar brevemente, que nuestro Código de Aguas, en cuanto a los derechos de agua consuetudinarios o de uso ancestral señala que *“los derechos de aprovechamiento inscritos que estén siendo utilizados por personas distintas de sus titulares a la fecha de entrar en vigencia este código, podrán regularizarse cuando dichos usuarios hayan cumplido cinco años de uso ininterrumpido, contados desde la fecha en que hubieren comenzado a hacerlo, en conformidad con las reglas siguientes:*

a) La utilización deberá haberse efectuado libre de clandestinidad o violencia, y sin reconocer dominio ajeno;

b) La solicitud se elevará a la Dirección General de Aguas ajustándose en la forma, plazos y trámites a lo prescrito en el párrafo 1º del Título I del Libro II de este código;

c) Los terceros afectados podrán deducir oposición mediante presentación que se sujetará a las reglas señaladas en la letra anterior, y

d) Vencidos los plazos legales, la Dirección General de Aguas remitirá la solicitud y todos los antecedentes más la oposición, si la hubiere, al Juez de Letras en lo Civil competente, quien conocerá y fallará de acuerdo al procedimiento establecido en el artículo 177 y siguientes de este código.

El mismo procedimiento se aplicará en los casos de las personas que, cumpliendo todos los requisitos indicados en el inciso anterior, solicitaren inscribir derechos de aprovechamiento no inscritos, y aquellos que se extraen en forma individual de una fuente natural”. Con esto, debemos interpretar, que los derechos de aprovechamiento de aguas y conforme al uso ancestral que las comunidades le están otorgando, no hace más que reconocer una situación ya existente, cual es la propiedad del derecho de aprovechamiento de aguas anterior a las solicitudes de otras personas, naturales o jurídicas. Esta interpretación es respaldada conforme a lo señalado por la Corte Suprema, causa rol Nº2840-2008; considerando quinto, que “parece necesario resaltar lo sostenido por este máximo tribunal en la causa 986-03, cuando expresa que: no puede sino concluirse que el procedimiento del tantas veces citado artículo 2º transitorio del Código sobre la materia, permite regularizar y no constituir derechos, pues los que se normalizan existen previamente y su propiedad no está en discusión, pues emana de la ley. Se trata de una norma procesal no sustantiva, que sólo tiene por objeto regular la forma de inscripción de un derecho que, como ocurre en la especie, no está inscrito, pero sí reconocido legalmente. La regularización importa determinar, en la etapa procesal pertinente, si la petición cumple los requisitos indicados en dicha normativa y si el caudal que se pretende, es el efectivamente utilizado en la forma y términos previstos por el legislador”.

3. CARRETERA HÍDRICA.-

Que, ante el proyecto denominado *“Carretera Hídrica”*, llevado a cabo por la Corporación Reguemos Chile, y que según recortes de prensa obtendría aguas del Río Queuco, nuestro territorio manifiesta su absoluto rechazo a esta iniciativa. Este proyecto, según los últimos antecedentes, ingresaría

durante el mes de mayo al Ministerio de Obras Públicas, para que el proyecto sea declarado de interés público. Se señala que, *“El proyecto de Carretera Hídrica que impulsa la Corporación Reguemos Chile, es una iniciativa público-privada de infraestructura hídrica que permitirá captar, almacenar y transportar agua desde el sur de nuestro país, —en donde el agua es abundante y no es utilizada a su total capacidad en los meses de invierno— hacia el norte —en donde el agua es escasa y necesaria para distintos usos, entre ellos la agricultura”*.

Cabe destacar, que respecto del detalle del proyecto no existen certezas, solo lo que a través de los medios de comunicación se ha señalado, pero que en primera instancia se intervendrá los ríos de nuestro territorio, sin que se respeten en absoluto nuestros derechos ancestrales respecto al uso de nuestras aguas. Desde los antecedentes extraídos del portal www.reguemoschile.cl, se señala que, *“el principal objetivo de la Carretera Hídrica es impulsar el desarrollo de la agroindustria en Chile y potenciar la capacidad exportadora del país, transformándolo en una potencia agroalimentaria, diversificando a su vez su matriz productiva y dependencia del cobre”*. Nuevamente vemos como, el denominado “desarrollo productivo”, se realiza a costa de los territorios indígenas, no importando los derechos que pudieran afectarse.

Manifestamos que nuestro pueblo no está en desacuerdo con el desarrollo productivo del país, sino más bien, que este desarrollo sea realizado sin importar los derechos que nos asisten como pueblo indígena. No obstante aquello, creemos que lo primero es consultar a nuestro territorio sobre la pertinencia de un proyecto de esta envergadura, en términos del derecho-deber de consulta indígena. Sin embargo, creemos que esto no sería suficiente, pues lo que está en juego son los derechos ancestrales a la tierra, aguas y recursos naturales de nuestro pueblo, que actualmente son garantizados por diversos instrumentos jurídicos, tanto a nivel nacional como internacional.

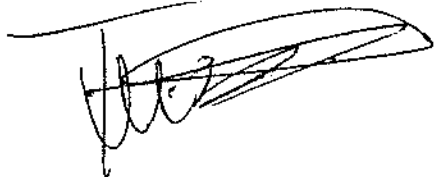
Cómo se explica, que, mientras se proyecta llevar agua desde nuestros ríos al norte del país, en nuestro territorio tengamos a abastecer de agua a las familias mediante camión aljibe. Cómo se explica, que se pretenda dar lugar al desarrollo de la agroindustria del país a costa de los derechos ancestrales de nuestros pueblos indígenas.

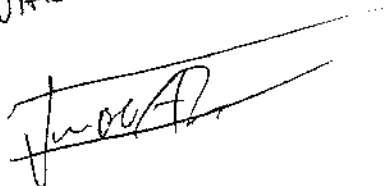
CONCLUSIONES:

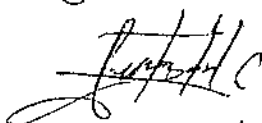
1. A través de los instrumentos jurídicos internacionales aprobados y ratificados por Chile, se nos reconoce a los pueblos indígenas nuestras legítimas aspiraciones a asumir el control de nuestras instituciones, formas de vida y nuestro desarrollo económico y a mantener y fortalecer nuestra identidad, cultura, tradición, lengua y religión.
2. Nuestra legislación interna, principalmente con la Ley N°19.253, no entrega un escaso y débil régimen jurídico de protección a nuestros derechos territoriales, sin embargo, con la entrada en vigencia del Convenio N°169 OIT y la Declaración de las Naciones Unidas para los Pueblos Indígenas, ambos instrumentos aprobados por Chile, aparecen derechos que resguardan, amparan y promueven nuestros derechos sociales, económicos, culturales y territoriales. El Estado tiene la obligación y la responsabilidad de desarrollar acciones tendientes a proteger aquellos derechos y garantizar su respeto.
3. Cabe destacar, el deber de consulta indígena, derecho consagrado para los pueblos indígenas por el artículo 6° del Convenio N°169 OIT, que impone la obligación al Estado de Chile para que consulte a los pueblos y comunidades indígenas de forma previa, adecuada, efectiva y de plena conformidad con los estándares que el mismo Convenio estima aplicables a la materia, “cada vez que se prevean medidas legislativa o administrativas susceptibles de afectarles directamente”. Es así que, tanto la Reforma al Código de Aguas (medida legislativa) como las Resoluciones de la Dirección General de Aguas que Constituyen Derechos de Aprovechamiento de Aguas en nuestro territorio (medida administrativa) obligatoriamente deben ser consultadas en los términos del Convenio N°169.
4. Por otro lado, de lo expuesto en esta presentación, queda establecido el quebrantamiento que la dictación de numerosas resoluciones de la Dirección General de Aguas que constituyen derechos de aprovechamiento de aguas, produce en el ordenamiento jurídico chileno, pues su dictación contraviene los derechos de nuestro pueblo, garantizados en el Convenio N°169 y en la Declaración de las Naciones Unidas para los Pueblos Indígenas. Por tanto este quebrantamiento al ordenamiento jurídico debe ser corregido por nuestros Tribunales de Justicia, declarando nulos aquellos derechos de aprovechamiento de aguas concedidos en nuestro territorio y en cuya tramitación se omitió el deber de consulta indígena.
5. Que, el Estado es responsable por su inacción al permitir el deterioro de nuestro territorio, por el menoscabo a nuestra cultura y por los perjuicios ocasionados por el desconocimiento de nuestros derechos, pues tal como señala la Ley N°19253, *“es deber de la sociedad en general y del Estado en particular, a través de sus instituciones respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades, adoptando las medidas adecuadas para tales fines y proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación”*. Esto se agudiza con nuevos proyectos, como la denominada “Carretera Hídrica”, que amenazan, una vez más nuestro territorio.
6. Por último, hacemos presente que, el Estado es responsable por su inacción al no respetar la propiedad ancestral indígena, pues el artículo 14 del Convenio N°169 señala clara y expresamente que, “1.

deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes. 2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión. 3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados".

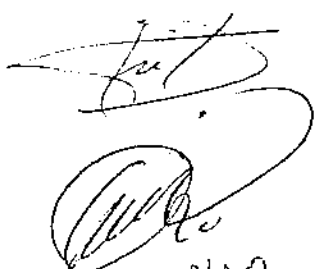
Para vuestro conocimiento, apoyo, respaldo y compromiso, firman:

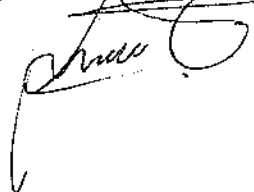
Juan E. J. C. M.


JUAN ROSALES.


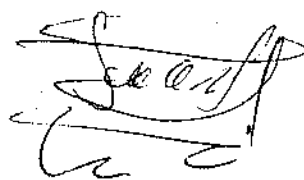
Juan Huacachucan


Isabel B. de la Cruz Rosales
 Francisco Rumeo
 Maria & Soledad
 MARIA ROSAL SAZAR.

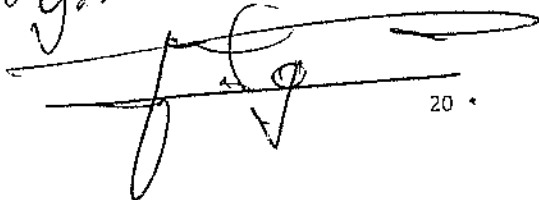
Juan S. Mayup, D.

 MARIA CURRIAO.

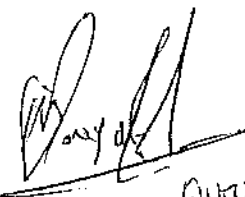
Rosario Cecilia Flores


Jose Huacachucan
 JOSE H P




Constanza Coltequi
 Nicolo Hegre

Ignacio Rosal



MARCELINO QUAPIL.

B H S to
GABRIEL BARRAZA


Enke Martinez M.

Nicolas Prieto H.
