

**EL AGUA: ¿BIEN NACIONAL DE USO PÚBLICO?
Derechos de aprovechamiento, usos consuetudinarios y
propiedad privada de cara a una Reforma al Código de
Aguas de 1981**

Juan Esteban Fernández

Laboratorio Constitucional
Universidad Diego Portales

DOCUMENTO DE TRABAJO ICSO – N° 54 / 2019
Serie Laboratorio Constitucional UDP

Santiago, Abril 2019

El Agua: ¿Bien nacional de uso público?
Derechos de aprovechamiento, Usos Consuetudinarios y Propiedad Privada de cara a una Reforma al Código de Aguas de 1981

Juan Esteban Fernández¹

Resumen: En Chile el derecho de aprovechamiento de aguas ha sido objeto de diversas regulaciones que no sólo dan cuenta de la forma en que se administra su uso, sino que de su conceptualización en tanto bien público o privado. La regulación vigente al día de hoy corresponde al Código de Aguas de 1981, legislación creada en dictadura y que tiene como gran innovación – y contradicción – la conceptualización del agua como bien nacional de uso público por un lado, y la generación de un mercado de derechos de aprovechamientos de aguas privado por el otro. Este trabajo busca aportar al debate de la reforma al Código de Aguas desde una perspectiva sociológica, incorporando elementos problemáticos para la actual regulación como lo son los derechos de usos consuetudinarios, los caudales ecológicos y la prevalencia de la propiedad privada sobre un recurso vital y estratégico como lo es el agua. Se entrega una revisión crítica a la idea fundante de la ideología neoliberal del mercado como agente eficiente en la regulación y distribución de bienes nacionales estratégicos. Finalmente, se proponen una serie de recomendaciones para una reforma al Código de Aguas.

Palabras Clave: *Usos consuetudinarios, Código de aguas, Reformas, Propiedad privada, Consumo humano.*

Abstract: In Chile, water rights have been subject to various regulations that not only account for the way in which the use of the resource is managed, but also for the conceptualization of this natural resource. The current regulation corresponds to the Water Code of 1981, legislation created under the dictatorship and which water is defined as a public good as well as a private commodity. This paper attempts to contribute to the debate on the reform of the Water Code from a sociological perspective, addressing controversial issues of the current regulation, such as the rights of customary uses, ecological flows, and the prevalence of private property over a vital and strategic resource such as water. The paper brings a critical review of the neoliberal ideology that considers the market as an efficient framework in the regulation and distribution of strategic national goods. Finally, some recommendations are made concerning the reform of the Water Code.

Keywords: *Customary uses, Water code, Reforms, Private property, Human consumption.*

¹ Sociólogo UDP, Estudiante de magíster en sociología de la Pontificia Universidad Católica y asistente de investigación en Laboratorio Constitucional UDP.

“Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”

Art.19, N°24, inciso 10 de la Constitución Política de la República de Chile

Introducción

El debate respecto al aprovechamiento de las aguas en Chile hoy se encuentra en un punto álgido. Con una criticada reforma siendo discutida hoy en el Congreso la polémica respecto a temas como la propiedad privada sobre el derecho de aprovechamiento, los caudales ecológicos y la prioridad de usos como el consumo humano se han tomado la agenda legislativa y el debate público. Es en este contexto que el presente documento tiene como objetivo principal hacer una revisión crítica del Código de Aguas de 1981, dando cuenta de su historia, de los efectos negativos que ha tenido así como también de los intentos que ha habido de reformarlo. Para ello, se realiza un análisis a legislación actual, así como también a las indicaciones sustitutivas de reformas con el objetivo de darle sustento sociológico a un debate que por lo general ha sido materia casi exclusiva del campo jurídico. Para ello, se ha dividido el documento en 7 partes cuyo orden lógico permite construir un relato coherente que va desde la historia del Código de Aguas de 1981, pasando por los intentos de reformas para llegar finalmente a conclusiones y recomendaciones. El primer apartado introduce al Código de Aguas que actualmente nos rige, dando cuenta de su historia y de una historia general de la regulación de las aguas en Chile. El segundo punto da cuenta de la normativa internacional respecto a las aguas poniendo especial énfasis en su reconocimiento como Derecho Humano esencia en el año 2010. Un tercer punto alude directamente al Código de Aguas de 1981 y a cómo su funcionamiento contraviene la normativa internacional. El cuarto apartado da cuenta de la cosmovisión indígena respecto a las aguas, elemento reconocido en los pactos internacionales que Chile ha firmado pero que no se encuentra reconocido como tal en la legislación actual. El debate acá se centra en el rol de CONADI y la Ley Indígena como protectores de estos derechos. Derivado de lo anterior, el quinto punto se introduce en el debate jurídico-legal respecto a los derechos de uso consuetudinarios – entendidos estos tanto para comunidades indígenas como para otras comunidades que utilizan determinadas fuentes desde antes de la entrada en vigencia del código actual – y la vigencia de regulaciones anteriores que sí reconocen este derecho. El sexto apartado entra de lleno en el debate de las reformas al Código de Aguas, partiendo por la primera indicación sustitutiva que envía Michelle Bachelet en su segundo mandato cuyo contenido representaba un cambio sustantivo y real a la lógica mercantil del código en vigencia. Se revisa también la caída de esta reforma así como también la última indicación sustitutiva enviada por el Presidente Sebastián Piñera a principios de este año 2019. Finalmente, y a modo de conclusión se discute respecto a la idea fundante del sistema económico neoliberal que pone al mercado como marco y agente regulador eficiente en la distribución de bienes de todo tipo. El caso del agua parece ser un caso en que dicha ideología muestra debilidad. En el mismo apartado se concluye con una serie de propuestas y recomendaciones para una reforma al Código de Aguas de 1981.

La regulación del agua en Chile

En Chile el derecho a uso de aguas ha sido objeto diversas regulaciones que han ido cambiando paulatinamente la conceptualización misma del cómo se va a entender el recurso hídrico. Existieron durante la época colonial e incluso post independencia diversas normativas respecto al uso del agua, sin embargo, no va a ser hasta 1951 que va a entrar en vigor un primer Código de Aguas como propiamente tal. Este planteaba, entre otras cosas, que el derecho a uso del agua se concedía por una merced a través del presidente de la República y el otorgamiento estaba fuertemente vinculado y determinado por un orden de prioridades de uso del recurso. Posteriormente, en 1969 en un contexto de reforma agraria, se sustituye este Código por uno que limitaba el uso del agua y ponía fuerte énfasis en el fin específico para el cual fue concedido el derecho, fines prioritarios que por lo demás fueron redefinidos respecto a los del Código de 1951. Existe acá de manera explícita la figura de la prohibición de venta de los derechos salvo en determinadas ocasiones en que este fuera vendido junto al predio donde se encontraba. No es, sin embargo, hasta 1979, que entra en vigor un nuevo tipo de legislación hídrica que va a cambiar sustantivamente el significado mismo del recurso en cuestión.

Para nadie es sorpresa que *post* golpe militar de 1973, Chile vivió intensos cambios tanto políticos, como económicos y sociales. En los años inmediatamente posteriores a aquel suceso la Junta Militar, dirigida por el dictador Augusto Pinochet Ugarte, dictó sucesivos Decretos de Ley que buscaban, desde la óptica militar, poner en marcha nuevamente a un país sumido en el caos. Uno de esos decretos fue el DL-2063 que establece normas sobre los derechos de aprovechamiento de aguas y facultades para el establecimiento del régimen general de aguas. Este Decreto fue la antesala de la legislación definitiva que hasta el día de hoy nos rige, a saber: el Código de Aguas de 1981. Ambas legislaciones cambian la naturaleza ontológica del recurso en la medida que entienden el agua desde una doble mirada: por un lado, un bien nacional de uso público, por el otro una mercancía que se transa en el mercado. El sistema que el Código de Aguas de 1981 instaura reconoce la propiedad del Estado sobre las aguas como un bien nacional de uso público, sin embargo, establece toda una regulación para otorgar los derechos de aprovechamiento de estas a privados, quienes pueden transar este bien en un mercado de derechos de aprovechamiento de aguas. Por lo demás, esta es una concesión con sabor a regalo en la medida que, en sus orígenes, no significó ningún costo para su adquisición, no implica costo alguno para sus titulares actuales y están otorgadas a perpetuidad. La condición de bien transable, más la escasez hídrica cada vez más pronunciada debido al cambio climático han hecho de este un lucrativo negocio: de acuerdo con cifras del portal compragua.cl², un litro por segundo³ puede llegar a costar \$68.000.000 en algunos sectores. Esto es consecuencia de uno de los más nefastos efectos que el código de aguas generó, y

² Visitar <https://www.latercera.com/pulso/noticia/derechos-agua-68-millones-puede-costar-litro-segundo-chile/270548/>

³ La unidad de medida establecida por el Código de Aguas de 1981 es la de volumen por unidad de tiempo, en este caso, litros por segundo. Para tener una noción de esta medida en la fuente citada en la nota al pie anterior se dice que 1 litro de agua por segundo equivale al riego agrícola de entre 1 y 4 hectáreas, consumo de agua potable y saneamiento de 250 personas o el procesamiento de mil toneladas al año de cobre.

que tiene que ver con la aparición de especuladores del agua: empresas o personas naturales que se dedican a acaparar derechos de aprovechamiento de agua para venderlos en épocas y coyunturas de escasez en las que, por efecto de oferta y demanda, estos suben de precio.

Ahora bien, es importante destacar que este Código y todos los derechos y beneficios que otorgó – y sigue otorgando – a sus titulares no sólo están plenamente vigentes, sino que están protegidos por la Constitución misma en el artículo citado al principio de este trabajo: “Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”. Esto hace difícil el cambio en la legislación respecto a las aguas en la medida que el rango constitucional del que goza supone un *quorum* calificado para cualquier modificación que se le quiera realizar.

Esta forma de administrar, pero sobre todo de entender, el agua ha sido el motor propulsor de toda una geografía de conflictos socioambientales a lo largo y ancho de Chile. El acaparamiento de derechos de aprovechamiento por parte de la gran minería en el norte, de la industria forestal en las regiones del Biobío y Araucanía o de la producción masiva de palta en la zona de Petorca entre otras, han tenido como repercusión que poblados enteros tengan que sacar agua para uso doméstico desde camiones aljibes. Una investigación realizada por CIPER mostró, de acuerdo con datos de la ONEMI, que sólo desde 2010 a 2016 el Estado de Chile desembolsó alrededor de \$92.000.000.000 en arriendo de camiones aljibe para abastecer a más de 400.000 personas en 175 comunas que o no tienen acceso al agua o que están en situación de escasez hídrica⁴.

Estas y otras problemáticas están por estos días en el debate público y político, con una reforma siendo discutida en el Congreso y con medidas de ahorro – como la de ducharse en 3 minutos – por parte del gobierno que han causado gran polémica. Es en este contexto que el presente documento de trabajo tiene como objetivo aportar al debate de la reforma al Código de Aguas dando cuenta de algunos datos empíricos, así como también de consideraciones jurídicas y sociales respecto a los derechos de aprovechamiento.

El agua como derecho humano: Normativa internacional (INDH 2013)

La escasez hídrica para el consumo humano no sólo es un problema en términos de los enormes gastos de dinero en los que tiene que incurrir el Estado de Chile para subsanar dicho déficit. Lo es también pues contraviene una de las normas internacionales que más en boga ha estado durante las últimas décadas: los derechos humanos.

El derecho humano al agua no fue reconocido como tal hasta el año 2010, sin embargo, ha estado presente en el debate internacional desde al menos la década de 1970 (INDH, 2013). En el año 1972 se llevó a cabo en Estocolmo la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, ahí aparece por vez primera la idea de proteger el agua como un recurso natural esencial

⁴CIPER Chile: “El negocio de la sequía: el puñado de empresas de camiones aljibe que se reparte \$92 mil millones” Publicado el 21 de marzo de 2017. Disponible en <https://ciperchile.cl/2017/03/21/el-negocio-de-la-sequia-el-punado-de-empresas-de-camiones-aljibe-que-se-reparte-92-mil-millones/>

para la sustentabilidad de generaciones actuales y futuras⁵. En 1977 la Organización de Naciones Unidas se pronuncia nuevamente sobre este tema en un evento dedicado exclusivamente a este asunto, la Conferencia sobre el Agua donde, entre otras cosas, se planteó la necesidad de evaluar los recursos hídricos de cada país previo al desarrollo de políticas públicas de explotación del agua con el objetivo de priorizar el consumo humano. Durante el mismo año se aprobó la Agenda 21, un programa de acción para el uso sustentable del recurso hídrico. No es, sin embargo, hasta el año 2010 que la Asamblea General de las Naciones Unidas reconoce el derecho al agua y saneamiento mediante la resolución 64/292 cuyo artículo 1 reza: “Reconoce que el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos” (Naciones Unidas, 2010, pág. 3). Posterior a ello hace un llamado a los estados firmantes a hacerse cargo del uso responsable y humanitario del recurso hídrico:

“Exhorta a los Estados y Organizaciones internacionales a que proporcionen recursos financieros y propicien el aumento de la capacidad y la transferencia de tecnología por medio de la asistencia y la cooperación internacionales (...) a fin de intensificar los esfuerzos por proporcionar a toda la población un acceso económico al agua potable y saneamiento” (Naciones Unidas, 2010, pág. 3).

Es de común conocimiento que los Derechos Humanos no son algo estático, más bien varían de acuerdo al contexto histórico en el cual surgen. Ciertamente es que una vez consagrado un derecho humano este se vuelve inamovible, pero también van surgiendo nuevos elementos que dadas determinadas contingencias se van consagrando como Derechos Humanos fundamentales, a esto referimos con el carácter no estático de la Carta. Esto es lo que Saura (2011) ha denominado Derechos Humanos “emergentes”, es decir, aspiraciones de derechos que no han sido recogidos de manera explícita en textos jurídicos de carácter vinculante pero que sí responden a necesidades reales de las sociedades contemporáneas. Es dentro de esta conceptualización que entra el Derecho Humano al agua potable y al saneamiento. Evidentemente no hay nada de emergente en una necesidad tan básica no sólo para todo ser humano, sino que para todo ser vivo, como lo es el acceso al agua, sin embargo, lo que sí es nuevo es la necesidad urgente de asegurar el acceso a este recurso a todo ser humano dada su escasez cada vez más notoria y del aumento progresivo de la demanda para uso en faenas productivas.

El agua como un bien de mercado: El código de aguas de 1981

Como veremos a continuación, el agua en Chile no está pensada como un Derecho Humano, más bien tiene el carácter de bien privado al cual se puede acceder previa adquisición de un derecho de aprovechamiento. Este, y otros elementos de la actual legislación, han hecho que el Código de Aguas

⁵ Principio n°2 de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente efectuada el 16 de junio de 1972.

de 1981 esté siendo permanentemente señalado como el culpable de la mala administración del recurso.

Bien nacional de uso público vs bien de mercado

Decíamos en párrafos anteriores que el Código de Aguas de 1981 presenta esta ambivalencia donde el agua es entendida en primer lugar como un bien nacional de uso público pero que por otro lado el derecho de aprovechamiento del recurso se presenta como un bien transable en un mercado dedicado especialmente a la transacción de estos. Este último elemento quita el carácter de bien público al recurso y a continuación, mediante un análisis más profundo de la normativa vigente, veremos el por qué.

En el inciso segundo del artículo 589 del Código Civil se definen los bienes nacionales como aquellos cuyo dominio pertenece a la nación toda. Cuando estos bienes son utilizados por todos los habitantes de la nación entonces se definen como bienes nacionales de uso público. Posteriormente, en el Artículo 595 el mismo Código reza lo siguiente “Todas las aguas son bienes nacionales de uso público”. De acuerdo entonces a esta definición, más la que hace el propio Código de Aguas, el recurso hídrico entraría dentro de este marco, un bien perteneciente a todos los habitantes del territorio cuyo uso está garantizado como derecho. De acuerdo con lo anterior, los bienes nacionales de uso público son esencialmente incompatibles en su definición con la propiedad privada toda vez que es la “Nación toda” la que figura como dueña de aquellos. El dominio público al que refiere esta conceptualización apunta al interés general de la nación por lo que un régimen de propiedad privada, que por definición apunta al derecho de uso y goce de un bien de forma individual y sin obligación alguna de consideración de otros, se transforma automáticamente en el par binario contrario de bien nacional de uso público al no tomar en cuenta la satisfacción del interés general de la Nación (Atria & Salgado, 2015). En el Código de aguas de 1981, existe una serie de mecanismos jurídico-legales que transforman al recurso hídrico en un bien privado transable en un mercado especializado.

En primer lugar, el texto garantiza la libertad en la forma que cada titular puede aprovechar el agua. Por el contrario de los códigos de aguas anteriores, en donde el otorgamiento de derechos estaba subordinado a una lista prioritaria de usos definidos previamente por el Estado y ajustados a las necesidades generales del país, el Código actual permite el aprovechamiento libre del recurso por parte de sus titulares:

“El derecho de aprovechamiento es un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellas. (...) El derecho de aprovechamiento sobre las aguas es de dominio del titular, quien podrá usar, gozar y disponer de él en conformidad con la ley”⁶

⁶ Título II, Art. 6 del Código de Aguas de 1981.

No hay acá entonces una orientación hacia el interés general de la Nación, sino que más bien el recurso puede ser utilizado de forma arbitraria y libre por el titular del derecho de aprovechamiento sólo en conformidad con la legislación.

En segundo lugar, encontramos la forma en que se reasignan los derechos ya otorgados. El Código establece la libre transferencia de los derechos de aprovechamiento, así como también la independencia de algún uso específico. Con esto, se sientan las bases para la creación de un mercado mediante el cual se regulan las transacciones de derechos de aprovechamiento. De acuerdo a expertos del tema, la medida tiene como consecuencia un fortalecimiento de los derechos privados en lo concerniente al aprovechamiento del agua (Gentes, 2002). En definitiva, al establecer la libre transferencia de los derechos de aprovechamiento, así como también la independencia del derecho hacia un uso específico, lo que hace el Código es establecer las bases para que la reasignación de derechos se lleve a cabo a través de un mercado, dejando atrás sistemas centralizados como los que los antiguos códigos establecían (Peña, 2004).

La naturaleza mercantil y de bien privado que adquiere el derecho a aprovechamiento del agua con el Código de aguas de 1981 tiene como una de sus principales consecuencias la monopolización de derechos en cuestión. Principalmente debido a la asignación original de derechos, el aprovechamiento del agua se ha transformado en un bien especulativo de acumulación. Existen hoy personas naturales y jurídicas que se dedican a acumular derechos de aprovechamiento para especular con ellos en un mercado donde el bien se hace cada vez más escaso. Esto, a su vez, ha generado el efecto contrario a lo que el espíritu mismo del Código profesaba: en vez de fomentar la libre competencia como medida de eficiencia de uso en el recurso se han creado verdaderos monopolios de los derechos de aprovechamiento que en muchos casos no hacen un uso efectivo del recurso.

El Código de Aguas en la mira

Siendo el agua un recurso cada vez más escaso, en los últimos años han proliferado estudios y comisiones que intentan dilucidar cuál es el origen de esta escasez y como gestionarla de mejor manera. Como veremos a continuación, gran parte de estos informes apuntan hacia el Código de Aguas de 1981 como el responsable, no sólo de la escasez, sino que de la mala administración que de ella se ha hecho.

Con el objetivo de formular una estrategia nacional de gestión de recursos hídricos, el Ministerio de Obras Públicas, a través de la Dirección General de Aguas (DGA) solicitó la colaboración técnica del Banco Mundial para la elaboración de un diagnóstico a nivel nacional. El informe resultante (Banco Mundial, 2011) detalla algunos de los problemas administrativos que presenta la gestión del agua en Chile. El diagnóstico parte con una visión crítica de la constitución misma del Código de Aguas de 1981, el cual desde un principio fomentó fuertemente los derechos de aprovechamiento de aguas sobre los privados limitando sistemáticamente la gestión del Estado en esta materia. Si bien es cierto que, de acuerdo al propio informe, el Código tuvo éxito en fomentar las inversiones privadas en materia de recursos hídricos, también lo es el hecho de que generó una serie de problemas ligados a la gestión del agua. El principal de estos problemas, y que se relaciona directamente con el

apartado anterior, es el acceso al consumo humano en grupos vulnerables. El acaparamiento de derechos de aprovechamiento ha significado la pérdida de acceso al agua en diversas comunidades rurales en todo el país, una cantidad importante de grupos indígenas y pequeños agricultores no tienen títulos de derechos de aprovechamiento o no están inscritos en los registros de los Conservadores de Bienes Raíces. Frente a esto el informe del Banco Mundial concluye que uno de los grandes desafíos de la administración de aguas es proteger los derechos al acceso en grupos vulnerables. Otro punto crítico de el Código de Aguas es que no reconoce el uso ambiental y que, hasta ese entonces, no se habían podido establecer caudales ecológicos mínimos en las áreas de mayor escasez hídrica. Una vez que se reconoce esta necesidad y se intenta implementar, la medida choca contra un muro en la medida que el agua de los ríos secos de la zona norte y centro del país ya estaba designada como derechos de aprovechamiento a privados del sector.

Como segunda parte de la colaboración que el Banco Mundial ofreció en este asunto, se formula un informe con recomendaciones para una eventual reforma del sistema de administración de aguas en Chile. Estas recomendaciones giran en torno principalmente a la “administración” del mercado de aguas, en el entendido que es este sistema el que en gran medida propicia los problemas antes descritos (Banco Mundial, 2013). Con el objetivo de regular el mercado y evitar los problemas de acaparamiento se propone:

“la regularización y perfeccionamiento de títulos de DAA (Derechos de aprovechamiento de aguas); la constitución y modificación de los DAA; la declaración de agotamiento de fuentes naturales, de áreas de restricción y zonas de prohibición (...) y la actualización y difusión de información del mercado del agua” (pág. 23)

Uno de los puntos en que se pone mayor énfasis es en el último referido a la difusión de información respecto al mercado, esto pues de acuerdo con Cristi y Poblete (2011) la poca información tuvo – y tiene – dos grandes efectos: (1) por una lado el acaparamiento de grandes cantidades de derechos de aprovechamiento de aguas por parte de grupos con mayor información. Esto, en desmedro de grupos vulnerables que sólo se dieron cuenta que no tienen derechos de aprovechamiento décadas después de entrada en vigencia la legislación de 1981. Y (2) una amplia dispersión en los precios de los derechos, de acuerdo con los autores esto sería efecto de la falta de transparencia en la compra y venta del recurso. Por lo demás, la asimetría de información y la prevalencia de negociaciones bilaterales conlleva una redistribución del agua y sus actividades relacionadas que no son equitativos con respecto a las ganancias del intercambio. Esto ocurre a menudo en transacciones dentro de un mismo mercado, el agrícola a modo de ejemplo, donde las grandes empresas agroindustriales obtienen grandes beneficios de las transacciones de derechos de aguas con pequeños agricultores (Verges, 2010).

Con toda esta información el Banco Mundial (2013) propone una serie de medidas para incluir en una eventual reforma y que se enmarcan dentro de 3 desafíos pendientes: (1) Información de mercado, referido a los prejuicios generados por la asimetría de información, (2) costos de transacción, desafío que apunta a regular las transacciones sobre la base de la existencia de intermediarios en el mercado que tienen alrededor de un 75% de participación en el mercado de

los derechos de aprovechamiento y (3) equidad y exclusión, desafío que sugiere regular la asimetría que se genera entre grandes empresas y pequeños particulares en la competencia por el uso de las aguas.

Agua y tierra ¿Separables? La normativa y cosmovisión indígena

Como bien se ha explicado en apartados anteriores, el Código de Aguas que rige actualmente separa, en términos legales, la tierra y el agua. En términos prácticos, esto significa que ser titular de propiedades que dentro de su extensión contengan alguna fuente de agua no le da *a priori* el derecho de utilizar el recurso. Tener la facultad de utilizar el recurso agua implica haber adquirido previamente los derechos de aprovechamiento de aguas en dicha fuente y para ello, tal como se explicó con anterioridad, es necesario recurrir al mercado que regula este tipo de transacciones. ¿Cuáles son las implicancias de esta división legal?

Desde el punto de vista de la cosmovisión indígena tradicional, tal división no tiene cabida alguna. Acá lo que existe predominantemente es la concepción del territorio como un todo: un espacio delimitado cuyos elementos convergen para hacer de él una unidad no sólo geográfica, sino que político-administrativa. El territorio está compuesto por todos los elementos palpables que en él se contienen: aguas, tierras, bosques, fauna etc. pero también incluye formas de administración tomando en cuenta así la actividad política y jurídica que dentro de él existe (Agredo, 2006; Lillo, 2001). Así, el ordenamiento territorial desde la cosmovisión indígena difícilmente puede ser dividido ni en términos de los recursos que contiene, ni en términos de la administración político-legal que de él se hace⁷. Ahora bien, este choque de concepciones de territorio que hay entre lo legal y la cosmovisión de los pueblos indígenas ha derivado en perjuicios para estos últimos. En la zona norte de Chile, particularmente en las zonas altas, el sostenido aumento que han tenido las peticiones de derechos de aprovechamiento de aguas por parte de la minería a gran escala ha tenido como resultado el abandono de estos espacios por parte de las comunidades que ahí habitan – esto a pesar de que, como veremos en el siguiente apartado, existe una legislación que intenta mitigar el efecto migratorio por desabastecimiento de agua –.

Por lo demás, estas cuencas no sólo alimentan estas zonas sino que son la fuente natural que sustentan todo un sistema de valles, vegas y oasis que se encuentran desierto abajo y de las cuales viven otras múltiples comunidades campesinas e indígenas que al ver disminuido el caudal se ven obligadas a emigrar hacia zonas urbanas. Los ejemplos abundan, hacia comienzos del siglo presente los habitantes de Inacaliri, poblado ubicado en la cuenca del río Loa, debieron abandonar el sector que tradicionalmente habitaban precisamente porque las vegas de las cuales vivían se empezaron a secar.

Lo mismo sucedió con el río Colana y con la vega de Turi (región de Antofagasta). En todos estos casos los habitantes se vieron en la obligación de dejar sus lugares de residencia tradicional para emigrar a ciudades como Toconce o Calama (Albornoz, 2000). Las consecuencias de este fenómeno

⁷ Por eso el concepto de territorio trae consigo intrínsecamente las formas de gobierno autónomas, pues gran parte de la concepción territorial tiene que ver con la forma en que sus habitantes lo administran de acuerdo a elementos consuetudinarios.

migratorio de prolongación hacia zonas urbanas han derivado en la necesidad de reconstruir las relaciones sociales en la ciudad frente a la pérdida de recursos considerados como colectivos.

Ley Indígena y protección de derechos al agua

Como es posible de advertir, el Código de Aguas contradice explícitamente la forma de concebir el territorio que presentamos en el apartado anterior y ha significado en la práctica la apertura de puertas para la apropiación legal de aguas en territorios ancestrales indígenas (Peña, 2004; Toledo, 1996; Romero et al, 2017). Frente a eso, sin embargo, se han evidenciado algunos intentos por parte del Estado de subsanar la situación, uno de ellos es el establecimiento de la ley 19.253 – o Ley Indígena – la cual establece normas para la protección de los derechos de los pueblos indígenas y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI). Promulgada en el 5 de octubre del año 1993 bajo la presidencia de Patricio Aylwin, esta ley tiene una importancia primordial en la medida que el Código de Aguas originalmente sólo tomaba en cuenta el uso individual de los derechos de aprovechamiento de aguas dejando de lado los usos de tipo comunitario (Gentes, 2002).

Un primer elemento importante que destaca en esta ley es el reconocimiento de la tierra y el agua como fundamento principal de la existencia de los pueblos y que como tal debe ser protegida. Es dentro de este contexto que la principal tarea de CONADI será la de proteger a las comunidades indígenas en los conflictos de tierras y aguas además de posibilitar el acceso y expansión de ellas. A partir de aquello se crea una figura especial para el cumplimiento de dicha función: “Créase un Fondo para Tierras y Aguas Indígenas administrado por la Corporación”⁸ el cual será administrado directamente por CONADI y tendrá entre sus objetivos “Financiar la constitución, regularización o compra de derechos de aguas o financiar obras destinadas a obtener el recurso”⁹. Por lo demás, y para proteger y asegurar la titularidad sobre estos derechos, la Ley en cuestión prohíbe la enajenación de estos derechos durante los 25 años siguientes a partir del día de la inscripción en el Conservador de Bienes Raíces.

Ahora bien, sabido es que la situación hídrica en Chile no es igual en todo el territorio, hay zonas – como la zona norte – que presentan una mayor cantidad de problemas respecto al recurso agua. De acuerdo con Romero et.al (2017) el problema del agua en el norte de Chile tiene algunas particularidades como lo es la sobredemanda que fruto de la minería a gran escala hace escasear aún más el recurso. Sin embargo, no es únicamente la expansión minera lo que ha limitado el acceso al agua en las comunidades indígenas de la zona norte, sino que también – e irónicamente – los planes de conservación medioambiental.

Desde finales de la década de 1970 la zona andina en el norte del país comenzó a especializarse en la conservación de la naturaleza lo cual significó que territorios con escasa población fueran transformados en áreas de conservación. Esto impactó irremediablemente en las comunidades indígenas asentadas históricamente en el sector quienes se empezaron a ver limitados en el acceso

⁸ Artículo 20 del Párrafo 2 de la Ley 19.253.

⁹ Punto “c” del artículo citado antes.

a zonas acuíferas ancestrales y humedales que desde tiempos ancestrales han sido utilizados para la ganadería y otras actividades. La Ley Indígena tomó en cuenta la presión existente en estas zonas sobre los recursos hídricos e incorporó medidas específicas y un estatuto especial para las comunidades de estas zonas:

“Se deberá proteger especialmente las aguas de las comunidades Aymaras y Atacameñas. Serán considerados bienes de propiedad y uso de la Comunidad Indígena establecida por esta ley, las aguas que se encuentren en los terrenos de la comunidad, tales como los ríos, canales, acequias y vertientes, sin perjuicio de los derechos que terceros hayan inscrito de conformidad al Código General de Aguas”¹⁰

Uno de los objetivos de este estatuto especial es mitigar los problemas de migración que citábamos más arriba, por lo que en su artículo 65 dicta que CONADI incentivará programas y políticas que fomenten el repoblamiento de zonas abandonadas por los pueblos Aimara y Likan Antai.

CONADI como un agente más en el mercado

Aunque la legislación descrita anteriormente representó – y sigue representando – para muchas comunidades un alivio en cuanto al acceso al agua, es importante destacar que las medidas que ella incluye no han mitigado del todo los problemas y, como veremos a continuación, en algunos casos el problema se ha acentuado.

El caso del río Loa es un buen ejemplo. El mercado de las aguas empieza a operar en dicho río a partir de la década de 1990, desde entonces el mercado privado se constituyó como el principal espacio regulador de la compra y venta de derechos de aprovechamiento en aquel sector. De acuerdo con Rowlands (2018) esto afectó principalmente a agricultores indígenas, ya que la mayor parte de las transacciones que se dieron fueron por parte de las empresas mineras que adquirieron los derechos de aguas de pequeños agricultores de la zona. Debido a este auge en la demanda los precios por el metro cúbico se dispararon lo cual atrajo a especuladores compradores de derechos de aguas quienes vía el engaño e influencia empezaron a acumular enormes cantidades de estos derechos¹¹.

Por cierto que este fenómeno se vio en parte mitigado tras la promulgación de la Ley Indígena, la cual permitió – aunque a pequeña escala – que los agricultores indígenas pudiesen participar del mercado como compradores de derechos. Ahora bien, no obstante este pequeño respiro debemos recordar que CONADI participa e intenta proteger los derechos de aguas de pueblos indígenas pero siempre dentro de un contexto mercantil, donde si bien existe un fondo destinado directamente a la compra de estos, el éxito de las transacciones está sujeto tanto a la voluntad de venta por parte de los titulares como también a la disponibilidad del recurso. Es este segundo elemento el que

¹⁰ Artículo 64 , Párrafo 2° del Título VIII. Ley 19.253

¹¹ De acuerdo con la investigación de Rowlands (2018), los especuladores llegaban a las comunidades con el discurso de que la agricultura en la zona se iba a acabar. Con ello, lograban convencer al agricultor de vender sus derechos de aprovechamiento y a un bajo precio.

presentó problemas ya que a partir del año 2000 la DGA declara el agotamiento de derechos de agua superficial en la cuenca del río Loa.

Esto no significó un impedimento para el acceso a aguas por parte de las mineras ya que, avalados por la Ley de Minas de 1983, y previa compra de los derechos de aguas subterráneas por parte de CODELCO¹², estas empiezan a utilizar aguas del subsuelo. En el otro bando, el artículo 64 de la Ley Indígena es explícito en cuanto que las aguas que pueden ser consideradas bienes de propiedad y uso de la Comunidad Indígena son las que “se encuentren en los terrenos de la comunidad, tales como ríos, canales, acequias y vertientes, sin perjuicio de los derechos que terceros hayan inscrito en conformidad al Código General de Aguas”¹³ por lo que en toda esta historia quienes salen perdiendo nuevamente serían las comunidades y pequeños agricultores indígenas.

Entonces no obstante exista una ley que proteja los derechos de acceso al agua de los pueblos indígenas, es posible ver en este caso que prevalece un sistema de interacciones mercantiles, guiada por la lógica de la oferta y demanda – además de la disponibilidad del recurso –. En este contexto CONADI no es un actor con alguna especie de potestad especial que le permita asegurar el acceso al agua a las comunidades a las cuales debe proteger y así adquirir algo de protagonismo, sino que entra como un agente más del mercado teniendo que competir contra gigantes acaparadores de derechos de agua como las mineras o los especuladores. La debilidad de una ley como la 19.253 queda a la luz en este tipo de casos.

Derecho de uso consuetudinario

Desde la perspectiva del derecho hay un interesante debate respecto a los principios fundantes del derecho sobre algunos bienes, pues de acuerdo con algunos autores, si bien es cierto que en el Código de Aguas de 1981 la concesión es la fuente por excelencia del derecho sobre el bien nacional de uso público que acá se estudia – elemento que como ya dilucidamos en párrafos anteriores es una contradicción en sí – existen diferentes manifestaciones de facto que hacen pensar y validan el uso efectivo – y tradicional – como otra fuente del derecho sobre las aguas (Mathus & Andino, 2007). Es acá donde se enmarca la Ley Indígena, pues si bien es cierto que no tiene ningún estatuto especial dentro del mercado de las aguas, lo que finalmente pretende proteger no es más que el derecho consuetudinario de uso de las aguas por parte de pueblos indígenas, es decir, las normas legales tradicionales no codificadas que difieren del derecho positivo en cualquier país y que otorgan determinados derechos basados en otros estatutos que la ley escrita no reconoce (Stavenhagen & Iturralde, 1990). En otras palabras, lo consuetudinario refiere a lo que se rige por la costumbre y no necesariamente por el derecho escrito.

Desde esta definición entonces podemos dilucidar que lo problemático en los derechos de aprovechamiento de aguas para pueblos indígenas es precisamente la falta de un estatuto especial para los usos consuetudinarios, sin embargo, como veremos, esto no está completamente fuera de la ley y algunos autores han interpretado que este elemento si existe en la legislación chilena.

¹² Para mayor información de esta adquisición visitar <http://www.miningpress.com/nota/11230/pampa-puno-un-proyecto-esencial-para-codelco>

¹³ Artículo 64, Párrafo 2°, Título VIII de la Ley 19.253.

Los usos consuetudinarios en la legislación

Antes de dar cuenta de este análisis es importante destacar que cuando hablamos de uso consuetudinario no nos referimos única y exclusivamente al uso tradicional que los pueblos indígenas hacen del agua. Más bien lo que se intenta mostrar acá es que previo 1981 existe un uso de facto de las aguas por parte de diferentes grupos (y entre ellos los pueblos indígenas).

Dicho aquello entramos en materia. Como bien decíamos al principio de este documento, previo al Código de Aguas de 1981 se promulga el Decreto de Ley 2.063 que establece normas sobre los derechos de aprovechamiento de aguas y facultades para el establecimiento del régimen general de aguas. En el hay una serie de definiciones que regulan la propiedad de los derechos de agua. Uno de los que más interesan a la presente investigación es la que presenta el artículo n°7:

“Se presumirá dueño de 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.”¹⁴

A Juicio de Gentes (2002), este es el artículo clave para entender la naturaleza del derecho consuetudinario de la legislación de aguas en Chile. Es el artículo que reconoce la existencia de usos reconocidos que son previos a la promulgación del Decreto y para dar cuenta de eso hay que volver a la Constitución de la República. Recordemos que la carta magna en su artículo 19 dice “Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos” haciendo clara referencia a los derechos de los particulares sobre las aguas reconocidos o constituidos. En palabras simples, un derecho de aprovechamiento de agua constituido hace referencia a los derechos que fueron otorgados por acto de autoridad¹⁵ mientras que un derecho reconocido, de acuerdo a la interpretación que acá se defiende¹⁶, hace referencia precisamente a los derechos que otorga el artículo n°7 del DL 2.063, aquellos que por uso efectivo otorgan titularidad sobre ellos.

El Código transitorio, en su artículo 2 establece el mecanismo legal de regularización de estos usos “otros”:

“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”¹⁷

¹⁴ Artículo 7, Decreto de Ley 2603 de 1979.

¹⁵ “El derecho de aprovechamiento se constituye originariamente por acto de autoridad. La posesión de los derechos así constituidos se adquiere por la competente inscripción.” Artículo n°20, Código de Aguas de 1981.

¹⁶ Revisar Gentes (2002) y Vergara Blanco (1998).

¹⁷ Artículo Transitorio n°2, Código de Aguas de 1981.

De acuerdo con estas disposiciones que tanto el DL 2.063 como el Código de Aguas de 1981 y la propia Constitución Política contienen, es posible decir que la figura del uso consuetudinario si está presente en la legislación. De acuerdo con Peña (2001), la figura del derecho consuetudinario al uso del agua si existe, es un derecho del cual se tiene propiedad y que para tal efecto tiene un sistema de regularización que permite su posterior inscripción, el gran problema sería que muchos de estos derechos a la fecha no han sido inscritos.

La vigencia del reconocimiento

Ahora bien, de acuerdo a lo que plantean autores como Gentes (2002) y Vergara Blanco (1998) la vigencia del artículo n°7 del DL 2.603 *post* Código de 1981 es real. Para el primero de estos autores, este artículo es el arma de lucha que pueden utilizar los pueblos originarios y comunidades campesinas para hacer valer el derecho consuetudinario de aprovechamiento de aguas y para demostrar aquello hay un caso emblemático que analizamos a continuación.

El día 18 de julio de 1991 la Corte de Apelaciones de Santiago dictaba sentencia respecto a un caso que tenía como partes en conflicto por un lado a la Sociedad Colectiva Civil Administradora de Aguas Pampa Algodonal (de ahora en más “la Sociedad”) y por otro lado al Director General de Aguas. La Sociedad corresponde a una agrupación de regantes del río Azapa en la actual región de Arica y Parinacota quienes basándose en el artículo citado reclaman contra la DGA por no reconocer derechos de aprovechamiento de aguas. En 1981 el DFL 1122 dictado por el régimen militar daba la posibilidad de otorgar derechos de aprovechamiento a privados sobre las obras de riego llevadas a cabo por el Estado que estén total o parcialmente terminadas, sin embargo, para el caso del río Azapa, estas no fueron otorgadas en dicha fecha a la Sociedad por varios motivos entre ellos el desconocimiento de la normativa y por tener derechos vigentes de tiempos previos otorgados por la ya a esa altura desaparecida Corporación de Reforma Agraria (CORA). El conflicto se origina tras la resolución n°320 de 1989 dictada por el Director General de Aguas que desconocía los derechos de aprovechamiento de la Sociedad sobre las aguas de riego en el río Azapa y las reconocía como propiedad del Estado. Frente a la demanda que incluyó una apelación al artículo 7 del DL 2.063, la Corte de Apelaciones dictó lo siguiente:

“el tener presente que el D.F.L. 1.122 de 1981 (Actual Código de Aguas) fue dictado por el presidente de la República en virtud de las facultades delegadas en el D.L. 2.063 de 1979 y bien es sabido que un D.F.L. no puede ir más allá de la ley en virtud de la cual se dicta. Es así como este D.L. 2.063 tiene una especial disposición en su artículo 7 (...) por lo que no es dable aceptar que habiendo reconocido la ley delegatoria el derecho de aprovechamiento de los propietarios del inmueble, calidad de los asentados por el CORA, en el D.F.L. correspondiente se pueda pasar a llevar ese derecho como se pretende interpretar en el artículo 15 transitorio”¹⁸

¹⁸ Revista del Derecho de Minas y Aguas, Vol. III año 1992. Página 325.

En base a esto la Corte de Apelaciones declara que la DGA debe rectificar la resolución 320 reconociendo a las personas a las cuales la CORA le otorgó derechos de agua son los titulares de los recursos en disputa.

La importancia que tiene esta sentencia es que contiene una argumentación potente destinada a la protección y resguardo de los derechos de usos de aguas consuetudinarios que nacieron con anterioridad al Código de 1981. Es cierto que el caso citado tiene la particularidad que los derechos de aguas fueron otorgados previamente por la CORA, sin embargo, esto da pie para plantear que el artículo 7 del DL 2.063 no solo tiene un poder interpretativo, sino que tiene un potencial sustantivo en cuanto al uso consuetudinario de derechos de aprovechamiento. En palabras de Vergara Blanco una sentencia que beneficie una de las partes basado en el artículo 7 del DL 2.063 significará “una reafirmación del valor sustantivo, no sólo interpretativo, del art. 7* del Decreto Ley NP 2.603, de 1979, en materia de aguas, y su papel central respecto de la existencia y reconocimiento de derechos surgidos a partir de los usos consuetudinarios de aguas.” (Vergara Blanco, 1998, pág. 333)

Proyectos de Ley recientes de reformas al Código

Una de las conclusiones preliminares que hasta acá podríamos sacar es que los conflictos de aguas en Chile están determinados en gran parte – si es que no en su totalidad – por la forma en que el Código de Aguas entiende y administra el recurso. Frente a esto, ha habido múltiples intentos de reformas al Código, gran parte de ellos hoy se encuentran o retirados o durmiendo en el Congreso. La pregunta que surge acá es ¿Es una reforma al Código de Aguas la solución? A simple vista pareciera que no. Con el objetivo de ver cuál es la naturaleza de la discusión política respecto al Código, en los siguientes párrafos analizaremos las dos últimas grandes reformas que han ingresado al Congreso en esta materia. La primera de ellas fue ingresada por la propia presidenta Michelle Bachelet a fines del año 2014 como una indicación sustitutiva a un proyecto de reforma anterior ingresado por un grupo de Diputados en 2011 y la segunda de ellas es otra indicación sustitutiva al mismo proyecto pero esta vez por parte de la administración de Sebastián Piñera.

Bachelet y la reforma fallida: el primer round

Corría el 21 de mayo del año 2014 y la entonces presidenta Michelle Bachelet sorprendía en su mensaje presidencial con la siguiente frase:

“No se trata, además, sólo de escasez hídrica, agravada por la larga sequía que experimentamos, sino también de la sobreexplotación de cuencas y del mal uso de los derechos de agua. Es por eso que hemos propuesto reconocer a las aguas como un bien nacional de uso público en sus diversos estados, modificando sustantivamente el Código de Aguas.” (Bachelet, 2014)

Tras esta promesa presidencial, y tan sólo 4 meses después, ingresa al congreso una indicación sustitutiva al proyecto de ley que reforma el Código de Aguas¹⁹ ingresado en 2011. La reforma es bastante ambiciosa pues toca varios de los temas que hemos tratado acá lo cual, como cabría esperar, despertó la fuerte resistencia de grupos opositores.

Un primer elemento que se incorpora en esta reforma es los referido al consumo humano. Basado en las premisas revisadas más arriba referentes a la declaración del acceso al agua como un Derecho Humano Universal, la reforma propone el siguiente artículo:

“Las aguas pueden cumplir diversas funciones, tales como la de subsistencia, que garantiza el uso para el consumo humano y el saneamiento; la de preservación ecosistémica; o las productivas. Siempre prevalecerá el uso para el consumo humano y el saneamiento, tanto en el otorgamiento, como en la limitación al ejercicio de los derechos de aprovechamiento.”²⁰

Posterior a ello, el mismo artículo faculta a la DGA para “reducir de manera temporal el ejercicio de los derechos de aprovechamiento o la redistribución de las aguas (...)”²¹. Entonces un primer elemento importante de esta reforma es que se desmarca de la libertad total de uso de los derechos de aprovechamiento de aguas y prioriza, por sobre todos los demás, el uso humano en cuanto a lo que refiere a consumo y saneamiento.

Un segundo elemento importante es el establecimiento de caudales ecológicos mínimos que aseguren la subsistencia del ecosistema. Este es un tema que la reforma misma no tocó tan fuertemente en su versión original, sin embargo, tras el informe de la Comisión de Recursos Hídricos y Desertificación se estableció lo siguiente:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos anteriores, la DGA siempre podrá establecer un caudal ecológico mínimo a las solicitudes de traslado de ejercicio de derechos de aprovechamiento de aguas superficiales. Podrá, a su vez, establecer un caudal ecológico superior al mínimo establecido al momento de la constitución del o los derechos de aprovechamiento de aguas superficiales (...)”²²

Un tercer elemento importante es la limitación de los derechos de aguas para las faenas mineras. En su artículo n° 56, el Código de aguas dice “Corresponde a los dueños de pertenencias mineras, dentro de ellas, el derecho de aprovechamiento de las aguas halladas en sus labores, mientras conserven el dominio de sus pertenencias y en la medida necesaria para la respectiva explotación”. Por indicación de la Comisión de Recursos Hídricos y Desertificación el artículo n°56 se cambia por:

¹⁹ La indicación sustitutiva se hace sobre el “Proyecto de Reforma al Código de Aguas”, ingresado el 17 de marzo de 2011 por 10 Diputados de diferentes partidos. Boletín n°7543-12.

²⁰ “FORMULA INDICACIÓN SUSTITUTIVA AL PROYECTO DE LEY QUE REFORMA EL CÓDIGO DE AGUAS (BOLETÍN N° 7.543-12)” Artículo 5° bis.

²¹ Ibidem

²² “Informe de la Comisión de Recursos Hídricos y Desertificación Recaído en el Proyecto de Ley que reforma el Código de Aguas”, 20 de octubre de 2015. Pág. 178

“Las aguas halladas por los concesionarios mineros en las labores de exploración y de explotación minera, podrán ser utilizadas por estos en la medida que sean necesarias para dichas faenas y sean informadas a la DGA, indicando su ubicación y volumen por unidad de tiempo, dentro de noventa días corridos desde su hallazgo,”²³

El cambio persigue dos objetivos: por un lado, regular el uso de aguas en terrenos de propiedad privada, y por otro lado dotar de mayores facultades a la DGA.

Un cuarto y último elemento que consideraba esta reforma y que interesa para efectos de este estudio, son las limitaciones que se imponen respecto a la no caducidad de los derechos de aprovechamiento. Aquí es importante recordar que la constitución originaria de los derechos de agua considera perpetuidad, es decir, no existe caducidad en estos derechos. La reforma que acá se analiza se hace cargo, al menos en parte, de este elemento. Mientras que el artículo n°6 del Código original dice:

“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.”²⁴

La reforma propone agregar las palabras “concesión”, “temporal” y “limitaciones”:

“El derecho de aprovechamiento recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce temporal de ellas, de conformidad a las reglas, requisitos y limitaciones que prescribe este Código. Este derecho se origina en virtud de una concesión o por el solo ministerio de la ley.”²⁵

Posteriormente agrega:

“El período de duración del derecho de aprovechamiento que se origina en una concesión no podrá ser superior a 30 años, de conformidad a los criterios de disponibilidad de la fuente de abastecimiento o de sustentabilidad del acuífero, según sea el caso (...) La duración del derecho de aprovechamiento siempre se prorrogará, a menos que la DGA acredite el no uso efectivo del recurso”²⁶

Con este cambio se da un salto sustantivo respecto a los derechos de aprovechamiento de aguas. En primer lugar, se entiende al derecho de aprovechamiento como uno que cae sobre las aguas, haciendo una separación conceptual entre ambos elementos. En segundo lugar, se hace hincapié

²³ Ibidem. Pág 174.

²⁴ Art. 6 del Código de Aguas de 1981.

²⁵ “FORMULA INDICACIÓN SUSTITUTIVA AL PROYECTO DE LEY QUE REFORMA EL CÓDIGO DE AGUAS (BOLETÍN N° 7.543-12)” Artículo n° 6.

²⁶ Ibidem

en que el derecho de aprovechamiento es una concesión y que, como tal, es temporal. En tercer lugar, y en conformidad por los artículos antes revisados, se menciona que si bien la renovación de la concesión va a ser automática pasado 30 años de su constitución, esta va a estar sujeta a criterios de disponibilidad y sustentabilidad – este último criterio referido a consumo humano y caudal ecológico –.

Otro tema que salta a la vista en esta reforma es el de los derechos de los pueblos indígenas en cuanto al acceso a aguas. Si bien la indicación sustitutiva original no contaba con herramientas que protegieran estos derechos, el texto que se aprobó en la Cámara de Diputados incluyó un inciso en el artículo 5 que propuso la Comisión antes citada:

“En el caso de los territorios indígenas, el Estado velará por la integridad entre tierra y agua, y protegerá las aguas existentes para beneficio de las comunidades indígenas, de acuerdo a las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”²⁷

Acá hay un primer elemento importante que es el reconocimiento del concepto de territorio indígena como una entidad no divisible. Esto obliga al Estado a velar por la integridad entre tierra y agua en territorios indígenas. No obstante aquel avance, el texto posterior no deja claras cuales van a ser las herramientas prácticas que la DGA va a tener para asegurar esta integridad y este derecho. Posterior a ello, las indicaciones de la Comisión dan algunas herramientas extras a este derecho: deja exentos de pagos de patentes a los derechos de aguas otorgados a comunidades indígenas y los deja libre de cualquier tipo de caducidad. También prohíbe la venta de derechos de aguas a terceros al menos que estos sean indígenas y de la misma etnia.

A través de estos 5 elementos seleccionados intencionalmente para este análisis, la reforma vislumbra una intención de dotar a la Administración de facultades que en el Código de 1981 no tiene. Permite a la DGA, entre otras cosas, limitar el ejercicio de los derechos de aprovechamiento en función del interés público, este último representado en las figuras del consumo humano y los caudales ecológicos. La reforma otorga facultades de reducir los derechos temporalmente o redistribuirlos e incluye, por vez primera, el resguardo de derechos de grupos vulnerables como comunidades campesinas e indígenas. Esto, como es de esperarse, encuentra una fuerte resistencia por parte de grupos de interés en los derechos de aprovechamiento, a saber, sector minero, agricultor y de producción de energía principalmente.

Bachelet y la reforma fallida: segundo round y K.O

Ahora bien, no obstante estos potentes elementos, que a la luz de los expertos revisten un carácter primordial para avanzar en materia de buena administración del recurso hídrico y que fueron aprobados por una amplia mayoría en la Cámara de Diputados durante el mes de noviembre de

²⁷“Informe de la Comisión de Recursos Hídricos y Desertificación Recaído en el Proyecto de Ley que reforma el Código de Aguas”, 20 de octubre de 2015. Pág. 73

2016, en abril del año 2017 es el mismo Ejecutivo quien envía 27 nuevas indicaciones a la reforma que echan por tierra los avances antes nombrados.

Una investigación periodística de CIPER²⁸ publicada en mayo de 2017, es decir, alrededor de un mes después de las indicaciones finales del Ejecutivo, revela como la presión de los grupos de interés, liderados por el sector del agro, logró doblegar al gobierno obligándolo a cambiar varios de los artículos sustantivos de la reforma. Una de las indicaciones que suscitó más polémica fue la que se le hizo al artículo n°6 – citado más arriba – cuyo contenido dice: “Sustitúyese en el inciso primero del artículo 6 la frase ‘en virtud de una concesión’ por ‘por acto de autoridad’”. Luego se elimina definitivamente el concepto de concesión: “Sustitúyese el vocablo ‘la concesión’ por ‘el derecho de aprovechamiento’”²⁹. En la misma indicación posteriormente se elimina el texto que condiciona la renovación de la concesión a criterios de disponibilidad y sustentabilidad del uso del recurso. Posterior a ello hay una serie de indicaciones que apuntan a eliminar la figura de la concesión y reestablecer la idea del derecho de aprovechamiento perpetuo. Un ejemplo de ello es el cambio que sufrió el Artículo 5° ter, cuyo contenido, en la indicación sustitutiva original decía:

“Artículo 5° ter.- Para asegurar el ejercicio de las funciones de subsistencia y de preservación ecosistémica, el Estado podrá constituir reservas de aguas disponibles, superficiales o subterráneas (...) Sobre dichas reservas, la DGA podrá otorgar a los particulares concesiones para los usos de la función de subsistencia.”³⁰

La indicación que se le hace propone el siguiente cambio: “Reemplázase en el inciso tercero, la frase “otorgar a los particulares concesiones” por la siguiente: ‘constituir derechos de aprovechamiento’”³¹

Otro punto que sufre cambios es el de los caudales ecológicos. Se elimina el inciso propuesto en la reforma original que daba facultades a la DGA para crear un caudal ecológico en zonas donde el ecosistema se vea afectado y en cambio se propone que “en su calidad de organismo sectorial – haciendo referencia a la DGA – con competencia ambiental y en el marco de la evaluación ambiental de un proyecto, proponer un caudal ecológico mínimo o uno”. Con esto, si bien es cierto que se considera un caudal ecológico mínimo, no se le da a la DGA facultades reales para poder establecerlo. Más bien se pone a la DGA como un organismo cuya capacidad de acción se limita a “proponer” un caudal ecológico.

²⁸CIPER Chile: “El exitoso lobby que tumbó artículos clave de la Reforma al Código de Aguas” Publicado el 26 de mayo de 2017. Disponible en <https://ciperchile.cl/2017/05/26/el-exitoso-lobby-que-tumbo-articulos-clave-de-la-reforma-al-codigo-de-aguas>

²⁹ Ambas citas corresponden a la indicación n°19, Numeral 4 sobre Artículo n°6. Disponible en <https://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=2259&prmTIPO=INDICACIONPLEY>

³⁰ “FORMULA INDICACIÓN SUSTITUTIVA AL PROYECTO DE LEY QUE REFORMA EL CÓDIGO DE AGUAS (BOLETÍN N° 7.543-12)” Artículo n° 5 ter.

³¹ Indicación n°10, Numeral 3 sobre Artículo n°5 ter. Disponible en <https://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=2259&prmTIPO=INDICACIONPLEY>

Finalmente, una última indicación elimina el inciso 4 del artículo 56 citado en el apartado anterior y que obligaba a las mineras a informar a la DGA sobre recursos hídricos subterráneos encontrados en sus faenas. Aquel artículo daba la facultad a la DGA para decidir, en un plazo de 90 días, si dichos recursos podían ser utilizados y cuánto en función de la sustentabilidad de los ecosistemas asociados a las cuencas y consumo humano.

Estos tres ejemplos citados muestran como tras una reforma que potenciaba los elementos más vitales para asegurar el consumo humano, caudales ecológicos, para contrarrestar el efecto especulativo sobre las aguas y, en definitiva, regular el mercado de derechos de aprovechamiento, se dio paso a un texto que en su esencia no difiere del Código de Aguas de 1981. Esta, sin embargo, no es la reforma que por estos días se discute en el congreso, como veremos a continuación, el actual Gobierno de Sebastián Piñera le hizo aun más indicaciones al proyecto.

Piñera y la tercera ola de indicaciones: la vuelta al modelo de mercado

Corría principios de 2019 y el presidente Sebastián Piñera anunciaba una serie de indicaciones sustitutivas a la reforma que se discutía en el Congreso, como vimos, desde 2011. Estas entran al Congreso a finales del mes de enero e incluyen una serie de cambios que representan un nuevo giro en la discusión de la reforma.

Un primer elemento que destaca, para efectos de este análisis, es la eliminación de los artículos referidos a pueblos indígenas que citamos anteriormente. En su lugar, ahora el artículo 5 obliga al estado asegurar el acceso al consumo humano y prohíbe la constitución de derechos sobre glaciares. Este es un primer retroceso en la medida que contraviene las determinaciones que plantea el Convenio 169 de la OIT y cuyo contenido es la fuente de las indicaciones que se hacen a la reforma anterior en esta materia.

Un segundo punto que causó polémica tanto en la opinión pública como en la discusión parlamentaria es el de la caducidad de los derechos de aprovechamiento. Recordemos que la primera reforma ponía un plazo de 30 años que se podían renovar en función de la sustentabilidad de los ecosistemas y el acceso al consumo humano. Al respecto, el gobierno se hace cargo y explica por qué es necesario mantener el régimen de perpetuidad sobre los derechos de aprovechamiento de aguas:

“En un modelo de gestión del agua con participación privada, es fundamental que exista certeza jurídica de los derechos de aprovechamiento de aguas para que cada actor asuma los costos derivados de la escasez hídrica, tales como posibles reducciones temporales de extracción o inversiones en infiltración de aguas, con el objeto de obtener beneficios en el mediano y largo plazo. Por ello, se propone no innovar respecto de las características de los derechos que se establecen en el Código vigente. Es decir, se propone mantener las características de duración, transferibilidad y no caducidad de los derechos.”³²

³² Preámbulo “FORMULA INDICACIÓN SUSTITUTIVA AL PROYECTO DE LEY QUE REFORMA EL CÓDIGO DE AGUAS (BOLETÍN N° 7.543-12).” Pág. 14. 10 de enero de 2019.

En palabras del propio Ministro Fontaine – Ministro de Obras Públicas – a lo que apunta esta nueva indicación sustitutiva es a la certeza hídrica. De acuerdo con sus palabras, es este último elemento el problema de las aguas no la certeza jurídica. El Código de Aguas vigente – dice el Ministro – considera la escasez hídrica como un fenómeno eventual por lo que lo que intenta hacer esta nueva reforma es regular de mejor manera el uso del agua en un contexto permanente de escasez. De acuerdo con esto, el problema entonces no sería la forma en que se han distribuido los derechos de aprovechamiento de aguas en Chile, sino que lo sería el hecho de que no hay certeza hídrica respecto a ellos³³. Esta forma de entender el asunto implica no quitarle el carácter de bien privado al agua y asegurar en todo escenario que la propiedad de ellos se mantendrá.

Un tercer elemento que destacamos es lo que concierne a las aguas subterráneas de las faenas mineras. Recordemos que el Código vigente permite que las mineras exploten recursos hídricos subterráneos encontrados en sus faenas sin tener que pedir permiso. La reforma anterior obligaba a las faenas mineras a dar aviso de la localización de estos recursos y pedir autorización para su uso frente a lo cual al DGA tenía un plazo de 90 días de respuesta. La indicación sustitutiva que Sebastián Piñera realiza toca este tema, pero de una manera más amigable con la minería. En el artículo n°56 que refería a este tema agrega:

“La Dirección General de Aguas directamente o a través de la respectiva comunidad de agua subterránea, requerirá a los dueños o titulares de pertenencias mineras que exploten aguas halladas en sus labores, un informe exponiendo la extracción total de agua subterránea del año anterior”

Luego agrega:

“La Dirección General de Aguas podrá limitar dichos usos si hubiere grave afectación de los acuíferos o de derechos de terceros a consecuencia de estos aprovechamientos. (...) La Dirección General de Aguas, por resolución, determinará las formas, requisitos y periodicidad para entregar la información, incluyendo un procedimiento especial para la minería artesanal y pequeña minería”

Si bien es cierto que esta indicación le otorga la facultad a la DGA de solicitar un informe sobre el uso del agua y le da la potestad de limitar estos usos en caso de riesgo de los acuíferos, no establece de forma explícita en qué situaciones se solicitarán estos informes. Da total libertad a las mineras para utilizar el recurso sin que la DGA necesariamente tome conocimiento de si es posible utilizar o no el recurso previamente poniendo en riesgo tanto los caudales ecológicos como el derecho humano al acceso al agua. Ahora bien, no obstante aquello es importante señalar que la indicación que sigue a la citada protege algunos sectores de las regiones de Arica y Parinacota, Tarapacá, Antofagasta, Atacama y Coquimbo previa declaración por parte de la DGA. Esto permite crear zonas

³³ Entrevista realizada en CNN Chile disponible en https://www.cnnchile.com/pais/ministro-fontaine-descarta-perpetuidad-de-los-derechos-de-agua-fue-un-error-de-interpretacion_20190128/

de restricción o prohibición: en las primeras se pueden otorgar algunos derechos limitados mientras que en las segundas está totalmente prohibido la constitución de derechos.

Conclusiones y recomendaciones de cara a una reforma al Código de Aguas

El presente trabajo da cuenta de una serie de consideraciones tanto sociológicas como jurídicas respecto al agua y sus usos. Repasando un poco la historia de la legislación de las aguas en Chile vimos que el Código de 1981 es sumamente innovador en la medida que es el primero que entendiendo el agua como un bien nacional de uso público impone una serie de herramientas reguladoras que lo transforman en un bien privado. A partir de ello es que se genera toda una normativa que tiene algunas características que les dan una particularidad respecto a otras normativas de aguas en el mundo: (1) pone en marcha un mercado de derechos de aprovechamiento de aguas, donde estos son transables como cualquier otro bien y se regulan por los principios de oferta y demanda. (2) La regulación mercantil impide cualquier tipo de jerarquización o priorización de usos – a diferencia de lo que los anteriores códigos hacían –. Esto deriva en que el consumo humano pasa a ser un uso más y que no adquiere ninguna prioridad frente a usos productivos. (3) Al no tratar el agua como un recurso indispensable para la vida tampoco define grupos o zonas que se puedan ver vulneradas por el no acceso al agua. Con esto referimos particularmente a grupos indígenas – que como sabemos han sido históricamente despojados de sus tierras y aguas – y a zonas de riesgo ecológico. (4) Reconoce el uso consuetudinario, aunque no le da ningún estatuto especial. Por lo demás, la desinformación inicial ha derivado en que muchas de esas aguas que venían siendo utilizadas tradicionalmente por grupos indígenas o campesinos fueran inscritas por terceros, hecho que hoy es muy difícil de revocar (5) La mercantilización del recurso da paso a efectos perversos como lo son la sobre explotación de las cuencas y el acaparamiento de derechos de aprovechamiento por parte de agentes especuladores. (6) El punto anterior se ve fortalecido por el hecho que la constitución original de derechos fue gratuita y da perpetuidad a sus titulares. Esto favorece la lógica de mercado y el acaparamiento en la medida que no exige el uso efectivo de las aguas y no significa ningún gasto de inversión para sus titulares originales.

Frente a esto hay una serie de conclusiones que se pueden sacar. En primer lugar, y quizás lo más palpable, es que las visiones de quienes idearon este Código probaron estar profundamente equivocadas. Hernan Büchi, uno de los grandes defensores del legado neoliberal de la dictadura, se refería al Código de Aguas de 1981 de la siguiente manera:

“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 (...) 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) extraído de Gentes (2002). Pág. 3)

La regulación mercantil del agua, como hemos visto, ha derivado en una asignación no correcta de los recursos, menos aún ha resguardado su función social. Incluso si entendiésemos la función social del agua como una función únicamente productiva – que es como desde la lógica neoliberal se entiende – diríamos que este tipo de regulación no ha sido eficiente. Como lo demuestran datos actuales de la asignación de derechos de aprovechamiento de aguas hay ríos que presentan una fuerte brecha entre la demanda que de sus cuencas se hace y la capacidad de oferta de recursos hídricos que tiene. El río Los Choros por ejemplo, que cruza las regiones de Atacama y Coquimbo, presenta una brecha de un 824% entre oferta y demanda, el río La Ligua, conocido por la crisis hídrica de la provincia de Petorca en la quinta región, posee una brecha de un 129%. Otros ríos como el San José, Petorca y Limarí presentan una brecha de un 87% ubicándose dentro de una zona de riesgo hídrico³⁴ (Escenarios Hídricos, 2018). Como decíamos más arriba, este tipo de administración mercantil que tanto se glorifica desde el ala neoliberal chilena también tiene como efecto el acaparamiento y la especulación con derechos de aprovechamiento. Un caso emblemático investigado por CIPER es el del empresario Isidoro Quiroga, quien sólo entre 2008 y 2013 tuvo ganancias de hasta US\$25 millones por ventas de derechos de aguas que le fueron otorgados de manera gratuita durante la Dictadura.³⁵

Una segunda conclusión que se desprende de este estudio es que no obstante cualquier ley externa al Código, cualquier tipo de legislación que refiera al uso de las aguas entra a la lógica mercantil. Lo vimos en el caso de la Ley Indígena, la cual si bien considera una conceptualización del agua acorde a la cosmovisión indígena – agua como un bien indispensable y no separable de la tierra – las medidas que toma no son eficientes. Esto último, pues considera un fondo para tierras y aguas indígenas, lo cual hace entrar a CONADI al mercado de las aguas como un agente comprador más y no le otorga mayores facultades que permitan resguardar de manera correcta el derecho a las aguas de los pueblos indígenas. Esto se liga directamente con el uso consuetudinario de aguas, tema frente al cual vimos que efectivamente hay mecanismos legales que permiten reconocer este derecho, sin embargo, se hace necesario un reconocimiento explícito y que otorgue herramientas tanto a la DGA como a CONADI para hacer efectivos este tipo de uso.

Una tercera conclusión dice relación con las reformas. Vimos que a la fecha han existido tres intentos de reformas – la tercera de ellas está siendo discutida actualmente en el Congreso – las cuales difieren cada una entre sí. Michelle Bachelet propuso una reforma sustantiva al Código de Aguas de 1981 que conceptualizaba el agua desde otra perspectiva. La entendía en primer lugar como un derecho humano para posteriormente reconocer usos con fines productivos. Esta conceptualización es importante pues deriva en una serie de herramientas posteriores que van a asegurar el acceso al agua: la reforma dotaba a la DGA con facultades reales para hacer efectivo aquel derecho, incluyendo la suspensión de derechos de aguas en zonas donde la escasez hídrica

³⁴ La brecha corresponde a un indicador que mide el porcentaje de la capacidad total de la cuenca que está siendo demandada para diferentes usos. Un porcentaje mayor al 100% indica que lo demandado excede la capacidad total de la cuenca en cuestión. Para más información revisar (Escenarios Hídricos, 2018).

³⁵ CIPER Chile: “La historia del discreto empresario que se transformó en el zar de las aguas en Chile” publicado el 10/12/2013. Disponible en <https://ciperchile.cl/2013/12/10/la-historia-del-discreto-empresario-que-se-transformo-en-el-zar-de-las-aguas-en-chile/>

afectara el consumo humano o los caudales ecológicos para mantener el ecosistema. Luego de ser acusada de “retroactiva” e “inconstitucional” por sectores de oposición y grupos de interés, fue el mismo gobierno quien realizó cambios a su propio proyecto que finalmente, si bien seguía reconociendo el Derecho Humano al agua, no dotaba a la DGA con facultades reales para hacer efectivo dicho derecho. La última reforma adolece del mismo problema y además no toca la perpetuidad de los derechos de aguas ya otorgados y por otorgar. Lo que hoy se discute en el Congreso sigue siendo una reforma que mantiene los principios fundantes del Código de Aguas de 1981, que si bien dota de mayores y mejores facultades a la DGA, esta sigue estando en una posición de desventaja frente a los derechos de propiedad privada sobre la explotación de las aguas. Para el gobierno actual, el problema no es el mercado de las aguas sino la disponibilidad del recurso. Esta manera de entender el conflicto pasa por alto la sobre explotación de las cuencas y la mala distribución de los derechos de aguas, sin embargo, la solución sigue siendo a través del mercado: es 22 de marzo de 2019, y como gesto acorde al día mundial del agua, el actual Ministro de Obras Públicas Juan Andrés Fontaine anunció la compra de derechos de aguas por alrededor de 66 millones de pesos en la zona del río Petorca con el fin de paliar la crisis hídrica y asegurar el consumo humano. La lógica sigue siendo mercantilista y reduce al Estado a principios neoliberales: en las esferas de la vida social que el mercado no sea regulador entra el Estado, pero como un agente más dentro de él.

Frente a estas ineficiencias que presenta la regulación actual y la reforma, y basados en toda la evidencia expuesta en esta investigación, se establecen sugerencias para una correcta reforma al Código de Aguas que apunte a fortalecer las facultades de la DGA con miras a resguardar de manera efectiva los usos prioritarios del recurso hídrico:

- (1) Dotar a la DGA de recursos para tener un correcto catastro y registro de las aguas en las cuencas de Chile. Uno de los grandes problemas y que incide en la desregulación del mercado de los derechos de aprovechamiento es la falta de información respecto a las cuencas. Esto ha derivado en otorgar derechos de aprovechamiento que exceden la capacidad de las cuencas. Desde esta perspectiva, lo primero que se debe asegurar es una información exacta y verídica de las cuencas del país.
- (2) En base a esta información regular los derechos de aprovechamiento de aguas. La DGA debe tener la capacidad de limitar los derechos de aprovechamiento otorgados de manera excesiva. Esto se puede hacer mediante la suspensión temporal o la caducidad definitiva de derechos, en este último caso con una compensación asociada. Esta compensación no debe responder a criterios mercantiles pues basado en eso, y tomando en cuenta que esta caducidad ocurriría en cuencas con gran demanda, los precios serían en extremo elevados. Se deben tomar en cuenta consideraciones como el precio inicial que pagó cada titular por los derechos adquiridos, cuánta rentabilidad le genera el uso efectivo de dichos derechos y los prejuicios asociados a su caducidad de derechos.
- (3) Lo anterior deriva del establecimiento estricto de caudales ecológicos que aseguren el funcionamiento correcto de los ecosistemas asociados a la cuenca y al consumo humano que de ella se hace.

- (4) Todo lo anterior implica que la DGA tenga herramientas que le permitan una acción rápida sobre todo en zonas vulnerables. En concordancia con acuerdos internacionales suscritos por Chile³⁶, especial énfasis deben tener los grupos indígenas en cuanto al acceso al agua. Se debe asegurar una concordancia entre el Código de Aguas y la Ley Indígena con el fin de dotar a esta última de facultades que le permitan asegurar los territorios – como vimos con anterioridad esto incluye las tierras y todos los recursos que en ellas se encuentran – de los pueblos indígenas.
- (5) La recomendación anterior implica que la Ley Indígena tenga frente al Código de Aguas facultades que no sólo le permitan constituir nuevos derechos de aprovechamiento para comunidades indígenas, sino que basados en el derecho de uso consuetudinario – y demostrando la preexistencia de usos tradicionales – le permitan otorgar estos derechos mediante la caducidad de derechos de terceros.
- (6) Con el fin de una mejor regulación en cuanto a la sustentabilidad del recurso se debe reestablecer la indicación de la primera reforma acá estudiada que cambiaba la concepción del derecho de aprovechamiento a una concesión con una caducidad preestablecida. Tal como ese proyecto lo indicaba, la caducidad se debe poder anticipar en la medida que el titular del derecho no haga uso efectivo del recurso. Esto, de acuerdo con expertos en el tema, es una medida efectiva que combate la especulación con derechos de aguas y todos los perjuicios asociados.
- (7) Cualquier tipo de indicación – como las que acá se proponen – quedan en el rango de inconstitucionales en la medida que están atentando contra el derecho a la propiedad privada de los derechos de aguas contenido en el artículo n°10 de la Constitución de la República. En este sentido, una de las medidas que más urge tomar, pero que a la vez es de las que reviste mayor dificultad, es reformar aquel artículo de la Constitución. De no llevarse a cabo este cambio, cualquier reforma contra el actual Código de Aguas tiene alta probabilidad de fracasar por la inconstitucionalidad de su contenido.

³⁶ El más importante de ellos es el Convenio 169 de la OIT, cuyo artículo 15 dice: “Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos”.

Referencias

- Agredo, G. (2006). El territorio y su significado para los pueblos indígenas. *Revista Luna Azul*(23), 28-32.
- Albornoz, P. (2000). Jornadas de Derecho de Aguas. *Los Derechos de Aprovechamiento de Aguas Indígenas: El caso de las etnias Aymará, Atacameña y Mapuche*. Santiago.
- Atria, F., & Salgado, C. (2015). *La propiedad, el Dominio Público y el Régimen de Aprovechamiento de Aguas en Chile*. Santiago: Thomson Reuters.
- Bachelet, M. (2014). Mensaje Presidencial 21 de Mayo.
- Büchi, H. (1992). Principios orientadores del Esquema Económico Chileno. En U. N. Bello (Ed.), *La Transformación Económica de Chile* (págs. 11-28). Santiago: Editorial e Impresora Alborada S.A.
- Cristi, O., & Poblete, C. (2011). Qué nos dicen los conservadores de bienes raíces del mercado de aguas. *Serie Working Paper, Escuela de Gobierno UDD*(16).
- Gentes, I. (2002). *studio de la Legislación Oficial Chilena y del Derecho Indígena a los Recursos Hídricos*. Santiago: CEPAL.
- INDH. (2013). *Situación de los Derechos Humanos en Chile. Informe anual 2013*. Santiago: Instituto Nacional de Derechos Humanos.
- Lillo, R. (2001). Situación de los derechos indígenas en Chile. *Liwen*(6), 1-19.
- Mathus, M., & Andino, M. (2007). Uso de las aguas públicas y privadas. *Derecho y administración de aguas*(1), 177-220.
- Banco Mundial (2011). *Chile: diagnóstico sobre la situación de los recursos hídricos*. Santiago.
- Banco Mundial (2013). *Estudio para el mejoramiento del marco institucional para la gestión del agua*. Santiago.
- Peña, H. (2001). *20 años del Código de Aguas: reflexiones desde la administración*. Santiago de Chile: Jornadas de Derecho de Aguas, Pontificia Universidad Católica de Chile. Programa del Derecho Administrativo.
- Peña, H. (2004). Chile: 20 años del Código de Aguas. En CEPAL, *Mercados (de derechos) de agua: Experiencias y propuestas en América del Sur* (págs. 13-25). Santiago: CEPAL.
- Romero, H., Videla, A., & Gutiérrez, F. (2017). Explorando conflictos entre comunidades indígenas y la industria minera en Chile: las transformaciones socioambientales de la región de Tarapacá y el caso de Lagunillas. *Estudios Atacameños*(55), 231-250.
- Rowlands, J. (2018). Penuria del agua indígena: una construcción social de desigualdades en la cuenca del río Loa. *Agua y Territorio*(11), 109-122.
- Saura, J. (2011). El Derecho Humano al Agua Potable y al Saneamiento en perspectiva jurídica internacional. *Derechos y Libertades*, II(26), 145-180.
- Stavenhagen, R., & Iturralde, D. (1990). *Entre la ley y la costumbre: el derecho consuetudinario indígena en América Latina*. México: IIDH.
- Toledo, V. (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.

- Unidas, N. (2010). 64/292. El derecho humano al agua y saneamiento., (págs. 1 - 3).
- Vergara Blanco, A. (1998). Estatuto Jurídico, Tipología y Problemas actuales de los Derechos de Aprovechamiento de aguas. *Estudios Públicos*(69), 155-205.
- Verges, J. (2010). *Síntesis del diagnóstico de la gestión de los recursos hídricos: primer borrador. Informe preparado para el diagnóstico de la gestión de los recursos Hídricos*. Santiago.