

AGUAS INDÍGENAS: CATEGORÍA EXCEPCIONAL

RODRIGO MUÑOZ PONCE

Abogado

El presente trabajo intenta comprobar, en base a la legislación y principios jurídicos vigentes, que no todas las aguas existentes en el territorio chileno son bienes nacionales de uso público. En efecto, existe, a nuestro entender, una categoría distinta, derivada de la ley N° 19.283, denominada también Ley indígena, cuerpo legal que desafecta dicho recurso del régimen general, atribuyéndose directamente a una etnia determinada: La aymará.

Para comenzar este análisis, quizá sea necesaria una reflexión general previa: Parece ser cierto que en el Derecho, como fenómeno social que es, las cosas –e incluso los hechos jurídicos– son convenciones *representativas* de lo que en realidad son, acuerdos logrados sobre la base de negociaciones que representan las tratativas de un “Pacto Social Roussonian” que, a nuestro juicio, todavía no termina de afinarse¹. Así las cosas, independientemente de los términos que utilicemos para definir los bienes –jurídicamente hablando–, no nos resulta insensato entender que las aguas, no obstante ser bienes nacionales de uso público, y que en virtud de tal calidad no puedan ser objeto de apropiación privada, puedan, sin embargo, atribuirse a alguien, quien, sin ser dueño de ellas, pueda físicamente consumirlas, por un hecho de prestidigitación llamado Solicitud del derecho de aprovechamiento de carácter consuntivo. Las reglas, los principios e incluso los valores jurídicos pueden tener poco que ver con la realidad, o con lo que entendemos accidentalmente por realidad. Se es persona desde que se nace: antes de ello sólo es una entidad que por ficción legal puede tener derechos; un caballo es jurídicamente indivisible, aunque la física insista en demostrarnos lo contrario. Sea como fuere, cuando el Derecho no está regulando conductas humanas (caso en el que es pertinente llegar a consensos), sino que intenta definir elementos de la realidad o de la naturaleza –como en el caso del Derecho ambiental o el Derecho de aguas– debiera, por lo menos, ser coherente con lo que nos dicen las ciencias físicas. Cuando se desea proteger el medio ambiente natural y los ejemplares de flora y fauna de un país, es necesario conceptuar y precisar el bien jurídico protegido. El artículo IN° 2 de la Convención de Washington prescribe que se entenderá por Reservas Nacionales: Las ... Aquí es donde es preciso detenerse y preguntarse si las aguas no conforman, acaso, la riqueza natural de un país. No creo haber escuchado nunca un discurso o la presentación de una ponencia siquiera que no comience afirmando este aserto que parece natural y obvio. Las aguas, bienes definidos por el código del ramo, son el aparato circulatorio –si se me permite la expresión– de ese “cuerpo protegido” llamado Reserva Nacional. No parece convincente que se intente resguardar un bien patrimonial natural desestimando precisamente uno de los elementos básicos que le dan vitalidad. Si se conceden derechos de aprovechamiento consuntivos sobre las aguas que están en las venas de una Reserva Nacional, se estará permitiendo que, mediante el artificio de los cambios de puntos de captación, se trasladen esos derechos y, como una transfusión sin retorno, se extraigan, consecuentemente, las aguas que lo alimentan.

Hecha esta reflexión, valga la siguiente observación empírica: no es casualidad –por lo menos en la Primera Región– que en las zonas calificadas como Parques o Reservas Nacionales existan o cohabiten las comunidades y grupos familiares indígenas, subsistiendo diariamente con el entorno biótico de las vegas y bofedales y el ecosistema que éstos sustentan.

Ahora bien, desde el día 5 de octubre de 1993 (fecha en que se publica la Ley indígena) se comienzan a reconocer por vez primera la diversidad étnica y cultural de la nación chilena y la

¹ Incluso los mismos derechos han sido definidos como “Triunfos Políticos frente al Poder” (Ronald Dworkin, Los derechos en serio, Barcelona, 1984).

protección especial que merecen los recursos naturales asociados a las comunidades indígenas existentes. El agua, por cierto, no podía quedar excluida de tal categoría, y por ello se establece en su artículo 64 lo siguiente: “Se deberá proteger especialmente las aguas de las comunidades Aymará 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”. Esta norma es doblemente especial, ya que, por un lado, está contenida en una legislación sectorial (lo que al amparo del art. 4º del C.C. procede su aplicación con preferencia a los otros cuerpos legales mencionados), y por otra parte, dentro de la misma ley indígena, a su vez, se encuentra entre aquellas disposiciones particulares complementarias para los Aymará, Atacameños y demás comunidades indígenas del norte del país, toda vez que el legislador comprendió que este recurso es singularmente especial para estas etnias que sobreviven en climas desérticos, pasando a ser un elemento que supera para ellos la mera categoría de bien económico –que ya es mucho decir– para significar valores en otros ámbitos, incluso los religiosos.

Pues bien, nos encontramos, entonces, con que la primera parte de este artículo hace expresa mención a *las aguas* de las comunidades Aymará y Atacameñas, es decir a los bienes corporales (físicos), lo que implica un tratamiento jurídico especial y distinto respecto de toda otra agua afectada como bien nacional de uso público (la generalidad de las aguas), descrita tanto en el Código del ramo como en el Código Civil.

Así las cosas, podemos señalar que este artículo, desde su primera frase, contiene una protección a *las aguas* (no a los derechos de aprovechamiento) de las comunidades Aymará y Atacameñas. En segundo lugar, refiere una presunción de dominio y uso, respecto de aquellas aguas que estén ubicadas en los terrenos de la comunidad, distinguiendo, por último, que todo lo anterior es “sin perjuicio de los derechos que terceros hayan inscrito de conformidad al código general de aguas.” Sobre esta presunción, de dominio y uso, parece necesario aclarar aspectos referidos a su correcto alcance: la ley *considera a estas aguas “bienes de propiedad y uso”* de las comunidades indígenas establecidas por la ley. Es decir, si se presenta el presupuesto establecido en la ley (que las aguas, tales como ríos, canales, acequias y vertientes, *se encuentran en los terrenos de la comunidad indígena*) entonces se estimarán no sólo de propiedad, sino también de uso de las respectivas comunidades. Entendemos que la ley debió utilizar la palabra *se considerarán de propiedad*, ya que estos bienes nunca han sido inscritos para probar su dominio, ni pueden serlo, ya que lo que se inscribe son los derechos y no las aguas mismas. Con respecto al derecho de uso, sería uno de los excepcionales casos de “derecho de uso legal”, en el sentido de ser su fuente directamente la ley. Lo interesante aquí es que, una vez probado el hecho de la pertenencia de estas aguas a las tierras indígenas, se confirma la consecuencia prevista por la ley, y, conforme los términos perentorios de la norma, no cabría prueba en contrario: las aguas pasarían a formar parte del patrimonio indígena. Como es obvio, esta declaración no podía vulnerar el derecho de propiedad garantizado por la Constitución, y agregó la salvedad de los derechos ya inscritos en el último párrafo del inciso en comento.

Esto nos confirma el hecho de que el legislador al hablar de dos cosas diferentes, a saber, “aguas” –cosa corporal, renovable, corruptible– y luego “derechos” –cosa incorporeal, no degradable–, está otorgando un trato también diverso perfectamente distintivo de ambas cosas, siendo clarísima su intención de no confundir los términos. Este aserto, al amparo de reglas de interpretación del Código Civil –obligatorias para el juez–, prescribe perentoriamente que: “Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu”. (art. 19 inciso 1 Código Civil). Es importante señalar que el inciso segundo del artículo 64 de la Ley indígena antes individualizada plantea una importantísima restricción al Estado (Dirección General de Aguas), entidad llamada por ley a otorgar o conocer de las regularizaciones de derechos de aprovechamiento, en el sentido de prescribir que: “No se otorgarán nuevos derechos de aguas sobre lagos, charcos, vertientes, ríos y otros *acuíferos que surten a las aguas de propiedad de varias Comunidades Indígenas* establecidas por la ley sin garantizar, en forma previa, el normal abastecimiento de agua a las comunidades afectadas.”

En primer lugar, habría que señalar que nuestra Constitución Política establece, dentro del capítulo de los derechos fundamentales, el de propiedad y el de la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, acceso éste que forma parte del estatuto mismo de la propiedad. Para ello, el constituyente prescribe que: “La Constitución asegura a todas las personas” (art. 19 N° 23) “la

libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres *o que deban pertenecer a la nación toda y la ley a lo declare así*. Lo anterior es sin perjuicio de lo prescrito en otros preceptos de esta Constitución. Una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional puede establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes”.

De la norma transcrita se desprenden dos grandes alcances, que son los que pretendo abordar en este trabajo:

- 1) Por un lado, la Constitución quiere asegurar a toda persona la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, esto es, de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil, todas las cosas corporales o incorporeales susceptibles de apropiación. Sin embargo, los bienes que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres *o que deban pertenecer a la nación toda y la ley lo declare así*, se exceptúan del principio enunciado anteriormente. Por tanto, los bienes nacionales de uso público—como las aguas—no participan de la libertad de adquisición privada;
- 2) Por otro lado, para minimizar el accionar del Estado frente al particular en materia de apropiaciones, se garantiza que sólo en virtud de una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional, se pueden establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes.

Con respecto al primer punto, debemos señalar que las leyes aplicables en esta materia, ordenadas cronológicamente por su entrada en vigencia, son el Código Civil, el Código de Aguas, y la normativa especial reflejada en la Ley N° 19.253, denominada también Ley indígena. La enumeración anterior es importante desde el punto de vista hermenéutico, tanto por la cualidad derogatoria que posee toda ley nueva respecto de la antigua como por la especificidad de las materias tratadas en ellas, las que, como veremos, indican una clara orientación interpretativa a la afirmación con que empezamos este trabajo.

En efecto, los dos primeros cuerpos legales coinciden en establecer que las aguas son bienes nacionales de uso público: art. 595 del Código Civil: “Todas las aguas son bienes nacionales de uso público”, art. 5° del Código de Aguas: “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”. Por tanto, las aguas, salvo las excepciones específicas contempladas en la ley, se encuentran fuera del comercio humano, no siendo susceptibles de apropiación privada.

Lo que se está afirmando no escapa al sentido lógico que alguna vez sustentó al legislador: en efecto, existen legalmente ciertas aguas que, por su situación física, tampoco están sujetas a la normativa general, ya que respecto de ellas se mantiene un principio de unidad no explicitando, pero se desprende de su texto, cuando el art. 20 del Código de Aguas exceptúa ciertas situaciones que se había encargado de enunciar: “El derecho de aprovechamiento se constituye originalmente por actos de autoridad. *Exceptúanse los derechos de aprovechamiento sobre las aguas que corresponden a vertientes que nacen, corren y mueren dentro de una misma heredad*, como asimismo, sobre las aguas de lagos menores no navegables por buques de más de cien toneladas, *de lagunas y pantanos situados dentro de una sola propiedad* y en las cuales no existan derechos de aprovechamiento constituidos a favor de terceros, a la fecha de vigencia de este Código. La propiedad de estos derechos de aprovechamiento pertenece, por el solo ministerio de la ley, al propietario de las riberas. Se entiende que mueren dentro de la misma heredad las vertientes o corrientes que permanentemente se extinguen dentro de aquélla sin confundirse con otras aguas, a menos que caigan al mar.”

Aunque —y es necesario decirlo— *aún en este caso* se hace referencia a “*derechos de aprovechamiento sobre las aguas que...*”, y no sobre las aguas mismas, como lo hace el legislador de la norma indígena. Queda claro, entonces, el propósito cautelar del legislador, cuya finalidad es respetar, además de la propiedad, algo evidente: un recurso directamente asociado a un entorno ecológico—generalmente ecosistemas—que dice directa relación con las actividades socioculturales y económicas indígenas.

Si se analiza orgánicamente la Ley indígena se puede señalar que el resultado de esta conclusión es obvio, ya que se reconoce el principio de indisolubilidad entre el recurso tierra y el recurso agua,

elementos que han sido separados artificialmente en la legislación general, estableciendo procedimientos adquisitivos y registros diferenciados de aplicación. Como dice Vergara Blanco, “Los hombres tenemos la pretensión de que la naturaleza se someta a nuestras exigencias”.

Concluyendo, podemos destacar que este trabajo se encuadra en una interpretación que respeta tanto los principios clásicos de hermenéutica como aquellos modernos sistemas de interpretación que recogen los elementos evolutivos históricos que han venido desarrollándose en la conciencia universal y que se han ido recogiendo, tardíamente, en la cultura jurídica de nuestro país.

Es importante señalar que son los derechos los que determinan la ley y no al revés, y especialmente, en el caso de las aguas, parece imprescindible que el derecho recoja la realidad física de los procesos naturales y, en la especie, las condiciones socioantropológicas que justifican la realidad de las comunidades aymarás, y los incorpore a las dinámicas hermenéuticas.

Con respecto al segundo punto, la pregunta crucial es si la Ley indígena –que no es de quórum calificado–, que es una ley ordinaria –aunque aprobada en su momento prácticamente por unanimidad, momento histórico especialísimo en que todas las facciones políticas estuvieron acordes con esta normativa–, efectivamente establece limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes. En este punto se debe recordar que la Carta Fundamental entrega a la ley la facultad de afectar o desafectar determinados bienes del ámbito público. En efecto, “el constituyente le ha entregado a la ley ordinaria o común la regulación o constitución del derecho sobre las aguas”. El intérprete debe entender que tal ley es la ley común u ordinaria, porque cuando la Constitución se refiere a la “ley” sin adjetivos, se entiende que es la ley común, como porque dicha clase de leyes representan la regla general en nuestro Código Político, constituyendo las leyes interpretativas, las orgánicas constitucionales y las de quórum calificado la excepción dentro de la denominación genérica de ley.

La circunstancia de que sea una ley común u ordinaria la que deba normar el estatuto jurídico aplicable al reconocimiento y constitución del derecho de aprovechamiento sobre las aguas no significa en manera alguna debilitar la adquisición originaria de tal derecho, pues esa ley común al igual que la ley de quórum calificado debe respetar la preceptiva constitucional en su consagración legislativa concreta. En consecuencia, cualquier temor que pudiera tenerse frente al hecho de que sea una ley común y no de quórum calificado la que legisle sobre la materia en estudio resulta injustificado, habida consideración de que tanto una como otra deben estar conformes con la Carta Fundamental para tener plena validez jurídica. (T. Constitucional, 13 octubre 1997, Rol N° 260).

El derecho de aprovechamiento sobre las aguas es un derecho real que se constituye originalmente por un acto de autoridad, conforme al procedimiento establecido en el Código de Aguas, que culmina con la resolución constitutiva del derecho, inscrita en el Registro de Aguas del Conservador de Bienes raíces respectivo. Antes de dictarse el acto constitutivo del derecho de aguas, de reducirse éste a escritura pública e inscribirse en el competente registro, el derecho de aprovechamiento no ha nacido al mundo jurídico, pues precisamente emerge, originalmente, en virtud de la mencionada resolución y su competente inscripción. (T. Constitucional, 13 octubre 1997, Rol N° 260). A partir de lo que hemos venido señalando, entonces, esta norma no se aplicaría a las aguas en sí mismas, porque ellas constituyen bienes nacionales de uso público y se encuentran en la excepción contemplada en el precepto constitucional. Tampoco se aplica la reserva legal de quórum calificado al procedimiento de adquisición del derecho de aprovechamiento, pues éste tiene un estatuto especial propio de ley común, según lo prescribe el artículo 19 N° 24 de la Constitución. Una vez constituido el derecho de aprovechamiento de acuerdo a la ley, esto es, cuando el referido derecho de aprovechamiento nace a la vida jurídica, cualquier limitación que quiera imponerse a la adquisición de derecho deberá ser regulada por una ley de quórum calificado; los artículos del proyecto cuestionado relativos a la solicitud para adquirir originalmente el derecho de aprovechamiento, a la tramitación de dicha solicitud y a la resolución de la Administración, mediante la cual se constituye el derecho de aprovechamiento sobre aguas, no quedan comprendidos en aquella regla del artículo 19 N° 23, de la Constitución, que exige quórum calificado.