

PRESENTACIÓN SOBRE EL CÓDIGO DE AGUAS

COMISIÓN DE AGRICULTURA DEL SENADO

14 DE OCTUBRE DE 2019

Marcial Colín Lincolao

Presidente Comisión de Legislación del Consejo Nacional de CONADI

Honorables Senadoras.

Honorables Senadores.

1.- El reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas se encuentra íntegramente reconocidos en diversos instrumentos jurídicos, los cuales consagran derechos humanos y definen las obligaciones de los Estados para la promoción, el respeto y garantía de los mismos.

En Chile se encuentran vigentes: el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; Pacto Internacional de Derechos económicos, Sociales y culturales; Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965; La Declaración de Derechos y Deberes del Hombre; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Convenio 169 de la OIT; Convenio de Biodiversidad, entre otros.

Por tal razón, la base para la relación de los pueblos indígenas y el Estado, cuenta con suficiente normativa para su implementación y corresponde dar cumplimiento fiel a estos derechos ampliamente reconocidos.

En relación al Convenio 169 de la OIT, se ha intentado implementar el derecho a consulta basado en el art. 6°, sin embargo, la consulta como derecho de los pueblos indígenas y deber del Estado está contenida también de manera específica en otros artículos del citado Convenio.

En el art. 15.

1.- 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.

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

El Convenio reconoce que el concepto de tierras incluye el concepto de territorio y señala con bastante particularidad que esto se refiere a la “totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna u otra manera”.

Entendiendo lo anterior se hace necesario revisar con detención que la participación de los pueblos indígenas en materias que les afecten es de vital importancia para – en conjunto con los gobiernos – “desarrollar acciones para proteger los derechos” y “garantizar el respeto a su integridad”.

En la misma dirección, el “convenio establece que se deberán adoptar medidas especiales para proteger a las personas, instituciones, los bienes, el trabajo, la cultura y el medio ambiente de los pueblos originarios. Esas medidas no deben ser contrarias a lo que expresen libremente tales pueblos”.¹

En materia del desarrollo del derecho a consulta previa de los pueblos indígenas, se debe tener en consideración que siendo un acto formal de relacionamiento, se fundamenta en la buena fe las partes, la debida diligencia de la institucionalidad, el diálogo genuino entre instituciones indígenas y estatales, por cuanto se plantea como objetivo lograr acuerdos y el consentimiento libre, previo e informado de los sujetos de derecho que son los consultados.

Se debe señalar también que la consulta previa procede toda vez que se prevea una susceptibilidad de afectación a los pueblos indígenas, ya que aunque sea una norma que afecte a todos en general, la afectación a los pueblos indígenas se

Desde un punto de vista político, compartimos los planteamientos de James Anaya, ex Relator de Naciones Unidas, quien plantea que el deber de los Estados para la implementación de las consultas *“tiene por objeto poner fin al modelo histórico de exclusión del proceso de adopción de decisiones con el objeto de que en el futuro las decisiones importantes no se impongan a los pueblos indígenas”*.²

Sobre lo expuesto, es necesario destacar la jurisprudencia establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de consulta previa y territorios.

Al respecto, en el caso del pueblo Saramaka vs. Suriname (2007) la Corte IDH señaló que

¹ <https://www.bcn.cl/leyfacil/recurso/convenio-169-oit>

²

http://www.derechoshumanos.udp.cl/derechoshumanos/images/Publicaciones/Libros/DERECHOYPUEBLO_MAPUCHE/LaconsultapreviaenChile.pdf

“Además del derecho a la posesión y propiedad comunal de las tierras, los pueblos indígenas tienen derecho a la consulta y participación en todos los asuntos que los afecten. En tal sentido, no es posible que los pueblos indígenas conserven su identidad cultural, su costumbre y cosmovisión si carecen del derecho a que se les pregunte cada vez que el Estado se propone adoptar medidas que puedan afectar el normal desenvolvimiento de su vida. Por lo tanto, este derecho significa que, cuando el Estado se disponga a dictar cualquier medida que pueda afectar material o simbólicamente la vida de los pueblos y comunidades indígenas tiene la obligación previa de consultarlos y conseguir su consentimiento.”³

2.- En relación a la modificación del Código de Aguas, se debe señalar que el 02 de septiembre del año 2014, el Director General de Obras Públicas del MOP, solicita **informe de procedencia de consulta indígena para la indicación a moción legislativa que indica (Boletín N° 7543-12).**

“a) Introdúcese las siguientes modificaciones al artículo único, numeral 2), que a su vez sustituye el artículo 5°, del Código de Aguas, agregándose los dos siguientes incisos finales:

“Los derechos de aprovechamiento de aguas ubicados en territorios indígenas, para beneficios de sus comunidades y destinados para sus usos ancestrales, no podrán ser enajenados, embargados, gravados ni adquiridos por prescripción, salvo entre comunidades o personas indígenas de una misma etnia, debiendo mantener dichos usos.

Los usos ancestrales de las personas o de las comunidades indígenas, podrán regularizarse cuando dichos usuarios hayan cumplido cinco años de uso ininterrumpido, contados desde la fecha en que hubieren comenzado a hacerlo, en la medida que dichos usos se hayan ejercido libres de clandestinidad o violencia y sin reconocer dominio ajeno...”

También existió una indicación relacionada con la exención del pago de patentes.

La respuesta de la Subsecretaría de Servicios Sociales, se encuentra en el Oficio 4738 del 08 de Octubre de 2014, en la cual se señala categóricamente que **“debe cumplirse con la consulta prevista en el artículo 6 N° 1 letra a) del Convenio 169 de la OIT, respecto de las indicaciones analizadas en el presente informe”**

Nos llama poderosamente la atención que la consulta previa a los pueblos indígenas no se haya realizado.

Así también nos llama la atención que como una forma de evitar el deber del Estado de proteger los derechos de los pueblos indígenas, se haya omitido o negado la afectación que a todas luces posee el Código de Aguas, así como las indicaciones que se le han realizado. Independiente del poder del Estado que las haya incluido, el Convenio obliga al Estado a cumplir con su deber de consulta, lo cual incluye al Poder Legislativo.

3.- Para el caso de las Indicaciones ingresadas por el actual Gobierno en el mes de enero del presente año, es conveniente tomar en consideración lo expuesto en el número 1 de esta

³ <https://www.vocesenelfenix.com/content/el-derecho-indigena-la-tierra-y-al-territorio-en-el-sistema-interamericano-de-proteccion-de->

presentación así como los principios y definiciones que se introducen en dichas indicaciones.

a) El contexto actual está relacionado con la escasez hídrica y el cambio climático.

En este punto mencionamos que según el Documento de la OIT denominado Los Pueblos Indígenas y el Cambio Climático (Edición 2018), “señala que los pueblos indígenas se ven afectados en modos distintos por el cambio climático, así como por las políticas o acciones aplicadas para hacerle frente”.

En el referido informe también se señala que la afectación a los pueblos indígenas se agrava, por cuanto “a menudo existe una falta de reconocimiento de las personas indígenas, sus derechos y sus instituciones.” “La falta de consultas y participación es una causa subyacente de las vulnerabilidades sociales, económicas y ambientales, así como de la discriminación y la explotación a que están expuestos”.

b) Según el texto de las indicaciones presentadas,

“El Gobierno ha decidido presentar esta indicación sustitutiva para enfrentar la creciente escasez hídrica que afecta al país, y así dar mayor seguridad y equidad en el acceso al agua...”

“el Gobierno considera prioritario incorporar modificaciones a la normativa vigente para abordar adecuadamente un importante conjunto de problemas y desafíos que no fueron considerados por la Administración anterior.”

“Entre los aspectos más relevantes que se abordan en esta indicación destacan la inclusión de herramientas para responder adecuadamente no solo a la prioridad que debe tener el consumo humano frente a otros usos del agua, sino también al reconocimiento de los usos no extractivos del agua tales como la conservación ambiental; la gestión sustentable de los recursos hídricos, en un escenario de cambio climático, en particular de las aguas subterráneas;”

“La seguridad hídrica, entendida como la mayor certidumbre en el acceso al agua, en cantidad y calidad adecuada, para el consumo humano, la producción de bienes y servicios y la conservación del medio ambiente.”

Solamente observando estos principios, es notorio que para el cumplimiento de esos principios se debe velar por que todos los afectados estén incorporados en esta mirada de entender que existe un derecho humano al agua y que como recurso natural está presente en las tierras indígenas, las cuales son habitadas por indígenas que han mantenido su cultura a la orillas de fuentes de agua como ríos, humedales, pantanos, lagos, costas marinas, etc. y que su desarrollo depende del acceso al agua, de su conservación y de su uso sustentable.

Es por eso que la omisión a los pueblos indígenas en las indicaciones es una violación a los derechos humanos reconocidos, por cuanto la afectación es evidente a lo largo de las indicaciones.

c) Un último punto a plantear es que en el Consejo Nacional de CONADI, realizado el día 3 de octubre del presente año, se aprobó por unanimidad, solicitar consulta previa al gobierno por las indicaciones que presentó al Congreso Nacional y que afectan gravemente a los pueblos indígenas.

Esperamos que ante esta situación el Senado aplique algún mecanismo de consulta a los pueblos indígenas o solicite la realización de esta al Ejecutivo.