

AGUA, DERECHOS Y CULTURA EN LOS ANDES DEL NORTE DE CHILE. UN ENFOQUE DESDE LA ANTROPOLOGÍA JURÍDICA*

*Milka Castro Lucic***

RESUMEN

El debate sobre el reconocimiento del derecho indígena es un tema que adquiere importancia en tanto constituye un desafío para países como Chile, que pretende sumarse a los que propugnan un pluralismo jurídico.

Se presenta el caso de los grupos aymaras y atacameños, de los Andes del norte de Chile, que habiendo creado formas propias de uso, de manejo y derechos sobre el agua, se han visto enfrentados históricamente a conflictos por este recurso; esta situación hoy se agudiza ante la imposición de una reciente legislación de corte mercantil.

ABSTRACT

The debate about acknowledgement of indigenous rights is a theme wich has gained importance because it constitutes a challenge for countries like Chile who claim to protect legal pluralism.

A case for two ethnic Andean groups of Northern Chile, the Aymara and the Atacameño is presented. These two groups have created their own methods of water management and water rights, these wich have been challenged during historic conflicts. Today this same situation has been further complicated by recent merchant court legislation.

Los conflictos que históricamente se han suscitado por el uso del agua constituyen, en la mayoría de los casos, una confrontación entre el derecho consuetudinario y el derecho positivo. La posición subordinada del derecho de los pueblos indígena ha sido una constante desde que se impuso el primer cuerpo legal escrito en América; la legislación sobre las aguas no escapó a esta subordinación. Los matices diferenciadores de las diversas políticas de agua son producto más bien del contexto de las orientaciones económicas vigentes, que de una política de uso racional del recurso. Así, en la actualidad, como consecuencia de las políticas de modernización del país, se estimula la inversión empresarial imponiendo mínimas restricciones para el uso de los recursos naturales.

Un análisis de esta situación entre los grupos aymara y atacameño que habitan las áridas regiones montañosas de los Andes del norte de Chile, portadores de una cultura hidráulica de sorprendente tecnología —adecuada a las condiciones del medio y la escasez del agua—, muestra cómo el aumento de explotaciones mineras está afectando tanto la reproducción de la flora y fauna nativa, como la sobrevivencia del hombre en las montañas.

Se plantea que los cambios que se han generado en el derecho consuetudinario han sido parte de las estrategias de sobrevivencia. Aunque este proceso comenzó desde los primeros años de la conquista, y continuó como un inevitable mecanismo de articulación de la población indígena a la sociedad nacional, hoy se ha acelerado por la defensa del agua, como respuesta al progresivo crecimiento de la actividad minera y de nuevas demandas de derechos sobre este recurso.

* Investigación financiada por Proyecto Fondecyt 1950345.

** Departamento de Antropología, Universidad de Chile.

Recibido: Febrero 1997

Aceptado: Julio 1998

ALGUNOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS SOBRE EL DERECHO DE AGUAS

Con la llegada de europeos a América y su concepción del derecho, los indígenas tuvieron a lo menos tres posibilidades: a) ocultar, para proteger, algunas costumbres; b) defender sus derechos, cuando la sobrevivencia del grupo estaba en peligro, en conformidad al marco de las nuevas disposiciones legales; c) someter definitivamente algunos aspectos de su cultura al nuevo orden. La vigencia de las dos primeras opciones, el ocultamiento y la confrontación, es un hecho que demuestra la persistencia de estas culturas.

El etnocentrismo europeo plasmado en la legislación dictada por los Reyes de España para América, sostenía como argumento para justificar el “legítimo” derecho a conquistar el nuevo continente, el ocupar tierras de nadie y la ineptitud para gobernarse de los indios. Argumentos como éstos hicieron reaccionar a hombres influyentes quienes abogando por un reconocimiento de la existencia de una organización jurídica de los indios, lograron que la corona española se decidiera intervenir en el asunto. Es así como en el año 1655, el rey Carlos V dicta una Real Cédula y, posteriormente, en 1680, Carlos II promulga la Recopilación de Leyes de Indias. En ambas legislaciones se reconocía el Derecho Indígena y a la “costumbre” como fuente del derecho¹, quedando desde entonces incorporado al ordenamiento jurídico establecido para América, aunque con ciertas limitaciones. Este reconocimiento significaba, en la práctica, que la autoridad, frente a un conflicto, debía averiguar cuál era la costumbre sobre una materia y si se oponía o no a las “buenas costumbres”, a la Religión Católica o a la Recopilación de Leyes de Indias². Lo cierto, es que estas medidas sólo frenaron el ritmo del despojo y, más bien, dieron a los indios la oportunidad de pelear legalmente, iniciando una prolongada lucha agraria sobre la base de títulos jurídicos (Warman 1976). Fue así como, por éstas y otras razones históricas y estructurales, los pueblos indígenas de América fueron, de todos modos, por años víctimas de los mayores abusos de sus derechos humanos. Durante el período colonial primero y el republicano después, el Estado, la Iglesia, los colonizadores, las empresas multinacionales y otras instituciones de la sociedad dominante han sido responsabilizadas de genocidios, exclusiones políticas y discriminación social y económica (Stavenhagen 1992). Tempranamente se consolidó la superposición institucionalizada de derechos, donde el Derecho Indígena queda, por cierto, subordinado al Derecho Positivo³.

También intervinieron en este nuevo orden las características de las empresas de conquista que, si bien eran obra del Estado español, tuvieron un carácter eminentemente privado. Ello significó que desde los inicios del período colonial, en la configuración del derecho positivo indiano confluyeron intereses tanto del sector privado como del estatal (Ots Capdequi 1943).

En los orígenes del establecimiento de la vía jurídica para determinar las formas privadas o públicas de la propiedad o control sobre los recursos, se encuentra el derecho castellano, cuyas principales fuentes se encuentran en el Fuero Juzgo, Fuero de Castilla, Fuero Real, Código de las Siete Partidas, y Ordenamiento de Alcalá de Henares⁴. En todos estos ordenamientos el control o la propiedad de las aguas verdaderamente públicas fortalecía el poder monárquico, y debilitaba el poder local representado por nobles y municipalidades, declarando que ciertos aprovechamientos de agua eran regalías suyas (Spota 1941). La proyección de estos principios en las instituciones que fueron impuestas en América, se encuentra en órdenes españolas donde se declara que aguas, pastos y montes debían constituir realengos, es decir bienes de la Corona que pertenecen al Soberano. Sólo éste podía otorgar derechos de tierras y aguas a pueblos y ciudades, y a los empresarios de la conquista.

En el Derecho Indiano se señala:

“Nos hemos ordenado, que los pastos, montes y aguas sean comunes en las indias... mandamos, que el uso de todos los pastos, montes y aguas de las Provincias de las

Indias sean común a todos los vecinos de ellas, que ahora son, y después fueren...”
(Recopilación de Leyes de Indias, 1680, Tomo II, Fol. 112v).

Durante la conquista primero y la colonia después, la Corona ejercía un dominio exclusivo sobre el agua. Este estratégico recurso constituyó, de algún modo, una herramienta importante en la sustentación y ejercicio del poder, toda vez que empleando mecanismos redistributivos otorgaba los derechos de uso común de las aguas. En 1541, Carlos V había declarado todas las aguas de las Indias como propiedad común de sus habitantes. Mediante este mecanismo redistributivo la Corona imponía su derecho de regalía a través de los conquistadores primero, y luego de funcionarios estatales durante la Colonia. Correspondió a ellos conceder los derechos de uso. Si bien durante el siglo XVII habría existido la intención de considerar las aguas como bien de uso público, con acento en el uso comunitario, asociado al desarrollo de asentamientos (Spota 1941), fue durante el siglo XVIII, debido a la expansión de las áreas de cultivo y de fundación de ciudades, que fue necesario reforzar el dominio público de las aguas⁵. Posteriormente, durante el siglo XIX, aunque América se liberó del Imperio español, se habría buscado consolidar una versión de la monarquía sin monarca.

EL CASO DE CHILE

La repercusión de estos intereses fue algo diferente en el norte y sur del país. Ha sido ampliamente documentado el despojo de tierras de los indígenas de la zona central y sur, mientras que en el caso de la población andina del norte del país el recurso productivo en disputa ha sido el agua. Hoy, al amparo de una nueva legislación, se ha producido un aumento progresivo de conflictos por los derechos sobre este recurso. En ambos casos se trata de la persistencia de una relación que tiene sus raíces en la situación colonial. Los antecedentes históricos dan cuenta de la estrecha relación existente entre el control del poder y el control de un recurso tan estratégico como es el agua, y de la íntima relación que existe entre la cultura, el poder y la ley.

En el Código Civil de 1855 se recogió la tradición jurídica colonial⁶. El carácter público de las aguas estaba asociado a un dominio común local (Lira y De la Maza 1940)⁷. En la primera mitad de este siglo la normatividad en torno al agua estuvo acotada a las disposiciones del Código Civil y a las Ordenanzas locales (ley de Municipalidades)⁸.

Más tarde, y previo al Primer Código de Aguas de 1951 hubo una serie de leyes y reglamentos que se referían a la gestión de recursos hídricos⁹. En aquel año, el contexto político se caracterizaba por un rompimiento del orden tradicional, expresado en la pugna entre los partidos liberales y conservadores. La idea de modernización política se oponía al concepto jerárquico de sociedad, y estaba indisolublemente unido a las ideas de secularización del poder, nivelación social, participación y democracia (Gazmuri 1984). Por esos años la creciente urbanización se impuso sobre el crecimiento de población rural y emergió una importante clase media profesional. En tanto el sector oligárquico se dividió en empresarios y terratenientes. Entran así nuevos actores a la arena política. En este panorama, se pasa de la noción de Estado con un fuerte acento en el bien común concebido como un desarrollo de los intereses particulares definidos territorialmente, a una concepción centralizante, que puso énfasis en los desarrollos sectoriales (Góngora 1981).

En el primer Código de Aguas hubo una distinción en cuanto a los tipos de dominio. Se reconocieron aguas como bienes nacionales de uso público, sobre las cuales el Estado otorgó derecho de aprovechamiento a los particulares¹⁰, y aguas de dominio privado. Al uso privativo, también se le llamó ocupación e implicaba reserva exclusiva de una porción del dominio público a un usuario individualmente considerado, manteniendo la compatibilidad con el uso general del público (Machuca 1985); jurídicamente hablando el dominio

de las aguas permanecía público (Vergara 1990). En 1930, cuando asume el gobierno del Frente Popular, el país enfrentaba una gran crisis económica, por lo que se acomete un programa de industrialización tendiente a la aplicación de un modelo de sustitución de importaciones. Hacia fines de la década de 1950 este modelo entró en una profunda crisis, revelada por un fuerte proceso inflacionario y una crisis general en el sector agrícola. Una baja notable en la productividad, unida a un aumento en la demanda alimenticia, obliga a la importación de productos del sector, demostrando la necesidad de cambios estructurales (Correa 1985). En esta década Hispanoamérica es calificada como una región subdesarrollada; se atribuía a la mentalidad tradicional de origen hispano indígena, la resistencia a las innovaciones técnicas y, en general, a procesos inducidos por medios directos e indirectos que forzarán a racionalizar la producción, comercialización y consumo. El principal problema que debía ser encarado lo constituía la baja productividad del sector agrícola. Para ello la solución se buscó en la Reforma Agraria.

En aquel escenario, en 1969, y como componente importante de la Reforma Agraria, se dictó el segundo Código de Aguas que establecía que todas las aguas del territorio nacional eran bienes nacionales de uso público; y para el solo efecto de incorporarlas a este dominio, se declaran de utilidad pública y se expropiaban todas las aguas que a la fecha eran de dominio particular. Los dueños de las aguas expropiadas podían continuar usándolas en calidad de titulares de un derecho de aprovechamiento, el que no podía ser cedido (Art. 10). En este período se opta por la centralización en términos de conciliar los derechos de aprovechamiento con los objetivos de la política económica nacional, especialmente en lo referente al proceso de las reformas del sector agrícola; para tal efecto, el Estado reasignaba las aguas.

A partir de 1970 tienen lugar en el continente una serie de movimientos militares asociados a otros procesos de carácter socioeconómico, que conducen a despojar al Estado de su papel de interventor para poder efectuar las transformaciones estructurales e institucionales y establecer un nuevo orden político. En Chile, el golpe de Estado del 11 de septiembre de 1973 inicia una etapa en la que se distingue primero una fase reactiva, donde lo central era eliminar adversarios y desarticular las estructuras de la sociedad precedente; y otra, transformadora, a partir de la promulgación de la Constitución Política de 1980. Es en esta fase donde se inserta la política económica de mercado; el Estado renuncia a participar activamente en el ejercicio de su autoridad, la iniciativa queda radicada en los particulares, en cuanto individuos.

En este contexto, en 1981 se dictó el actual Código de Aguas. En el nuevo orden jurídico, el concepto de dominio público es una forma no patrimonial, en la cual el Estado se convierte simplemente en un administrador del bien, en consideración a la rentabilidad máxima que pueda generar en manos de particulares (Vergara 1990). Este código, llamado neoliberal, pone énfasis en la propiedad privada de los derechos de aguas, la lógica del mercado y el rol subsidiario del estado. Pretende un uso más eficiente de los recursos hídricos, quitándole potestad al Estado.

LOS INDÍGENAS Y EL DESTINO DEL AGUA

Chile, país que en su angosto territorio posee de norte a sur una variabilidad de climas, albergó en tiempos prehispánicos unos trece grupos aborígenes¹¹. Los grupos aymara, mapuche y rapanui son los únicos que aún mantienen un número de población significativa; mientras, el resto fue extinguiéndose a través del tiempo¹². Los grupos étnicos que han habitado el territorio andino chileno tienen algunas particularidades que los diferencian de los grupos de la zona central y sur; sus territorios productivos localizados en zonas áridas, de suelos pobres, no eran de interés para el capital foráneo, por lo que no existió la amenaza

de perder las tierras, en cambio sí tuvieron que luchar por el agua, desde los primeros años de la conquista¹³. Otra diferencia se encuentra en la legislación indígena; ésta ha estado dirigida hacia los grupos del sur, debido a que los territorios de aymaras y atacameños sólo fueron incorporados al territorio nacional a fines del siglo XIX. Esto último ha incidido en que el conocimiento de las formas sociales, económicas y culturales, sea relativamente escaso¹⁴.

Durante la Colonia, la zona andina del norte de Chile fue objeto de una serie de estudios y proyectos para mejorar el suministro de agua destinado al desarrollo de la economía. Estos proyectos coloniales si bien, aparentemente, sólo buscaban resolver el problema técnico de hacer correr agua altiplánica hasta los valles bajos, afectaba el medio geográfico y los recursos productivos de los campesinos andinos de ambas zonas altitudinales. Implicaba, por tanto, transferir recursos de las poblaciones andinas a los hacendados y mineros de los sectores bajos (Hidalgo 1985).

Aunque ha sido constante la presión ejercida a través de grandes proyectos para extraer aguas desde los acuíferos de zonas altas, en su mayoría no fueron puestos en práctica¹⁵. Un aumento de los estudios con base en la ingeniería hidráulica para este mismo propósito se produjo a partir de los primeros años del siglo XX. Pero será en 1981, con el nuevo Código de Aguas, y el mercado como “el mejor asignador”, que los requerimientos del sector minero, principalmente, deberían satisfacerse, toda vez que la nueva legislación debía fortalecer los incentivos para la inversión privada, en el contexto de la nueva institucionalidad neoliberal.

Por las razones señaladas anteriormente, el área rural del norte se mantuvo hasta la década de 1960 relativamente aislada. Sólo a partir de esta fecha se crea un programa de integración que consistía básicamente en otorgar beneficios a la población —educación, salud—, y mejorar las redes viales. No hubo un plan de desarrollo para elevar las condiciones de vida de la población indígena campesina y, más aún, se tenía un escaso conocimiento de la propia población, de su economía y del aporte que efectuaban al producto regional¹⁶.

A partir de 1964, durante el gobierno demócratacristiano, las políticas económicas otorgan un lugar prioritario al desarrollo de la minería, le siguen en importancia la industria y el asentamiento urbano; la agricultura de la zona queda en una posición irrelevante. Estas medidas constituyen sólo el comienzo de una serie de políticas regionales que, en algún grado, han ido debilitando la estructura de los sistemas agropecuarios andinos. En 1970, bajo el gobierno de la Unidad Popular, aunque la planificación contempló ir en ayuda de los sectores de menores ingresos, las políticas globales mantuvieron la prioridad en el sector industrial. A partir de 1973 el gobierno militar otorga un apoyo mayor aún al sector minero e industrial, a la vez que la zona adquiere importancia geopolítica. El agua, de acuerdo al nuevo Código —que entró en vigencia a partir de octubre de 1981—, se convierte definitivamente en un bien transable en el mercado; para este efecto, se separa de la tierra¹⁷. En conformidad a la nueva legislación, los grupos indígenas, como cualquier usuario del país, tendrán que solicitar al Estado el reconocimiento de sus derechos de aguas¹⁸.

Entre los efectos del nuevo contexto político y legislativo se cuenta el aumento de las demandas de derechos de agua provenientes de la minería. Las implicancias de otorgar nuevos derechos han sido analizadas y calificadas como la mayor amenaza para la reproducción del ecosistema natural, así como para la sobrevivencia de los grupos humanos (Castro, Bahamondes y Azócar 1992)¹⁹.

Los conflictos que han emergido como efecto de la privatización del agua no solamente están enfrentando a la población nativa con el sector empresarial, también se han generado situaciones conflictivas entre las comunidades y entre familias al interior de aquéllas. Si bien la inscripción de aguas individuales es contraria a la concepción andina de un espacio como totalidad, esto es la ecuación hombre-naturaleza-fuerzas sobrenaturales, es en el primer caso donde la situación se torna más preocupante por cuanto amenaza la sobrevivencia misma. Por cierto, la población indígena se encuentra enfrentada a grandes consorcios que

poseen mayores recursos financieros y gran interés por usufructuar del agua de la zona andina y actúan amparados por una legislación que impone el derecho positivo sobre el derecho consuetudinario indígena²⁰.

El objetivo del actual Código de Aguas es lograr una mayor eficiencia en el uso y asignación de este recurso, ofreciendo la posibilidad de comprar y vender derechos de agua libremente y de cambiar destinos y modos de usos. Aunque el conseguir derechos de aguas del Estado y mantenerlos en el tiempo es gratuito, los pequeños agricultores y campesinos, a lo largo de todo el país, han accedido muy poco a los derechos de agua, en parte porque no han sido informados acerca de los cambios introducidos por el nuevo Código²¹.

Esta larga y penosa trayectoria de discriminación y despojo ha sido asumida por una nueva generación de jóvenes indígenas profesionales, quienes, organizados en la ciudad, se sumaron a los movimientos sociales para terminar con la dictadura militar. Desde esta posición solicitaron al gobierno de la Concertación Democrática (1989) un pronunciamiento legal para proteger sus derechos. Fue así como se promulgó una Ley Indígena (1993), que entre algunos de sus artículos reconoce la tierra “como fundamento principal de la existencia y cultura de las etnias”. Se señala así:

“es deber de la sociedad en general y del Estado en particular, a través de sus instituciones respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades,... y proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación y por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación” (Párrafo 1º, Artículo 1º).

Con respecto de las aguas, el artículo 64 señala que

“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 ríos, canales, acequias, y vertientes, sin perjuicio de los derechos que terceros hayan inscrito de conformidad al Código General de Aguas”.

“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 sin garantizar, en forma previa, el normal abastecimiento de agua a las comunidades afectadas” (Ley Indígena:1993).

Esta legislación no ha impedido que el despojo continúe. Al extraer aguas desde los acuíferos en las zonas altas, se está generando una disminución del volumen de las aguas en las partes bajas, destinadas al riego para mantener tanto las praderas naturales del altiplano (vegas y bofedales), como los cultivos en terrazas en la zona precordillerana²². Entre los efectos más recientes se cuenta el desecamiento y la regresión de algunos sectores de vegas, mortandad de animales, alteración de flora y fauna, migración de la población, y por supuesto, desestructuración de las formas productivas andinas.

Con la finalidad de acelerar la aplicación del nuevo código, el Estado financió un programa nacional para organizar “comunidades de agua” y regularizar el otorgamiento de derechos; este programa se inició en la zona aymara, I Región del país, lo que dio tiempo para reflexión a sus vecinos del sur, las comunidades atacameñas de la Región de Antofagasta.

Las “comunidades de agua”, de acuerdo a la nueva legislación, se pueden conformar con “dos o más personas que tienen derechos de aprovechamiento en las aguas de un mismo canal o embalse...”. Una primera contradicción que surge, refiere a que esta disposición daría origen a varias “comunidades de aguas” al interior de una sola comunidad rural. Por cierto, un sello distintivo y destacable del desarrollo andino ha sido la existencia de complejas

redes de irrigación. La mayor parte de los poblados andinos cuentan con dos o más fuentes de agua —vertientes, ríos, represas— y, por tanto, con dos o más canales matrices de gran extensión y un alto número de canales secundarios. Otra consecuencia que prevemos puede ocurrir a nivel del poder comunal. Para velar por un gasto eficiente, mantener una distribución igualitaria y un buen estado de los canales, las comunidades se han dado una organización que regula los derechos y deberes de los usuarios. Con la aplicación de la ley, al tener dos o más “comunidades de agua”, se puede esperar un debilitamiento de este control, que es de donde realmente emana el poder de la organización comunal. Finalmente, creemos que la nueva legislación, al permitir que el derecho, una vez adquirido, pueda ser transferido a personas ajenas a la comunidad, generará un mercado del agua que se verá favorecido, sin dudas, por el alto precio que están llegando a tener los derechos donde el agua es escasa, valor imposible de desestimar por aquellas unidades campesinas agobiadas por la pobreza.

Estos efectos, en alguna medida, fueron previstos por la población atacameña que, aunque también estimó urgente estar en posesión de títulos que aseguren el dominio sobre sus recursos, como regantes votaron en asambleas por rechazar la propuesta gubernamental y exigir la inscripción comunal de las aguas que están siendo utilizadas por cada pueblo, de acuerdo al derecho consuetudinario que los rige; esto es, a nombre de todos los regantes de cada comunidad. Esta propuesta fue acogida por la Comisión Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI), la que otorgó recursos para efectuar las gestiones legales, trámite que a la fecha (1997) estaría en la fase final de aprobación.

LOS PUEBLOS ANDINOS Y EL MANEJO DE LOS RECURSOS NATURALES

Desde tiempos prehispánicos y como verdaderas respuestas a las exigencias del paisaje, el hombre andino fue creando diversas estrategias productivas y culturales para lograr el control directo en zonas de producción diferenciada. Instituciones de reciprocidad y complejas relaciones de intercambio hicieron posible la complementariedad de productos: carne, lana y tejidos, provenía de pisos altos; papas y maíz de los valles intermontanos; y una más amplia variedad de productos agrícolas, así como fertilizantes orgánicos (guano de aves) se obtenían en la costa (Murra 1975).

Los habitantes de la zona andina más septentrional —interior de las ciudades de Arica y de Iquique—, provienen del grupo lingüístico aymara; en tanto que en el extremo sur, en el área circundante al Salar de Atacama —interior de la ciudad de Antofagasta—, la población conocida como atacameña pertenecía al grupo lingüístico kunza, lengua prácticamente extinguida. Ambas zonas conformaban áreas marginales de lo que fue la organización sociopolítica del Imperio Inca, cuya extensión incluía parte de los territorios de los actuales países de Ecuador, Perú, Bolivia, NE de Argentina y N de Chile. A nivel local, la autosubsistencia de las unidades campesinas se lograba al interior de las comunidades o “ayllus”, donde grupos de personas emparentadas, bajo una gestión comunal de los recursos, controlaban y explotaban tierras que no necesariamente debían tener continuidad territorial.

El modelo de ocupación del espacio comenzó a ser desarticulado desde los primeros años de la presencia europea. La ocupación de tierras indígenas y la presencia de la población europea y mestiza fue más constante en valles bajos y la zona precordillerana (alrededor de los 3000 msnm), donde se introdujeron los mayores cambios en el uso de la tierra. Especial atención merece el reemplazo de la producción de autosubsistencia por cultivos forrajeros destinados al mantenimiento de los animales de transporte al servicio de la minería. Como consecuencia de este nuevo modelo de uso del espacio, el área nativa quedó restringida básicamente a las tierras altas que poseían escaso valor agrícola.

El patrón costero de urbanización que tuvo Chile contribuyó también a que aquellas altas y áridas zonas andinas, sobre los 3000 msnm, se convirtieran en verdaderos lugares de refugio donde la cultura se ha mantenido más aislada de las grandes ciudades²⁴. Bajo este aislamiento relativo, la población del altiplano, a 4300 msnm aproximadamente, ha mantenido cierta cohesión más allá de las fronteras geopolíticas. Cuando se trazaron los nuevos límites, se vieron afectados muchos territorios de pastoreo que eran compartidos por familias cuyos asentamientos quedaron a ambos lados de la frontera. Otro de los efectos de estas medidas fue la restricción que los controles fronterizos ejercieron sobre la red andina de relaciones económicas, culturales y religiosas. No obstante aquel nuevo orden, aún persisten, en algún grado, manifestaciones de la complementariedad andina; tal es el caso de la vigencia de los mercados y ferias de altura, la participación en ceremonias religiosas en ambos lados de la frontera y, en ocasiones, pastizales compartidos.

Un primer ajuste al sistema de tenencia se produjo a fines del siglo pasado cuando los territorios del norte, al pasar a formar parte de la soberanía chilena, debieron ser inscritos individualmente, pues no se reconoció la propiedad comunal. Esta medida tuvo mayores repercusiones en el sistema de pastoreo del altiplano de la I Región de Tarapacá, donde extensas zonas de pastizales que se manejaban comunitariamente, fueron divididas e inscritas a nombre de una persona²⁵. A pesar de esta nueva normatividad, es notable la persistencia de la costumbre en el gestionar de los recursos, primando en ocasiones, por sobre la inscripción individual, la gestión familiar o comunal, propia del ayllu andino. Efectivamente, en la reproducción de aquellas unidades familiares que dependen, preferentemente, del ganado camélido y ovino, está vigente un sistema de pastoreo donde el derecho a los pastos naturales altoandinos —humedales y pastos de cerros— emana, en el caso de esta Región, del parentesco. En tanto que en el caso de la puna salada de la II Región de Antofagasta, de acuerdo a estudios que hemos realizado recientemente, se ha constatado que el uso de los pastos naturales es absolutamente comunal, no existe delimitación de praderas por familias; cualquiera de los miembros de una comunidad tiene derecho a usar cualquier pastizal, sólo se requiere de algunos arreglos entre los mismos pastores. De acuerdo a la costumbre, entonces, en un sistema de pastoreo todos los miembros tendrían el derecho a acceder a los pastos de su grupo familiar o de su comunidad. Dicho de otro modo, la dinámica que requiere un eficiente sistema de pastoreo que utilice todos los recursos disponibles, se complementa con la flexibilidad que proviene del parentesco en cuanto instancia reasignadora y se opone, por tanto, a la lógica de la propiedad individual, de tipo parcelario, que establece límites rígidos en el tiempo y el espacio²⁶.

El eje ordenador, entonces, para acceder y controlar un terreno de pastoreo, pero también los predios agrícolas —en el caso de la precordillera, por ejemplo—, continúa siendo la unidad familiar y las redes de parentesco. En el ciclo de vida de cada familia se pueden distinguir tres momentos. El primero, cuando se inicia una pareja y se conforma una nueva unidad territorial, que no necesariamente debe tener continuidad espacial. Posteriormente, al término del ciclo de vida, esta propiedad será repartida entre los hijos de acuerdo a las normas de herencia; se produce entonces una descomposición de la unidad territorial. Luego, cuando se conformen nuevas unidades familiares, se producirá una recomposición, de acuerdo a los derechos que cada uno de los cónyuges reciba de sus respectivos núcleos familiares.

En el caso del pastoreo transhumante, las posibilidades que otorga el sistema de parentesco para acceder a terrenos de pastoreo se deben conjugar con los requerimientos del ganado. Esto es, contemplar el acceso a vegas y bofedales en zonas húmedas, como a pastos que crecen en los cerros después de las lluvias estivales; en palabras de la población nativa el ideal es poseer una “cinta” territorial, que permita la alternancia, la rotación estacional del ganado y la complementariedad forrajera.

Si bien el llegar a obtener títulos individuales constituye una alternativa altamente valorada por quienes desean ver legalizada su propiedad, los conflictos que ello acarrea son innumerables, especialmente por la incertidumbre y el temor a perder sus derechos toda vez que éstos deben ser inscritos, como se señaló, a nombre de un solo miembro. A las dificultades que han surgido ante los intentos estatales por delimitar terrenos privados de pastoreo a nombre de una sola persona, se agregan los problemas derivados del hecho de que la diversidad dada por presencia y ausencia de agua en un territorio familiar/comunal determinado, es requisito para complementar zonas “húmedas” y “zonas secas” en la dieta de los animales.

Este escenario de pastoreo altoandino nuevamente está fuertemente amenazado: los acuíferos que allí se encuentran y que han dado origen a los recursos forrajeros —humedales (vegas y bofedales)—, a ríos y vertientes que proveen de insospechados sistemas de apacentamiento y abrevaderos para animales —elementales en los largos circuitos trashumánticos pastoriles—, han comenzado a ser disputados en el plano legal. La unidad tierra-agua está perdiendo vigencia. Y, lo que es peor, se ha observado un proceso de creciente desecamiento de los humedales y fuentes de agua, preferentemente en la II Región, por la extracción descontrolada de este recurso.

En la cosmovisión andina la legitimación de la tenencia de tierras y agua contempla una concepción unitaria de las actividades productivas y los aspectos sociales e ideacionales de la cultura. Existía en los Andes un modelo de manejo de recursos donde el hombre se incorporaba en la naturaleza, mediante procedimientos muy controlados y normados. En este sentido, el contacto que se estableció entre la población andina y los europeos constituyó un impacto de enorme magnitud para el grupo conquistado. Sin embargo, actualmente, aún se concibe la naturaleza y las fuerzas sobrenaturales como responsables de la vida y de la reproducción de la sociedad. De aquí la vigencia de ritos y ceremonias —andinas y sincréticas—, que tienen como principal objetivo venerar y ofrendar a la tierra, cerros, vertientes, canales y otros lugares dotados de sacralidad en la religiosidad andina, especialmente en fechas asociadas a períodos claves del ciclo productivo. Esta actitud frente a la naturaleza se opone también, por cierto, al modelo de uso de los recursos de la sociedad occidental, donde el fin último ha sido el lucro y el enriquecimiento personal, aún a costas del deterioro de los recursos naturales.

Es en este contexto donde se sitúa la importancia que reviste el agua para la población y la cultura andina. Considerada un recurso escaso, su uso es controlado por normas y sanciones que son aplicadas por la comunidad, cuando están especialmente referidas a la correcta aplicación de las técnicas para lograr mayor eficiencia. Pero esta actividad constituye sólo una parte de la visión andina del agua, que hoy por cierto admite diferencias locales. En cualquiera de las múltiples manifestaciones asociadas a la cultura del agua —limpieza de canales, ritos para pedir lluvias, ceremonias para aumentar el caudal de las vertientes, organización para acceder al agua²⁷—, concurren, en íntima relación, aspectos económicos, sociales e ideacionales. Es por ello que estas actividades representan un espacio donde se recrea la cultura e identidad de estos pueblos.

Los efectos de la nueva legislación tienden a acelerar la desarticulación de los factores que intervienen en la gestión comunal de los recursos²⁸. En la cultura andina, a la valoración de la eficiencia en el uso y manejo del agua, correspondía un complejo sistema normativo, en el que se otorgaba un papel importante a las sanciones que provenían del poder asignado a las fuerzas sobrenaturales. La tierra, la madre tierra (Pachamama), es la principal proveedora. El agua, fuente de vida en la mitología andina, es responsable de la fertilización de la tierra. Las fuerzas sobrenaturales tienen el poder de proteger y castigar, y sus sanciones pueden recaer sobre las bases mismas de la vida: los recursos productivos. Pero, en la medida que el hombre es parte de este sistema, posee la facultad de intervenir mediante ritos y ceremonias, como también tiene el deber de vigilar que éstos se realicen de acuerdo

a lo establecido por la costumbre, de lo contrario la comunidad corre el riesgo de recibir una sanción, la que puede manifestarse como una catástrofe, sequía, epidemia o malas cosechas. La posibilidad de efectuar pagos redime las faltas. Así, el respeto a la costumbre, el derecho y la sacralidad se unen en instancias donde la comunidad también recuerda y efectúa ofrendas a sus antepasados, recreando un tiempo inconmensurable y mitológico que, además, demarca un territorio bajo el tutelaje permanente de cerros protectores²⁹.

En esta cultura que se nos muestra indisoluble frente a la gestión del agua, tienen un lugar destacado la gran riqueza y diversidad de la tecnología hídrica. En la zona altiplánica de la I Región —4300 msnm aproximadamente—, donde predomina la producción pastoril en base al uso de bofedales, se han utilizado eficientes técnicas de irrigación para mantener y ampliar la extensión de pastos naturales que crecen en zonas de anegamiento permanente, como para controlar el daño que puedan causar las heladas sobre la vegetación. Donde el control comunal de pastos se ha debilitado, se ha observado un repliegue de las manifestaciones culturales en general, hacia el ámbito familiar y, por tanto, un abandono de las prácticas hidráulicas comunitarias. En zonas más bajas, como la región precordillerana (3000 msnm aproximadamente), donde la agricultura en suelos aterrizados y andenerías ha requerido de complejos sistemas de canales, se ha mantenido con mayor vigencia relativa el control comunal sobre el uso del agua, basado en el reconocimiento de derechos individuales, representados en los llamados turnos o *mitas*, que provienen de sus antepasados.

Resguardar el cumplimiento de los turnos, el uso eficiente del agua y el mantenimiento de la infraestructura, ha correspondido a personas elegidas por la comunidad para desempeñar tales cargos, por un período de uno a tres años. Sin embargo una temprana imposición de autoridades locales dependientes del control gubernamental, como ha sido el caso de los jueces de distrito, para resolver conflictos internos, o los presidentes de juntas vecinales, que hasta pueden decidir sobre los derechos y sanciones en torno al uso del agua, ha trastocado el sistema. Los cambios observados, en este ámbito, han afectado especialmente las prerrogativas que poseía la comunidad para darse un sistema propio de autoridades, las que debían hacer cumplir, en primer lugar, con ciertas obligaciones en beneficio de la comunidad —civiles y religiosas—, a cada nuevo miembro familiar que se iniciaba como regante, y que solicitaba para ello tener derechos de agua; así mismo esta autoridad debía velar para que cada regante respetara el orden comunal establecido.

La penetración de nuevas religiones se cuenta entre otro de los factores externos que han debilitado la gestión comunal, al pretender invalidar el sincretismo católico-andino, por considerarlo una obra demoníaca. Las obligaciones vigentes para mantener la eficiencia de los sistemas de riego, han ido perdiendo vigor a medida que las familias adhieren a religiones evangélicas, negándose a participar en las actividades productivas tradicionales que, como se ha señalado, constituían un todo prácticamente indisoluble. Cuando la comunidad ha pretendido aplicar sanciones, para exigir el cumplimiento de las normas dadas por la costumbre, las personas afectadas han recurrido a la legislación nacional y al dictamen de autoridades estatales, para exigir sus derechos de uso sobre el agua, sin tener que cumplir las obligaciones que impone la gestión comunal. En algunos pueblos, donde la obligatoriedad de efectuar una limpieza de canales comunitaria se ha debilitado, como consecuencia de las razones expuestas, aquéllos se encuentran visiblemente arruinados, cubierto de malezas y matorrales, generando pérdidas de agua que afectan a toda la comunidad.

Contribuye además, al debilitamiento del sistema comunal, la progresiva articulación a la sociedad nacional³⁰. La población migra, inevitablemente, a la ciudad en forma transitoria o permanente, en busca de educación, de fuentes laborales y de comercialización de productos. Esta inserción en las ciudades, creemos, favorecerá la introducción del mercado tierra y de derechos de agua, principalmente entre quienes optan por radicarse en las áreas urbanas.

Se ha pretendido mostrar en el caso del agua que, aunque las sociedades indígenas no tuvieron un derecho escrito, donde se establecieran códigos que jerarquizaran las normas, éstas han existido en sus formas individuales y colectivas. El derecho positivo, en tanto es un sistema de normas, codificado y escrito, al situarse en una posición etnocéntrica, no tiene otra posibilidad que la de ver el derecho indígena como asistemático y casual, en lugar de llegar a entender cómo éste constituye un eje central y bastante complejo de la estructura social y cultural andina.

Los problemas que enfrentan las comunidades andinas se inscriben en un modelo económico de corte capitalista, que se funda en una cosmovisión autónoma, de independencia del hombre ante el medio y con la posibilidad de manipulación del mismo; en la zona de estudio este estilo de desarrollo se ha articulado alrededor de riquezas mineras, dejando los recursos agrarios andinos en una posición periférica y subordinada. Si además de esta situación se considera que, como hemos visto a lo largo de la historia, las políticas del uso del agua se han identificado con los intereses del Estado, la situación es preocupante³¹; más aún cuando se observa en este marco de políticas neoliberales, que se privilegia una concepción donde el mercado es el mejor asignador de recursos.

¿HACIA UN PLURALISMO LEGAL?

En lo concerniente a la emergencia de un pluralismo legal, un aspecto interesante es la contradicción existente entre la voluntad política expresada en la nueva legislación, por una parte, y la pérdida real de recursos y erosión cultural, por otra. En la primera situación, se tiene la certeza que “la sociedad chilena ha dado un paso importante en el proceso de construcción de su propia identidad, tras largo tiempo de negación, reconociendo por fin a través del estatuto jurídico especial, la pluralidad étnica y cultural del país” (Aylwin 1995). Efectivamente, el hecho de que Chile se haya sumado a los cambios experimentados en la década pasada en este sentido, por países como Nicaragua, Brasil, Paraguay, México, Colombia y Argentina, podría significar sólo el comienzo de un camino por recorrer para llegar a un real reconocimiento pluriétnico.

En este punto queremos abordar una cuestión conceptual. Habría cierto consenso en el uso común del lenguaje, de asimilar el derecho consuetudinario a la costumbre en tanto conforme un conjunto de normas de carácter legal que no se encuentran escritas ni codificadas; y lo indígena sería —a partir de la conquista europea—, antes que nada y sobre cualquier otra consideración, una invención de occidente, que no ha cesado de serlo (Gruzinski 1986).

De tales aseveraciones se advierten de inmediato algunas implicancias. La asimilación en América de cientos de grupos lingüísticamente diferentes a la categoría “indígena”, ha conducido a la negación de la diversidad cultural y a una visión estereotipada y reduccionista del derecho consuetudinario indígena. Sus manifestaciones concretas actuales pueden ser interpretadas como un conjunto singular de efectos —a lo largo de su existencia—, de diversos ajustes a la estructura nacional. En este sentido, el análisis debería dirigirse hacia la relación indígena-estado. El derecho consuetudinario indígena no ha sido autónomo del derecho positivo estatal y, más aún, cabe preguntarse hasta qué punto y qué aspectos de aquél se han desarrollado por oposición o como complemento del derecho positivo. La interrogante que desafía el concepto es, entonces, si el contenido del derecho consuetudinario ha sido generado por la presencia del Estado (Carneiro 1990). El panorama se complejiza aún más cuando el derecho consuetudinario indígena es interpretado bajo una concepción jurídica evolucionista, donde el desconocimiento o no reconocimiento de la diversidad sería función de un orden jurídico estatal que representa una etapa superior, que supera la costumbre y donde se descalifica

el orden costumbrista establecido en la práctica (Iturralde 1990). Pero, sería precisamente este tipo de relación que reconoce un derecho consuetudinario indígena paralelo, en oposición al orden vigente y subordinado al poder de la sociedad dominante, lo que permitiría hablar de un pluralismo legal, en tanto existe un derecho dominante y un derecho subordinado (Stavenhagen 1992).

En el caso de los poblados andinos en Chile, las variaciones de las normas y costumbres asociadas al uso del agua responden al mayor o menor grado de contacto que han tenido cada una de las comunidades con la sociedad nacional; las diferencias no son unidireccionales. Además de la profundidad del cambio, éste ha afectado indistintamente a cada uno de los aspectos normativos del nivel organizacional, técnico-económico o ideacional³².

En los estudios que hemos iniciado acerca de las manifestaciones del derecho andino sobre el agua, y de los efectos de las nuevas relaciones con el Estado, un lugar importante considera los efectos de la aplicación del nuevo Código de Aguas. Por ello, el trabajo se ha centrado en la zona altoandina, donde se encuentran los acuíferos que dan origen a extensas zonas de vegas que, como se ha señalado, constituyen un importante recurso forrajero utilizado por los pastores andinos. Siendo algunos de los efectos de la extracción de agua la transformación del paisaje y el socavamiento de la base económica de los campesinos, hemos iniciado algunos estudios para conocer futuras implicancias, tanto en los ecosistemas naturales altoandinos como en la vida de la población. Entre los resultados se ha constatado una altísima presencia de concesiones mineras, junto a una elevada demanda de nuevos derechos de aguas —subterráneas y superficiales—, que sobrepasarían la capacidad de la región³³.

Habría cierto consenso entre quienes se han abocado al estudio del derecho consuetudinario en la urgencia de avanzar y profundizar el nivel de conocimiento acerca de la gran diversidad de la realidad jurídica de los pueblos indígenas. En este sentido, Stavenhagen (1992), considera que el desconocimiento del derecho consuetudinario daría por resultado situaciones en que son violados los derechos de los indígenas. Ello supone que el conocimiento llevaría al reconocimiento. Los resultados de los estudios que hemos realizado han sido puestos a disposición de las autoridades pertinentes, sin embargo, la presión que se está ejerciendo por parte del sector empresarial minero, amparado en el modelo político económico del gobierno, podría llegar a tener como resultado el sacrificio de la cultura andina en beneficio del progreso económico. Entonces, parece urgente discutir la viabilidad de lograr un real carácter pluriétnico y multinacional como el que pretenden adoptar los estados latinoamericanos. Un camino será conocer y difundir los estudios sobre derecho consuetudinario y su relación con el derecho nacional. En este sentido un tema a abordar desde la antropología jurídica debe comenzar por las formas que adquiere la penetración del derecho positivo y los efectos que se van produciendo cuando se debilita el derecho que otorga la costumbre.

Una interrogante que surge a partir de lo que ocurre, alude a la viabilidad de obtener una efectiva y consistente articulación de las diversas leyes que entran a jugar en este problema. Entre éstas destacan: a) políticas neoliberales —que avalan el mercado de los recursos naturales, promueven las inversiones de empresas extranjeras, y persiguen la maximización de los beneficios económicos—; b) existe también una legislación para velar por la sustentabilidad del desarrollo; c) existe una ley indígena para defender sus derechos. Lo cierto es que la articulación de los intereses provenientes de los dos primeros es un tema que está siendo abordado³⁴. En tanto, la situación de los derechos de los indígenas no ha tenido los efectos esperados, especialmente en lo concerniente a la defensa de los recursos naturales. Avala también este proceso, la visión evolucionista-desarrollista que espera llegar a conformar un país plenamente moderno, aun a costa de la desaparición de la pluriétnicidad.

Pero, ¿cómo ha reaccionado la población indígena campesina frente al nuevo marco legal? Las respuestas han tenido insospechadas formas: a) se podría afirmar que algunos sujetos han adherido al derecho positivo, en la medida que han optado por vender o arrendar el agua; o cuando han decidido recurrir a autoridades externas, jueces, carabineros, funcionarios públicos, para la solución de sus conflictos internos; b) otros se han incorporado a la estructura de poder a través de representaciones estatales arriesgando con ello su independencia y libertad de opinión³⁵; c) los campesinos, en respuesta a las políticas de ayuda gubernamental para superar la pobreza rural a través de programas de apoyo tecnológico al que se accede con proyectos concursables, han tenido que constituir una suerte de clientelismo alrededor de nuevos líderes indígenas urbanos, de políticos, profesionales de organizaciones no gubernamentales e instituciones de gobierno regionales.

Se señaló que las actuales manifestaciones del derecho consuetudinario podrían representar ajustes a la estructura nacional. En este sentido, adquiere importancia abocarse al conocimiento de la amplia gama de costumbres jurídicas y conocer, por una parte, aquellas que son propias de su cultura y, dentro de éstas, distinguir las que tienen mayor o menor autonomía; por otro lado, caracterizar aquellas que, en algún grado, son expresión del sistema jurídico dominante. Igual relevancia posee el conocimiento acerca de la diversificación del campesinado andino, producto tanto de la estratificación socioeconómica como de los diferentes niveles de aculturación debido a la existencia de diversas modalidades que ha asumido la relación con la ciudad³⁶. Sobre la base del conocimiento de esta diversidad se podrán comprender las actitudes frente al derecho consuetudinario, la ley, o la inversión minera³⁷.

Sin pretender agotar otras entradas a esta área temática —que compromete a abogados y antropólogos—, queremos dejar enunciada la urgencia de elaborar un marco conceptual y metodológico que nos prevenga de caer en reduccionismos.

BIBLIOGRAFÍA

ALDUNATE, CARLOS

1985 Desertificación de las Vegas de Turi. *Chungara* N° 14: 135-139.

AYLWIN, JOSÉ

1995 Introducción. *Tierra, Territorio y Desarrollo Indígena*. Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de la Frontera, Temuco, Chile.

BAUER, KARL

1995 Los derechos de agua y el mercado: efectos e implicancias del Código de Aguas Chileno de 1981. *Revista de Derechos de Agua*, Vol IV.

CASTRO LUCIC, MILKA

1982 Estrategias socioculturales de subsistencia en las comunidades aymaras andinas en el interior de la Provincia de Arica. *El hombre y los Ecosistemas de Montaña*. UNESCO-MAB.

CASTRO LUCIC, MILKA

1991 Cultura Hídrica: Un caso en Chile. UNESCO-ORCALC, Caracas, Venezuela.

CASTRO LUCIC, MILKA

MS Llameros de puna salada en los Andes del norte de Chile. En *Origen y Actualidad de los Pastores Altoandinos*, Comp. Y. Kobayashi y J. Flores Ochoa. (En Prensa).

CASTRO LUCIC, MILKA y MIGUEL BAHAMONDES

1995 Pastoreo en vegas y bofedales de la II Región Informe FONDECYT.

CASTRO LUCIC, MILKA, MIGUEL BAHAMONDES y PABLO AZÓCAR

1991 *Caracterización antropológica de las poblaciones Andinas de la I y II Región, Chile*. Universidad de Chile Fac. de Cs, Sociales y MOP/DAG, Santiago.

CASTRO LUCIC, MILKA, MIGUEL BAHAMONDES, MAURICIO JAIME y PABLO AZÓCAR

1993 *Catastro de vegas y bofedales en la I y II Región de Chile*. Informe Ministerio De Obras Públicas, Dirección General de Aguas, Santiago.

CAVIERES, AARÓN

- 1985 *Estudio del efecto de las políticas de uso de los recursos hídricos del altiplano chileno sobre las comunidades de pastores aymara*. Informe Proyecto W.U.S. Academia de Humanismo Cristiano.

CÓDIGO DE AGUAS 1969

1981.

COMISIÓN CHILENA DEL COBRE

- 1992 Nuevas inversiones mineras en vías de materialización. *Minería Chilena*, N° 135, Septiembre.

CORREA, SOFÍA

- 1985 Algunos antecedentes históricos. *Opciones*, N° 6 Academia de Humanismo Cristiano, Santiago.

CARNEIRO DA CUNHA, MANUELA

- 1990 El concepto consuetudinario y los derechos indígenas en la Nueva Constitución Brasileña". *Entre la Ley y la Costumbre*, Instituto Indigenista de América e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México.

DOUGNAC, FERNANDO

- 1975 La legislación aplicada a los Indígenas del Norte de Chile. *Norte Grande*, Vol. I, N° 3 y 4. Instituto de Geografía, Universidad Católica de Chile.

GAZMURI, CRISTIÁN

- 1984 La Historia de Chile Republicano. *Alternativa*, Número Especial, Academia de Humanismo Cristiano, Santiago.

GÓNGORA, MARIO

- 1981 *Ensayo Histórico sobre la mayoría de edad en Chile en los Siglos XIX y XX*. Ediciones la Ciudad, Santiago.

GRUZINSKI, S.

- 1986 La red agujereada. Identidades étnicas occidentalización en el medio colonial (Siglos XVI-XIX). *América Indígena*. Vol XLVI N° 3, Instituto Indigenista Americano, México.

HIDALGO, JORGE

- 1985 Proyectos coloniales inéditos del riego del desierto: Azapa (Cabildo de Arica, 1619); Pampa Iluga (O'Brian, 1765) y Tarapacá (Mendizabal, 1807). *Chungara* N° 14: 183-222.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, INE,

- Resultados oficiales censo de población 1992*.

ITURRALDE, DIEGO

- 1990 Movimiento Indio, costumbre jurídica y usos de la ley. *Entre la ley y la costumbre*, Instituto Indigenista de América e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México.

LEMEREIS, JUAN

- 1987 *La lucha por el agua de los aymaras del norte de Chile*, CIREN, Iquique, Chile.

LIRA, P. y L. DE LA MAZA

- 1940 *Régimen legal de las aguas en Chile*. Editorial Nascimento, Santiago.

LEY INDÍGENA 1993, Comisión especial de pueblos indígenas.

MACHUCA, PATRICIA

- 1985 *El derecho de propiedad sobre las aguas en la Constitución de 1925 y la actual Constitución de la República de Chile, Art. 19 N° 24*. Memoria para optar al Grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas, Universidad de Chile, Santiago.

MESSERLI, BRUNO

- 1993 Climate change and natural resource dynamics of the Atacama Altiplano in the last 18.000 years: A preliminary syntesis. *Mountain Research and Development*, Vol 13, N° 2.

MURRA, JOHN

- Formaciones económicas y políticas del mundo andino*. Instituto de Estudios Peruanos, Lima.

ORMEÑO, HUGO y JORGE OSSES

- 1972 Nueva legislación sobre indígenas. *Cuadernos de Estudios de la Realidad Nacional*, N° 14, CEREN, Universidad Católica de Chile, Santiago.

OTS CAPDEQUI, JOSÉ

- 1943 Manual de historia del Derecho Español en las Indias y del Derecho propio Indiano. Colección de Estudios Para la Historia del Derecho Argentino, Buenos Aires.
- 1992 Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias, 1680, Tomo II. *Revista Minería Chilena* N° 172.

SPOTA, ALBERTO

1941 *Tratado de Derecho de Aguas*. Casa Editora de Jesús Méndez. Buenos Aires.

STAVENHAGEN, RODOLFO

1992 Los derechos de los indígenas: algunos problemas conceptuales. *Nueva Antropología*, N° 43, Vol XIII, México.

STEWART, DANIEL

1970 *El derecho de aguas en Chile. Algunos aspectos de su historia y el caso del valle de Illapel*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

VAN KESSEL, JUAN

1985 La lucha por el agua de Tarapacá; la visión andina. *Chungara*, N° 14: 141-155.

VERGARA, ALEJANDRO

1990 Teoría del Dominio Público y Afectación minera. *Revista Chilena de Derecho*, Vol 17, N° 1, Universidad Católica de Chile, Santiago.

VILLALOBOS SERGIO y PATRICIO ESTELÉ

1989 El último siglo colonial. *Historia de Chile*, Editorial Universitaria, Santiago.

WARMAN, ARTURO

1976 *...Y venimos a contradecir*. Ed. Casa Chata. México.

NOTAS

- ¹ En la Ley 21, título 2, libro 2 de la Recopilación de Leyes de Indias se señalaba qué debía entenderse por **costumbre**: “que no ha de entenderse en dos tres actos solos, sino en muchos continuados, sin interrupción ni orden contraria. Y para que tengan efecto las mercedes que hiciéremos con este presupuesto, se han de fundar en costumbre asentada, fija, sin alteración ni prohibición en contrario, y con muchos actos en el mismo género que la confirmen” (Dougnaç 1975).
- ² En la prelación normativa respecto de los indígenas estaba entonces, en primer lugar la Recopilación de Leyes de Indias en todo lo que se contradijese con el derecho consuetudinario indígena; en segundo lugar, el derecho consuetudinario indígena; en tercer lugar y, a falta de normas, debía recurrirse al Rey (Dougnaç 1975).
- ³ El Derecho Positivo se establece por las leyes, y estuvo destinado a suplir las deficiencias del Derecho natural.
- ⁴ El Fuero Juzgo —código romano/godo de fines del siglo VII a.C.—, establece según principios del Derecho romano que las aguas eran comunes a todos los hombres, no pudiendo formar parte de propiedad privada; aunque se admite que sean parte del patrimonio privado de ciertos señores feudales (Stewart 1970); el Fuero Viejo de Castilla, código de la antigua nobleza medieval española, que se remonta a los inicios del siglo XIII, donde se reconoce propiedad particular sobre los ríos; el Fuero Real, código de transición entre las leyes de los godos y el Derecho romano, data de mediados del siglo XIII. Esta legislación pretendió, sin éxito, sustituir las leyes y costumbres locales por una ley territorial aplicable a todo el país; el ordenamiento de Alcalá de Henares, hacia fines del siglo XIV, representa el último período del Derecho feudal; el Código de las Siete Partidas. Con influencia del Derecho romano, constituye una recopilación que data de 1260. Se establece que las fuentes, al igual que los caminos públicos constituirán bienes que pertenecerán comunamente a todos los hombres (Ots Capdequi 1943).
- ⁵ En este siglo la agricultura recibió un impulso con el reparto de tierras comunes, la colonización de algunas regiones, así como con la construcción de caminos y obras de regadío (Villalobos y Estelé 1989).
- ⁶ El Código reconocía tres tipos de derecho que los particulares podían ejercer sobre las aguas públicas de la nación: a) Derechos legalmente adquiridos antes del Código Civil, b) Derechos de uso riberano, en su calidad de dueños de las heredades atravesadas o circundadas por el cauce natural, c) Mercedes otorgadas por la autoridad competente a aquellos propietarios de heredades que no deslindaban o no eran atravesadas por los cauces. Mediante este permiso un particular podía extraer agua de las corrientes de aguas naturales (Góngora 1981).
- ⁷ En el artículo 595 se señala: “Los ríos i todas las aguas que corren por cauces naturales, son bienes nacionales de uso público. Exceptuándose las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad: su propiedad, uso i goce pertenecen a los dueños de las riberas, i pasan con estas a los herederos i demás sucesores”(Lira y De la Maza 1940).

- ⁸ La ley de Municipalidades dictada en 1834 consideraba a todos los ríos de la nación como de uso común de sus habitantes; estas aguas comunes corresponden a la jurisdicción de las municipalidades. En el caso de los ríos que dividieran departamentos o provincias, la jurisdicción correspondía al presidente de la república. Este hecho permite suponer que cualquiera que deseara extraer agua de un río, fuera propietario riberano o no, debía obtener un permiso o merced para hacerlo. Esta ley, especificaba que era atribución de las Municipalidades reglamentar el uso, construcción, nivelación y limpia de acequias, canales y acueductos, como encargadas de promover la agricultura y la industria, conceder mercedes de agua públicas (Diario Oficial; Mayo, 1934).
- ⁹ Entre los principales se encuentran el Código de Minería, de 1882; la Ley N° 2068 de 1907, sobre aprovechamiento de las aguas como fuerza motriz; el Reglamento N° 254 de 1907, sobre concesiones de mercedes de agua para usos industriales; la Ley General de Servicio Eléctricos, de 1931 y de 1938.
- ¹⁰ El derecho de aprovechamiento es un derecho real que recae sobre aguas de dominio público y que consiste en el uso, goce y disposición de ellas. Era concedido por medio de una merced por el Presidente de la República. En estas mercedes se especificaba el uso al cual se destinaba. Para ello existía un orden de preferencias: 1° bebida y servicio de agua potable de las poblaciones y centros industriales, 2° usos domésticos y saneamientos de las poblaciones y centros industriales, 3° abastecimiento de ferrocarriles y elaboración del salitre, 4° regadío. 5° plantas generadoras de fuerza motriz o eléctricas, y 6° industrias, molinos y fábricas.
- ¹¹ Se incluyen como habitantes permanentes a aymaras, atacameños, changos y diaguitas, en el norte; picunches, en la zona central; mapuches, huilliches, cuncos, chonos, qawashqar, selknam y yámanas, hacia el sur.
- ¹² Según en Censo de 1992, hay 928.060 mapuches, 48.477 aymaras, y 21.848 rapanui (habitantes de la isla de Pascua). Estas cifras corresponden a población mayor de 14 años que declaró pertenecer a una etnia.
- ¹³ Diferente ha sido la situación de los mapuches quienes han tenido que enfrentar constantemente la amenaza, por mecanismos de fuerza y legales, de la expoliación de sus tierras de buena calidad, por cierto. Fue así como una vez consolidada la independencia, se inicia un proceso en el cual los indígenas fueron constantemente despojados de sus tierras, mediante mil argucias de orden legal (Ormeño y Osses 1972).
- ¹⁴ Los territorios del extremo norte fueron anexados a Chile, después de la llamada guerra del Pacífico con Perú y Bolivia (1879).
- ¹⁵ Realmente llama la atención la cantidad de proyectos que no fueron puestos en práctica, posiblemente como resultado de la prioridad que el gobierno español otorgaba a las inversiones directas en la explotación minera.
- ¹⁶ Hasta el año 1980 aproximadamente persistían las relaciones de intercambio al interior del espacio andino, por venta o trueque entre grupos de familias de diferentes altitudes y en ferias limítrofes (Castro 1992).
- ¹⁷ Son dos los cambios fundamentales: uno, como derecho de aprovechamiento en propiedad, y no como un derecho de uso para un determinado fin. El agua se convierte en un bien nacional que se puede usar como propiedad cuando se ha constituido el derecho de aprovechamiento. El otro, alude a la separación entre tierra y agua. El propietario de los derechos de agua tiene, además, derecho de servidumbre sobre los terrenos de los cuales extraerá el recurso. Aparentemente, el propietario de un derecho tiene en esta situación preeminencia con respecto al dueño de la tierra (Lemereis 1987).
- ¹⁸ Los derechos una vez obtenidos pueden ser libremente transferidos, vendidos, y comprados, separados de la tierra. La adquisición del derecho es gratis, y no hay pérdida por falta de uso. Esto ha sido uno de los más controvertidos aspectos del Código (Bauer 1995).
- ¹⁹ En el estudio citado se constató, entre otros, una alta demanda de aguas subterráneas. Un análisis de recarga en la II Región, Antofagasta, ha planteado el carácter fósil, no renovable, de varias napas actualmente en uso; éstas fueron recargadas entre 11.000 y 7.000 A.P. (Messerli *et al.* 1993).
- ²⁰ En el marco de las nuevas políticas económicas, el fomento a las inversiones extranjeras ha significado que Chile haya autorizado, desde 1974 un total de 16 mil 937 millones de dólares. De éstos, 10 mil 979 millones corresponden a la minería, de los cuales hasta 1992 se habían materializado 3 mil 564 millones. Entre 1992 y 1997 deberían materializarse 2 mil 296 millones, a través de 9 proyectos de los cuales 7 se encuentran en el área a que nos estamos refiriendo en este trabajo (Minería Chilena 1992)
- ²¹ En varias zonas del país se ha observado que los campesinos han perdido sus derechos por no haberlos inscrito, como tampoco han tenido la información de cómo gestionar una solicitud de agua.
- ²² En la región de Antofagasta, en 1915, las aguas del río Toconce se ponen al servicio del mineral de Chuquicamata. Posteriormente se extrajo toda el agua del río Linzor y parte importante del río Toconce para abastecer las crecientes ciudades de Antofagasta y Calama. Desde entonces ha ido aumentando la

extracción hacia la minería, provocando el desecamiento de las vegas Ojos de San Pedro, Colana, Siloli; también se han envenenado las aguas de las vegas de Cabana (Aldunate 1985; Cavieres 1985).

23 En el paisaje del norte de Chile (17°50' LS a 25° LS.), en un perfil transversal desde la costa del Océano Pacífico hasta las altas montañas de los Andes, se pueden distinguir tres pisos altitudinales diferentes desde el punto de vista de la localización de los asentamientos humanos y las actividades productivas: a) valles de la costa; b) valles intermontanos (3.000 a 3500 msnm); y el altiplano (4000 msnm). En los dos primeros la actividad productiva está constituida por agricultura y ganadería (especialmente ovinos); en el altiplano, debido a las condiciones climáticas, temperaturas que llegan a 20° bajo cero, la producción queda restringida a la ganadería de camélidos (llamas y alpacas), y ovinos (introducidos por europeos).

24 Se señaló antes que la construcción de caminos se inició en la década de los años 60.

25 Un tema a profundizar refiere a los efectos de este hecho. A modo de ejemplo, según nuestra información de campo, algunos pastores e incluso agricultores de la precordillera, optaron por la nacionalidad boliviana o peruana, abandonando sus predios en el lado chileno. Otros, con mejor nivel de educación e información habrían inscrito a su nombre predios que en conformidad a la costumbre no les pertenecían.

26 Una investigación en curso, sobre formas de acceso y uso en sistemas de pastoreo de altura, de vegas y bofedales, se está efectuando en la zona altoandina de la Región de Antofagasta. La información que se tiene estaría corroborando esta dinámica (M.Castro y M.Bahamondes).

27 El derecho a disponer agua para el riego era otorgado por la comunidad de acuerdo a normas establecidas: pasar a la categoría de adulto, tener una esposa, cumplir con servicios para la iglesia y el pueblo. Estas disposiciones se han debilitado por efecto de la imposición de las normas del derecho positivo (Castro MS)

28 Hemos realizado estudios sobre la gestión andina del agua en varios pueblos de la precordillera y altiplano, constatando diferencias en el poder que aún mantiene la gestión comunal de los recursos, en el nivel de religiosidad incorporado a las ceremonias de limpieza de canales, como en las tecnologías de riego-andinas e introducidas (Castro, MS).

29 La relación con la naturaleza ha estado mediatizada por los antepasados. Hasta hoy se conserva la costumbre de venerar ciertos lugares donde habría evidencias de ellos, éstos son lugares sagrados. Así, en algunos poblados cuando se efectúa una actividad que involucre intervenir la naturaleza, como es el caso de la limpieza de canales, en la ceremonia se incluyen ofrendas a las fuerzas sobrenaturales, a la madre tierra, a lejanos antepasados y a la parentela de más reciente muerte.

30 Las cifras censales muestran, a partir de 1950 cuando se implementan las políticas de integración (que como se ha señalado consistieron, básicamente, en construcción de caminos, escuelas, etc.) se inicia un movimiento de población creciente hacia las ciudades, haciendo temer por un proceso irreversible de despoblamiento de las zonas altoandinas. Actualmente la población residente en los Andes alcanza a 25.000 habitantes aproximadamente, permaneciendo en la ciudad cerca de 40.000.

31 En el caso del recurso hídrico, tal situación se expresó en políticas que, directa o indirectamente, otorgaban prioridad a la explotación minera; en tanto que el uso del agua para fines agropecuarios estuvo supeditada a las necesidades de la minería, reduciendo la producción agropecuaria a una especie de productor de alimentos, insumos y trabajadores para la mina (Van Kessel 1985).

32 Así, en algunos pueblos los cambios han afectado las normas y costumbres asociadas al plano organizacional (instituciones o personas responsables del acceso, distribución y control del agua); en otros, los cambios han tenido lugar en el plano técnico-económico (normas que definen el mantenimiento y reparación del sistemas de riego, de la limpieza de canales, y la aplicación de la tecnología); finalmente, otras variaciones han tenido lugar en el plano ideacional, referido a la vigencia de las ceremonias asociadas a la obtención de aguas (rogativas para pedir lluvias, o de ritos para aumentar los caudales de las vertientes).

33 En una representación cartográfica está contenida la siguiente información: localización de los pueblos indígenas, total de concesiones mineras y de nuevas solicitudes de agua —especificando montos de origen superficial y subterráneo—, y la ubicación de todas las vegas sobre los 3000 msnm. El estudio efectuado arrojó un total de 435 humedales. (Castro *et al.* 1993). Estos datos constituyeron a tal punto una alerta para la Dirección General de Aguas, Ministerio de Obras Públicas, encargado de velar por el cumplimiento del Código de Aguas, que gestionó en el Parlamento una modificación al Código de Aguas (Ley 19.145 de 1992). Se prohíben exploraciones y nuevas explotaciones de aguas subterráneas en terrenos públicos o privados de zonas que corresponden a acuíferos que alimentan áreas de vegas y bofedales de las Regiones Primera y Segunda.

34 Aunque la ley de Bases para el Medio Ambiente N° 19.300, promulgada en 1994, para exigir a todo nuevo proyecto de inversión un estudio de impacto ambiental, hasta enero de 1997, las autoridades pertinentes no han llegado a un acuerdo para elaborar el Reglamento que la pondrá en práctica.

- ³⁵ Los líderes que existían antes de la nueva Ley Indígena, al asumir hoy cargos en la Comisión Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI), son vistos más bien como portadores de la posición del gobierno por parte de la colectividad indígena, lo que puede tener efectos positivos, pero también negativos.
- ³⁶ En el área de estudio se han distinguido los siguientes tipos: a) residentes permanentes sin vínculos con la comunidad; b) residentes permanentes que mantienen lazos activos con la comunidad de origen; c) residentes temporales, dependientes de las posibilidades laborales que encuentren; y d) migrantes pendulares.
- ³⁷ Mientras algunos sectores —especialmente la población en edad activa—, apoyan la instalación de empresas mineras en el área andina por cuanto constituye una fuente laboral, para otros, especialmente agricultores y pastores, es una seria amenaza.