

Santiago, seis de abril de dos mil diecisiete.

En cumplimiento a lo prevenido en el artículo 786 del Código de Procedimiento Civil, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo:

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada con excepción de su motivo octavo.

Asimismo, se reproducen los considerandos sexto y séptimo de la sentencia de casación que antecede.

Y se tiene además presente:

Primero: Que, tal como se expuso en el fundamento sexto del fallo de casación que antecede, expresamente reproducido para estos efectos, a través de la acción interpuesta la demandante solicita la regularización conforme al artículo 2 transitorio del Código de Aguas, de un derecho de aprovechamiento de aguas superficiales y corrientes, de uso consuntivo de ejercicio permanente y continuo, por un caudal total de 14,463 litros por segundo, provenientes de las Vertientes Rinconada N°1, N°2 y N°3 del Estero La Candelaria, en una proporción de 4,63; 9,8 y 0,033 litros por segundo por cada una de las Vertientes respectivamente, detallando las coordenadas del punto de captación, todo en la comuna de Camarones, provincia de Arica.

Hace presente que los miembros de la comunidad indígena han explotado y utilizado las aguas para regadío



de bofedal, consumo humano y de animales, sin violencia ni clandestinidad y sin reconocer dominio de terceros desde tiempos inmemoriales.

Segundo: Que del mérito del Informe Técnico N°46 de 14 de noviembre de 2012, de la Dirección General de Aguas, se concluye respecto de la solicitud de la actora que se da cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 130 y 131 del Código de Aguas y que la ubicación de los puntos de captación señalados por los peticionarios, corresponde a la correcta, lo que fue constatado mediante inspección ocular. Sugiere la no regularización de la vertiente denominada Rinconada N°3, dado que su caudal corresponde al caudal ecológico que se podría establecer. Finalmente sostiene, que respecto de las otras características esenciales del artículo 2 transitorio del código antes citado, como son el uso ininterrumpido, libre de clandestinidad y desconociendo dominio ajeno, con los elementos que se tuvieron a la vista durante el proceso administrativo no puede pronunciarse en ningún sentido, por lo que únicamente sugiere regularizar el derecho de aprovechamiento de aguas respecto de las vertientes Rinconada N°1 y N°2.

Tercero: Que la parte demandante rindió en autos para fundar su solicitud, los siguientes medios de prueba:

a) Fotocopia de inscripción de dominio de inmueble de fojas 3054 N°2447 del Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Arica del año 2008, a nombre de la



Comunidad Indígena de Mulluri.

b) Fotocopia de inscripción de dominio de fojas 196 N°163 del Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Arica del año 1942, a nombre de Isidro Choque y otros antecesores en el dominio de la solicitante.

c) Certificado Electrónico emitido por la CONADI de fecha 25 de marzo de 2011, que da cuenta que la Comunidad Indígena de Mulluri se encuentra inscrita y vigente bajo el número 42 del Registro de Comunidades y Asociaciones Indígenas, cuya fecha de constitución data del 25 de abril del 2000.

d) Constancia N°10 de marzo de 2016 de la Directora Regional de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, de la Región de Arica y Parinacota que señala, en lo pertinente, que la Comunidad Indígena de Mulluri está constituida por personas y familias de origen aimara y que éstas han utilizado las aguas desde tiempos inmemoriales.

e) Declaraciones de Yolanda Inés Challapa Mamani y Marcos Heriberto Mamani García, quienes son contestes en declarar que los solicitantes son poseedores de las aguas y que las han usado hace más de 50 años, traspasando dicho uso de generación en generación.

Cuarto: Que el artículo 2° transitorio del Código de Aguas prescribe que: *“Los derechos de aprovechamiento inscritos que estén siendo utilizados por personas distintas de sus titulares a la fecha de entrar en vigencia*



este código, podrán regularizarse cuando dichos usuarios hayan cumplido cinco años de uso ininterrumpido, contados desde la fecha en que hubieren comenzado a hacerlo, en conformidad con las reglas siguientes:

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

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

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

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

El mismo procedimiento se aplicará en los casos de las personas que, cumpliendo todos los requisitos indicados en el inciso anterior, solicitaren inscribir derechos de aprovechamiento no inscritos, y aquellos que se extraen en forma individual de una fuente natural".

Quinto: Que en el marco del texto reproducido resulta útil consignar que, como ha sostenido esta Corte en



ocasiones anteriores, nuestro ordenamiento jurídico distingue, según su origen, entre los derechos de aguas constituidos o concesionales, que nacen de un acto de autoridad y, aquellos derechos reconocidos que surgen del uso fáctico, de una especial situación, o de su reconocimiento por el legislador.

Los derechos de aprovechamiento reconocidos emergen como tales cuando el ordenamiento jurídico admite la legitimidad del uso consuetudinario de las aguas o de las que se encuentran en una situación especial. *"...Así, un uso que se inició de facto, una vez reconocido por la legislación, pasa a tener la categoría de derecho y ocupa un lugar equivalente a los derechos de aprovechamiento constituidos. Por consiguiente, un derecho de los llamados 'reconocidos', existe y goza de protección, pero debe ser formalizado o regularizado, no para nacer a la vida del derecho, sino con el objeto de alcanzar la certeza jurídica que la actual normativa pretende respecto de los derechos a usar las aguas..."* (Sentencias Corte Suprema Roles N° 1084-04 y N° 5342-06).

Asentadas las ideas precedentes, cabe precisar que en la especie, como el actor lo expone en su demanda, se trata de una solicitud de regularización de aguas que se aduce son utilizadas en forma ininterrumpida, sin violencia ni clandestinidad, y sin reconocer dominio ajeno, desde tiempos inmemoriales ya que se trata de una comunidad



indígena aimara, por lo que debe concluirse que lo que se persigue es la regularización de un derecho de carácter consuetudinario.

Sexto: Que asentado el marco normativo aplicable en la especie, se debe señalar que constituyen circunstancias fácticas de autos, sea porque no han sido controvertidas, sea por que se encuentren acreditadas con la prueba documental y testimonial rendida, las siguientes:

a) La solicitante adquirió el dominio del inmueble que se beneficia con las aguas cuyo uso pretende regularizar el año 2008.

b) El título antecesor del dominio de la solicitante data de 1942.

c) La Comunidad Indígena Malluri es poseedora de las aguas provenientes de las vertientes Rinconada N°1, 2 y 3, las que viene usando hace más de 50 años y por generaciones anteriores.

d) La solicitante efectuó su inscripción en la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena bajo el N°42 del Registro Nacional de Comunidades y Asociaciones Indígenas, inscrita el 25 de abril del año 2000.

e) El informe técnico de la DGA es favorable a la solicitud de la actora, salvo en lo que se refiere a la vertiente Rinconada N°3 dado que su caudal corresponde al caudal ecológico, habiéndose verificado la correspondencia de los puntos de captación y constatado el cumplimiento de



todos los requisitos que exigen los artículos 130 y 131 del Código de Aguas, respecto de las vertientes de la Rinconada N°1 y 2, sin emitir pronunciamiento respecto del uso ininterrumpido de las aguas.

Séptimo: Que la controversia de autos radica únicamente en determinar si la solicitante de autos cumple plenamente con la exigencia del artículo 2 transitorio del Código de Aguas, en cuanto a que se haya acreditado el uso de las aguas libre de violencia y clandestinidad y sin reconocer dominio ajeno, en los 5 años anteriores a la fecha de entrada en vigencia del Código de Aguas, hecho que ocurre el 29 de octubre de 1981.

Octavo: Que, en efecto, el artículo 9 de la Ley N° 19.253 señala que:

“Para los efectos de esta ley se entenderá por Comunidad Indígena, toda agrupación de personas pertenecientes a una misma etnia indígena y que se encuentren en una o más de las siguientes situaciones:

- a) Provenzan de un mismo tronco familiar;
- b) Reconozcan una jefatura tradicional;
- c) Posean o hayan poseído tierras indígenas en común,
- d) Provenzan de un mismo poblado antiguo”.

Por su parte el artículo 64 de la misma ley indica 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 los 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 agua sobre lagos, charcos, vertientes, ríos y otros acuíferos que surten a las aguas de propiedad de varias Comunidades Indígenas establecidas por esta ley sin garantizar, en forma previa, el normal abastecimiento de agua a las comunidades afectadas”.

Noveno: Que en esta materia es necesario precisar que la ausencia de inscripción de los derechos de aguas consuetudinarios no acarrea su inexistencia, sino sólo la falta de formalización registral y precisamente porque el derecho existe, se le reconoce por la ley y para el solo efecto de tener certeza sobre su entidad, ubicación de los puntos de captación y precisión del recurso hídrico se ha creado un sistema de regularización que permite su ulterior inscripción. (En este sentido causa Rol N°2840-08 de la Corte Suprema, sentencia de 25 de noviembre de 2009)

Décimo: Que conforme al mérito de todo lo antes señalado y no existiendo antecedente alguno que permita sostener un uso clandestino o violento de las aguas que se solicita regularizar, es posible establecer que en el presente caso se cumplen con todas las exigencias que



estipula el artículo 2 transitorio del Código de Aguas, para proceder a regularizar e inscribir los derechos ancestrales de las aguas solicitados por la Comunidad Indígena Mulluri, respecto de las vertientes Rinconada N°1 y 2 de la comuna de Camarones, por un caudal de 4,63 y 4,32 litros por segundo respectivamente, de uso consuntivo, ejercicio permanente y continuo.

Por estas consideraciones y teniendo además presente lo dispuesto en los artículos 177 y 2° transitorio del Código de Aguas y 186 del Código de Procedimiento Civil.

1.- Se revoca la sentencia de 28 de septiembre de 2015, complementada por otra de 11 de abril de 2016, sólo en cuanto se declara que se acoge la solicitud de regularización de aprovechamiento de aguas superficiales deducida por la Comunidad Indígena Mulluri en los términos señalados en el motivo 8° de este fallo.

2.- Se confirma, en lo demás apelado, el referido fallo.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro señor Aránguiz.

Rol N° 45.848-2016.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sra. María Eugenia Sandoval G., Sr. Carlos Aránguiz Z., y Sr. Manuel Valderrama R., y el Abogado Integrante Sr. Álvaro Quintanilla P. No firman, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, la Ministra señora Sandoval



por estar en comisión de servicios y el Abogado Integrante señor Quintanilla por estar ausente. Santiago, 06 de abril de 2017.



Autoriza el Ministro de Fe de la Excma. Corte Suprema

En Santiago, a seis de abril de dos mil diecisiete, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

