

Santiago, dos de agosto de dos mil dieciocho.

**Vistos:**

En estos autos rol N° 44.255-2017 sobre juicio sumario de regularización de derechos de aprovechamiento de aguas, caratulados "Comunidad Indígena Atacameña con Sociedad Química y Minera S.A. y otros"", la parte demandante interpone recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta que confirmó el fallo de primer grado que rechazó la demanda.

Se trajeron los autos en relación.

**Considerando:**

**Primero:** Que en el arbitrio de nulidad sustancial se acusa la infracción de los artículos 19 N° 24 de la Constitución Política de la República, 2° Transitorio del Código de Aguas, 1°, 65 y 3° Transitorio de la Ley N° 19.253, numerales primero de los artículos 1°, 8° y 15 del Convenio N° 169 de la OIT y artículo 7° del Decreto Ley N° 2.603 del año 1979.

Explica que para la procedencia de la regularización de los derechos de aprovechamiento de aguas basta acreditar el cumplimiento de los requisitos indicados en el inciso primero y letra a) del artículo 2° transitorio del Código de Aguas; sin embargo, la sentencia recurrida impone arbitrariamente una exigencia adicional, no prevista en la disposición, soslayando, además, que los derechos que la



Comunidad Atacameña de Toconce busca regularizar, son de su propiedad ancestral en virtud del artículo 3° transitorio de la Ley N° 19.253.

Enfatiza que el procedimiento contemplado en el artículo 2° transitorio del Código de Aguas, no tiene por finalidad constituir derechos de aprovechamiento, sino únicamente regularizarlos e inscribirlos, lo que en el caso concreto se justifica en que la demandante es dueña ancestral de los derechos de agua, por así disponerlo el artículo 3° transitorio de la Ley N° 19.253.

Continúa expresando que antes de la vigencia de la actual normativa contenida en el artículo 2° transitorio, el legislador reconoció expresamente su uso consuetudinario como Derecho, disponiéndolo así en el artículo 7° del Decreto Ley N° 2.603, de 1979. Tal derecho fue consagrado constitucionalmente al otorgar protección a los derechos reconocidos legalmente en el N° 24 del artículo 19 de la Carta Fundamental. Añade que del citado artículo 7° se infiere que el propósito de la normativa es que los usos de aguas que cumplan determinados requisitos, constituyan derechos, estableciendo en el artículo 2° transitorio del Código de Aguas un mecanismo para regularizarlos. Lo anterior se encuentra en armonía con el artículo 8° N° 1 del Convenio 169 de la OIT.

Esgrime que no se puede calificar como ilegal el uso



de las aguas, si esa utilización deriva de prácticas consuetudinarias. Ante esta realidad, la autoridad ha optado por reconocer esos derechos ancestrales en el caso de comunidades indígenas, exigiendo sólo su regularización e inscripción, no para fines de constitución, sino para darles certeza en cuanto a su entidad, ubicación de los puntos de captación de las aguas y precisión del uso del recurso hídrico.

Añade que la Comunidad Indígena Atacameña de Toconce constituye una agrupación de personas, reconocidas por la Ley N° 19.253, que otorgó un estatuto jurídico que reconoce características culturales propias, entre las que se cuentan el respeto y veneración hacia la tierra y el agua, ambos elementos, fundamento esencial de su existencia. Tal ley reconoce una ancestral utilización de las aguas por parte de las comunidades.

Sostiene que el mecanismo previsto en el artículo 2° Transitorio antes citado, brinda un reconocimiento jurídico a quienes durante años han utilizado las aguas en forma ininterrumpida, pública y pacífica transformando de esta forma un acto material en un derecho patrimonial protegido por la Constitución Política de la República. Así, sólo dos son los requisitos fundamentales que se deben cumplir: a) haber cumplido cinco años de uso ininterrumpido de las aguas a la fecha de entrada en vigencia del Código de



Aguas, esto es, el año 1981, contados desde la fecha en que comenzaron a ser usadas; b) Que dicha utilización se haya efectuado libre de violencia y clandestinidad. Ambos se cumplen en la especie, toda vez que se acreditó el uso ancestral en diversas actividades, como son el riego de tierras cultivadas, pastoreo de animales y el consumo humano. Efectivamente a futuro se busca darle un nuevo uso como es el turístico, sin embargo aquello no es óbice para la regularización solicitada.

Finaliza señalando que en la resolución del conflicto no se puede soslayar que es una obligación de los organismos del Estado, al tenor de lo dispuesto en el artículo 65 de la Ley N° 19.253, incentivar planes de recuperación y repoblamiento de pueblos y sectores actualmente abandonados de la etnia Atacameña y Aimara.

**Segundo:** Que la sentencia de primer grado, confirmada por el fallo impugnado, rechaza la acción sosteniendo que los antecedentes acompañados se limitan a ilustrar sobre la ocupación histórica del pueblo atacameño, mas no así la utilización de las aguas. Añade que para acceder a la petición de la Comunidad se tenía que acreditar el uso efectivo de las aguas, que el mismo se inició al menos cinco años antes del 29 de octubre de 1981, que se mantenía al momento de formular su solicitud (o sea, el año 2008) y durante el curso de su tramitación, cuestión que no



acreditó. Para asentar aquello refiere que no se acreditó la existencia de obras hidráulicas, pese a que el informe emitido por la Municipalidad destacó que uno de los principales recursos que el hombre andino significó y utilizó para consolidar su proyecto de vida comunitaria fue la ingeniería hidráulica, ciencia andina que logra elevar canales para el riego de terrazas que se levantan sobre la base de quebradas y ríos. Es más, agrega, que incluso si se concediera que de los antecedentes suministrados se extrae el uso ancestral, nada abona la tesis que esa situación se prolongara a la fecha de entrada en vigencia del Código de Aguas y menos a la época de la solicitud.

Añade el fallo de segundo grado que la Comunidad Atacameña de Toconce pretende obtener la regularización de las aguas del sector denominado Vertiente de Aguas Calientes para constituir unidades de negocio que permitan utilizar dichas aguas para actividades turísticas, en especial para llenar posas para baños termales; sin embargo, de la documentación acompañada en autos *"se desprende que las aguas que se pretenden regularizar se encuentran en una zona de histórica ocupación aborígen de la zona del Alto El Loa, lugar donde se ubica, la comunidad solicitante, utilizadas desde tiempos inmemoriales, los que sin embargo lo han sido para cultivos, y alimentación, pero no para una actividad nueva y presente cuál es la actividad*



*turística -ajena a la actividad de los pueblos atacameños del pasado-, la que no encuentra amparo en el artículo segundo transitorio del Código de Aguas”.*

**Tercero:** Que, previo al análisis concreto de las materias planteadas en el arbitrio, se deben precisar ciertas cuestiones relacionadas con el objeto de la pretensión ejercida en autos, esto es, la regularización de derechos de aprovechamiento de aguas no inscritos en conformidad con el artículo 2° transitorio del Código de Aguas.

La citada disposición 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”.*

**Cuarto:** Que para la procedencia de la acción incoada en autos se deben cumplir las exigencias que se contemplan en la referida disposición, dentro de las cuales se incluye la necesidad de probar el uso de las aguas a la fecha de entrada en vigencia del Código de Aguas actualmente vigente, vale decir, al 29 de octubre de 1981. En efecto, entre los requisitos de fondo exigidos por el referido precepto, el aspecto sustancial que conforma todo el sistema de regularización se refiere a la utilización de las aguas, presupuesto material que hace procedente dicho mecanismo especialísimo. La exigencia respecto que este uso se realizara a la época de la entrada en vigencia del referido Código justamente se vincula con la circunstancia



de ser un artículo transitorio que buscó regularizar situaciones existentes a la época de la entrada en vigencia de la nueva institucionalidad en materia de aguas.

**Quinto:** Que establecido lo anterior resulta útil consignar que, como en ocasiones anteriores ha sostenido esta Corte sobre la materia, el ordenamiento jurídico distingue, según su origen, entre los derechos de agua 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.

Así, los derechos de aprovechamiento reconocidos surgen 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 de esta Corte de 27 de abril de 2005 y de 27 de diciembre de 2007, dictadas en las





causas roles N° 1084-04 y N° 5342-06, respectivamente, entre otros fallos).

**Sexto:** Que, sin embargo, la exigencia establecida en el artículo 2° transitorio referida a la utilización de las aguas sólo puede ser entendida como comprensiva del uso que de las mismas efectuaba el solicitante de regularización a la fecha de entrada en vigencia del Código de Aguas y en los cinco años anteriores, esto es, con exclusión de cualquier uso posterior efectuado por terceros distintos de dicha persona, aun cuando se trate de sus sucesores en el empleo del recurso. En efecto, a dicha conclusión se arriba naturalmente si se tiene presente que el beneficio establecido y regulado en la norma en examen sólo puede ser comprendido a la luz de la naturaleza transitoria de la misma y conforme a su propia literalidad.

Así, se ha resuelto que el legislador, a través de la disposición en análisis, pretendió amparar a las personas que a la fecha de entrada en vigor de la nueva legislación hacían uso de recursos hídricos, y precisamente para el caso que no pudiera respaldarlo con los registros formales que el Código de Aguas exige para ese fin. En efecto, de su sola lectura se advierte que la mentada disposición no contiene ningún elemento literal, lógico ni contextual que permita entender que el mecanismo por ella reglamentado pueda beneficiar a personas distintas de quien hacía uso de



las aguas al 29 de octubre de 1981 y, por el contrario, de su propio texto aparece que la exigencia legal en análisis abarca, exclusivamente, la utilización personal que de ellas hacía el solicitante de regularización a esa fecha.

**Séptimo:** Que, asentadas las ideas anteriores conviene precisar que en autos la actora es la Comunidad Atacameña Toconce, quien solicita la regularización de aguas que se aduce son utilizadas en forma ininterrumpida, sin violencia ni clandestinidad, y sin reconocer dominio ajeno, desde tiempos inmemoriales, por lo que debe concluirse que lo que se persigue es la regularización de un derecho de carácter consuetudinario.

Lo anterior es trascendente, toda vez que se trata de una comunidad conformada por personas que pertenecen a la etnia Atacameña, pueblo originario del norte de nuestro país cuya existencia es reconocida y protegida por la Ley N° 19.253, publicada el 5 de octubre del año 1993, por lo que la normativa expuesta en los considerandos precedentes debe armonizarse con lo dispuesto en el último cuerpo normativo antes citado.

El artículo 9° de la ley precitada dispone: *"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) Provengan de un mismo tronco*



familiar; b) Reconozcan una jefatura tradicional; c) Posean o hayan poseído tierras indígenas en común; d) Provengan de un mismo poblado antiguo". En los artículos 10 y 11 se reglamenta el proceso de constitución de las referidas comunidades.

El Título II del referido cuerpo normativo, cuyo epígrafe reza "DEL RECONOCIMIENTO, PROTECCION Y DESARROLLO DE LAS TIERRAS INDIGENAS", regula en su Párrafo 1°, las tierras indígenas, reconociendo la ocupación histórica de los pueblos originarios. Específicamente, en el artículo 12, se establece cuáles son las tierras indígenas. Interesa destacar que este precepto, sobre la base de tal ocupación, señala en el numeral 2° que tienen tal calidad aquellas que históricamente han ocupado y poseen las personas o comunidades, entre otras, atacameñas, siempre que sus derechos sean inscritos en el Registro de Tierras Indígenas que crea esta ley. Puntualiza su inciso antepenúltimo que la propiedad de las tierras indígenas a que se refiere este artículo, tendrá como titulares a las personas naturales indígenas o a la comunidad indígena definida por esta ley.

El párrafo 2°, en el artículo 20 contempla la creación de un Fondo para Tierras y Aguas Indígenas que será administrado por la CONADI, entre cuyos objetivos, se contempla en la letra c): "*Financiar la constitución, regularización o compra de derechos de aguas o financiar*



*obras destinadas a obtener este recurso".*

Por su parte el artículo 64 de la misma ley indica:  
*"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".*

**Octavo:** Que la normativa descrita en el fundamento precedente permite asentar dos ideas que son centrales para la resolución del conflicto. En efecto, es la Ley N° 19.253, normativa especial vigente desde el año 1993, la que reconoce la existencia de comunidades indígenas, regulando un proceso de constitución jurídica, empero reconociendo su existencia ancestral en territorios que describe. En lo particular, el artículo 62 señala que son atacameños los indígenas pertenecientes a las comunidades existentes principalmente en los poblados del interior de



la II Región. Por otro lado, es la referida normativa la que expresamente, en su artículo 20, establece no sólo la posibilidad de regularizar derechos de aprovechamiento de aguas por parte de las comunidades indígenas, sino que además crea un fondo cuyo objetivo, entre otros, será financiar tal proceso.

Es decir, la ley reconoce la existencia de usos ancestrales realizados por comunidades de pueblos originarios, que de forma colectiva ejercen un derecho consuetudinario que es reconocido por la ley.

**Noveno:** Que, como se observa, es efectivo que los jueces del grado han incurrido en los errores de derecho que se les atribuyen. En efecto, a pesar de reconocer que la prueba rendida acredita un uso ancestral de las aguas por parte de la Comunidad Atacameña Toconce, niegan que aquél posibilite la regularización de los derechos de aprovechamiento por no cumplirse los requisitos del artículo 2° transitorio, exigiendo por una parte acreditar la existencia de obras de ingeniería que den fe de la extracción de las aguas para el uso en la agricultura, desconociendo que la comunidad señaló que el uso, atendida la zona en la que se encuentra la vertiente sin nombre, se ha utilizado desde tiempos inmemoriales de abrevadero de animales y para consumo humano, cuestión que está asentada en autos, pues el lugar en que se ubica es utilizado por la



comunidad para el pastoreo. Desconocer ese uso ancestral y actual, implica infringir el artículo 7° de la Ley N° 19.253, que reconoce las manifestaciones culturales de los pueblos originarios, como asimismo, infringe el artículo 2° transitorio del Código de Aguas, en relación al artículo 64 de la referida ley, toda vez que a pesar de establecer que existe un uso ancestral, se niega la solicitud de regularización, yerro jurídico que se hace aún más patente al establecer requisitos adicionales, toda vez que se exige que el uso esgrimido sea el mismo que se realizará a futuro, exigencia no prevista en la normativa expuesta, desconociendo, además, lo establecido en el artículo 7 del Decreto Ley N° 2.603 y 24 de la Constitución Política de la República, pues 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.

**Décimo:** Que, lo expuesto en los fundamentos precedentes es suficiente para acoger el recurso, toda vez que el error de derecho reseñado ha tenido influencia en lo dispositivo del fallo, pues se ha negado la regularización



de derecho de aprovechamiento de aguas a la Comunidad Atacameña, a pesar que se cumplen todas las exigencias para aquello.

Por estos fundamentos y de conformidad además con lo dispuesto en los artículos 764, 765 y 775 del Código de Procedimiento Civil, se **acoge** el recurso de casación en el fondo deducido por en lo principal de fojas 259 en contra de la sentencia de cinco de octubre de dos mil diecisiete, escrita a fojas 257, la que por consiguiente **es nula** y es reemplazada por la que se dicta a continuación.

**Se previene** que el Ministro señor Muñoz no comparte lo establecido en el fundamento sexto precedente, toda vez que a su juicio la única exigencia impuesta por la ley es que el uso del recurso hídrico comience cinco años antes desde la publicación del actual Código de Aguas y que éste se mantenga ininterrumpidamente hasta la fecha de la solicitud de regularización, encontrándose facultado el requirente a anexar a su uso personal el de aquellos que le precedieron, que le anteceden en su derecho. Sin embargo, tal razonamiento carece de relevancia en el caso concreto, toda vez que se está en presencia de un uso colectivo impersonal, expresamente reconocido en la ley.

Acordado con el **voto en contra** del Ministro señor Arturo Prado, quien fue del parecer de rechazar el recurso de casación en el fondo, toda vez que, a su juicio, no se



configura el error de derecho denunciado en autos, puesto que a pesar de que se asentó la existencia de un uso ancestral de las aguas por parte de la Comunidad Atacameña Toconce, lo cierto es que no se acreditó que tal uso particular se mantenga en la actualidad, sin que sea suficiente la afirmación de utilización de consumo humano y en calidad de abrevadero de animales, pues aquello carece de la certeza jurídica necesaria, toda vez que no admite asentar la utilización del recurso de forma comunitaria como tradicionalmente se utiliza en estas colectividades y reconoce la ley, en los términos exigidos en el artículo 2° Transitorio del Código de Aguas.

Regístrese.

Redacción a cargo del Ministra señora Sandoval, y de la prevención y disidencia, su autor.

Rol N° 44.255-2017.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sra. María Eugenia Sandoval G. y Sr. Arturo Prado P. y los Abogados Integrantes Sr. Álvaro Quintanilla P. y Sr. Jean Pierre Matus A. No firman, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, la Ministra señora Sandoval por estar con feriado legal y el Abogado Integrante señor Matus por estar ausente. Santiago, 02 de agosto de 2018.







SDTCGHQZBB

Autoriza el Ministro de Fe de la Excma. Corte Suprema

En Santiago, a dos de agosto de dos mil dieciocho, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

