

Santiago, dos de agosto de dos mil dieciocho.

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 sus motivos quinto a séptimo, que se eliminan.

Asimismo, se reproducen los considerandos quinto a octavo de la sentencia de casación que antecede.

Y se tiene además presente:

Primero: Que 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 68 litros por segundo, provenientes de la vertiente sin nombre, conocida por los lugareños como Vertiente Aguas Calientes, en la comuna de Calama, provincia de El Loa, Segunda Región.

Hace presente que los miembros de la comunidad indígena han explotado y utilizado las aguas para regadío, consumo humano y de animales, sin violencia ni clandestinidad y sin reconocer dominio de terceros desde tiempos inmemoriales, entregando las coordenadas del punto de captación.



Segundo: Que del mérito del Informe Técnico N° 52 de 19 de noviembre de 2010, 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. Señala que el punto de captación se encuentra en un área de pastoreo, que no existen cultivos que justifiquen el uso y que se podría presumir que el uso sería de abrevadero, observándose una estancia de antigua data. Señala que existe disponibilidad del recurso; sin embargo, sugiere no acceder toda vez que a su juicio no se acreditó el uso ininterrumpido. Consta asimismo el Informe Técnico N° 10, que constituye el sustento del informe referido precedentemente, en el que se verifica el punto de captación en relación a las coordenadas UTM señaladas en la solicitud.

Tercero: Que, además, se acompañó informe de Ordinario N° 367, de fecha 27 de diciembre de 2016, suscrito por la Jefa de Oficina de Asuntos Indígenas San Pedro de Atacama Conadi, a través del cual se remite Informe jurídico que expone que La Comunidad Indígena Atacameña de Toconce, se constituyó con fecha 05 de abril de 1995, en virtud a lo dispuesto en el artículo 9 letra d) de la Ley N° 19.253.



Refiere la ley reconoce el asentamiento ancestral e inmemorial de un pueblo indígena en un sector territorial determinado del país, que es el caso de la Comunidad demandante. Así, refiere que el recurso hídrico se encuentra en una zona de histórica ocupación indígena, que corresponde al hábitat ancestral de la Comunidad atacameña de Toconce. En el área se sustentan ecosistemas únicos y frágiles, característicos de Los Andes, en los que dicha comunidad efectúa múltiples usos consuetudinarios, tanto económico como culturales, que son el fundamento principal de su existencia y cultura como grupo étnico. Destaca el dominio comunitario de la etnia respecto de la tierra y recursos naturales, que el estado reconoce a través de la Ley N° 19.253.

Puntualiza que a través del decreto N° 189 de 8 de octubre de 2003 se declaró Área de Desarrollo Indígena a la zona de Alto El Loa, que abarca aquella zona en que se encuentra el punto de captación de los derechos de aprovechamiento de aguas que se pretende regularizar.

Además se incorporó en estos antecedentes el Informe de la Municipalidad de Calama, por el cual remite Memorandum N° 425/16, de fecha 28 de diciembre de 2016, suscrito por la Directora (S) Departamento Andino, que expresa que las comunidades indígenas Atacameñas de Caspana y Toconce, son dos comunidades jurídicas creadas el año



1995 bajo la Ley N° 19.253. Ambas son pueblos originarios que están en estos territorios antes de la conformación del Estado chileno y que tienen un origen marcadamente precolombino. Ilustra respecto de la evolución en el asentamiento sedentario, refiriendo que uno de los principales recursos que el hombre andino significó y utilizó para consolidar su proyecto de vida comunitaria fue la ingeniería hidráulica, la ciencia andina que logra elevar canales para el riego de terrazas que se levantan sobre la base de quebradas y ríos fue un aporte excepcional al conocimiento de la agricultura.

Agrega que la evidencia temprana del uso del agua desde tiempos ancestrales es acompañada por un complejo proceso de significación hacia este vital elemento. Ceremonias que se vienen sucediendo y reproduciendo en busca de agradecer y pagar a deidades protectoras por otorgar agua para los regadíos.

Añade que la comunidad de Toconce, dentro de su plan de trabajo, ha considerado bajo el marco legal del Estado de Chile, solicitar la regularización de aprovechamiento de las aguas para distintos usos de acuerdo al sector solicitado. De esta forma, en el sector denominado: Vertiente Aguas Calientes, las aguas se pretenden utilizar para la actividad turística, en especial para llenar posas para baños termales. Las aguas de este sector siempre se



han utilizado para mantener la biodiversidad existente en el lugar, además para el forraje natural de los animales. Desde tiempos inmemoriales estas aguas han sido utilizadas por los antiguos habitantes de Toconce y sus estancias, libre de clandestinidad o dando mal uso a éstas.

Cuarto: Que con el mérito de los antecedentes reseñados, se establece que en el presente caso se cumplen con todas las exigencias que estipula el artículo 2° transitorio del Código de Aguas en relación a los artículos 1, 63 y 64 de la Ley N° 19.253, para proceder a regularizar e inscribir los derechos ancestrales de las aguas solicitados por la Comunidad Indígena Atacameña Toconce, toda vez que se acredita un uso ancestral del recurso hídrico que se extrae del cuerpo de aguas conocido como Vertiente Aguas Calientes, el que se realiza desde tiempos precolombinos hasta la actualidad, pues a través de esas aguas, ubicadas dentro de un Área de Desarrollo Indígena que específicamente es utilizado para el pastoreo, se abastece el consumo de los animales (llamas) y de las personas que en las temporadas realizan tal labor y además se mantiene la vegetación del lugar que es necesaria para el consumo animal, todo aquello inmerso en la actividad cultural y la cosmovisión del Pueblo Atacameño, ejerciéndose así una propiedad colectiva que es reconocida y radicada en la Comunidad demandante. Así, existe un uso



libre de clandestinidad y violencia de las aguas que se solicita regularizar, razón por la que se accederá a lo solicitado, toda vez que en el informe de la Dirección General de Aguas se señala que existe disponibilidad del recurso hídrico.

Quinto: Que se debe destacar que la circunstancia que la Comunidad Atacameña Toconce pretenda en el futuro realizar un proyecto turístico en que se utilizarán las aguas carece de relevancia, toda vez que en estos autos se pretende regularizar el derecho de aprovechamiento de aguas aduciendo que ellas han sido utilizadas desde tiempos inmemoriales, cuestión que el ordenamiento jurídico admite sobre la base que existe un derecho que está dado por el uso consuetudinario del mismo, que ha sido protegido por la ley, sin que la regularización permita restringir el uso futuro de las aguas, pues sólo se exige uso continuo en el pasado, libre de violencia y clandestinidad, sin importar que éste haya mutado en el tiempo y, en lo que es relevante, no impone exigencia alguna al uso futuro, pues aquello implicaría limitar el derecho de dominio reconocido y protegido en el artículo 24 de la Carta Fundamental.

Sexto: Que, corresponde ahora, hacerse cargo de las oposiciones de Aguas Antofagasta y de SQM, que en lo medular esgrimen que el Río Loa, así como sus afluentes, han sido declarados agotados, mediante Resolución DGA N°



197 del año 2000, lo anterior implica la imposibilidad de constituir nuevos derechos de aprovechamiento de aguas en tal río o sus afluentes. Además, refieren, en la cuenca en que se ubica el punto de captación del derecho solicitado, existe una captación, a que tienen derecho sus representadas, enfatizando que el solicitante, en la eventualidad de ejercer los derechos que pretende, provocará una disminución en el caudal del río lo que será un menoscabo a sus derechos.

Puntualiza la segunda oponente que a pesar de ser una solicitud de constitución de derechos de aprovechamiento que recae sobre aguas superficiales, existe asociada además una afectación de aguas subterráneas pues tendrá un impacto significativo en el acuífero que alimenta las vegas y bofedales en los que se superpone. Respecto de la protección legal de estas zonas, primeramente el artículo 58 del Código de Aguas, en su inciso final prohíbe la exploración de zonas que alimenten áreas de vegas y bofedales en las regiones de Tarapacá y Antofagasta.

Séptimo: Que las oposiciones antes referidas necesariamente deben ser rechazadas, toda vez que ellas se construyen obviando un elemento que es esencial para resolverlas, esto es que la pretensión de la actora es de regularización de derechos de aprovechamiento de aguas, sobre la base de un uso consuetudinario expresamente



reconocido por nuestra legislación, sin que se requiera la constitución de derechos de aprovechamiento. Lo anterior es trascendente, toda vez que en estos autos se asentó que las aguas han sido utilizadas desde tiempos inmemoriales en forma ininterrumpida por parte de la Comunidad Atacameña Toconce, esto es, con anterioridad a la constitución de los derechos de los oponentes, razón por la que no es posible establecer que la regularización afectará sus derechos, pues al momento de constituir e inscribir los derechos a nombre de las oponentes, el uso de la comunidad existía. Además, es importante destacar que el Informe Técnico N° 52, refiere que no hay derechos de terceros constituidos en el sector.

Por la misma razón se debe desechar el argumento relacionado con la declaración de agotamiento del recurso hídrico en el Rio Loa, pues aquello afecta a futuras constituciones de derechos de aprovechamiento y no a las regularizaciones. Asimismo, respecto de la eventual afectación de Vegas y Bodefales, además de no existir antecedente alguno que permita asentar aquello, lo cierto es que en la especie, por el contrario, el uso que le ha dado la comunidad indígena ha contribuido y velado por el equilibrio en el medio ambiente.

Por estas consideraciones y teniendo además presente lo dispuesto en los artículos 177 y 2° transitorio del



Código de Aguas 1°, 63 y 64 de la Ley N° 19.253 y 186 del Código de Procedimiento Civil, **se revoca** la sentencia de treinta mayo de dos mil diecisiete, en cuanto rechaza la acción, y en su lugar se decide:

I.- Que **se acoge** la solicitud de regularización de derechos de aprovechamiento de carácter consuntivo de aguas superficiales y corrientes, de ejercicio permanente y continuo, por un caudal total de 68,0 litros por segundo captadas en la vertiente sin nombre, conocida como Vertiente Aguas Calientes, en la comuna de Calama, provincia de El Loa, Segunda Región.

II.- Procédase a la inscripción de los derechos de aprovechamiento de aguas por el Conservador de Bienes Raíces competente.

III.- Remítase copia de la presente sentencia a la Dirección General de Aguas, para que se incorpore al catastro público de aguas contemplado en el artículo 122 del Código de Aguas.

IV.- Que se rechazan las oposiciones presentadas por Aguas Antofagasta S.A y por la Sociedad Química y Minera de Chile S. A.

Acordado con el **voto en contra** del Ministro señor Prado, quien fue del parecer de confirmar el fallo en alzada, por las consideraciones que fueron expuestas en su disidencia respecto del fallo de casación que antecede.



Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo de la Ministra señora Sandoval y de la prevención y disidencia, sus autores.

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.



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.

