

Santiago, catorce de noviembre de dos mil veintitrés.

Vistos:

En estos autos rol N° 124.213-2023, sobre juicio sumario de regularización de derechos de aprovechamiento de aguas, caratulados "Comunidad Indígena Diaguita El Romero con Ministerio de Obras Públicas", la demandante interpone recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia de fecha 23 de mayo del año en curso, dictada por la Corte de Apelaciones de Copiapó, que confirmó el fallo de primer grado que rechazó la demanda de regularización de derecho de aprovechamiento de aguas.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

□**Primero:** Que, en el arbitrio de nulidad sustancial, se acusa la infracción del artículo 2° Transitorio del Código de Aguas, los artículos 1, 9, 20, 62 y 64 de la Ley N° 19.253 y 13 y los artículos 13 y 15 del Convenio N° 169 de la OIT.

Sostiene que, para que proceda la regularización de los derechos de aprovechamiento de aguas, basta con acreditar el cumplimiento de los requisitos referidos en el artículo 2 transitorio del Código de Aguas; no obstante, la sentencia impugnada impone una exigencia adicional, no prevista en la disposición, soslayando, además, que los derechos que la Comunidad Diaguita El Romero busca regularizar son de uso inmemoriales.



Señala que, es una comunidad indígena, constituida y reconocida como tal, conforme los requisitos y procedimientos de la Ley N° 19.253, adscrita a la identidad del pueblo Diaguita, que históricamente habita la Región de Atacama, Provincia del Huasco, lo que comprende un amplio territorio que abarca la Quebrada Vaca Seca, donde se ubica el punto de captación de las aguas cuyos derechos de aprovechamiento de aguas no inscritos se solicitaron regularizar.

Alega que, no constituye un hecho controvertido, la circunstancia de que la comunidad indígena ha hecho uso de las aguas que solicita regularizar, desde tiempos pretéritos, mediante el ejercicio de la actividad ganadera trashumante, que se caracteriza por la tenencia y crianza de ganado ovino, caprino, caballar y mular, los cuales son permanentemente trasladados por los miembros de la comunidad, en búsqueda de agua y pastos frescos, en diferentes épocas del año, a lo largo y ancho del territorio que han habitado tradicionalmente. Estos hechos se encuentran reconocidos en la sentencia de primera instancia, en especial la realización de actividades ganaderas trashumantes.

Agrega que, la sentencia recurrida rechazó la demanda, por considerar que no se acreditó el cumplimiento de los requisitos del artículo 2° transitorio del Código de Aguas, a pesar de que el objeto



de la presente litis es la regularización de un derecho de carácter consuetudinario, cuyo titular es la comunidad indígena.

Afirma que, la Ley N° 19.253 reconoce a la demandante como una agrupación de personas, con 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, además, una ancestral utilización de las aguas por parte de las comunidades.

Precisa que, la Ley N° 19.253, en sus artículos 62 al 65, consagró reglas especiales de protección para los pueblos del norte del país. El inciso final del artículo 62 señala que las disposiciones de dicho título "*se aplicarán a otras comunidades indígenas del norte del país, tales como quechuas y collas*". Sin perjuicio de no mencionar expresamente a los Diaguitas, por el hecho de ser estos habitantes de la zona norte del país, dichas disposiciones son plenamente aplicables a dicho pueblo y sus integrantes.

De igual forma, es pertinente aplicar al caso de marras el artículo 13 del Convenio N° 169 de la OIT que dispone que "*1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su*



relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.

2. La utilización del término "tierras" en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera."

Por su parte, el artículo 15 del mismo Convenio, preceptúa que "Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos".

Arguye que, respecto al uso ininterrumpido que exige el artículo 2 del Código de Aguas, dicho requisito debe ser apreciado conforme a la historia y forma de vida del pueblo Diaguita, elementos de los cuales necesariamente se desprende que dicho colectivo ha utilizado de forma constante en el tiempo dicho recurso hídrico, mediante sus actividades de ganadería trashumantes, que se caracterizan por los constantes desplazamientos.

Agrega que, en lo concerniente al momento en que principió este uso material e ininterrumpido que se invoca, es el propio legislador el que ha reconocido la



presencia del pueblo Diaguita en la Tercera Región, desde tiempos precolombinos, anteriores incluso a la creación del Estado de Chile.

Finalmente, indica que, los errores de derecho denunciados ha significado que los jueces del grado rechacen la demanda interpuesta negando su solicitud de regularizar derechos de aprovechamiento de aguas no inscritos, de un caudal de 0,1 l/s de ejercicio permanente y continuo, sobre las aguas superficiales y corrientes que emergen de una "Vertiente sin nombre" ubicada en la "Quebrada Vaca Seca", de la Subcuenca Quebrada Las Cuñas, subcuenca Quebrada Totoral, Cuenca Quebrada Totoral, en la comuna de Vallenar, Provincia de Huasco, Región de Atacama.

Concluye que, la correcta aplicación de las leyes infringidas, hubiera conducido al sentenciador a establecer que, la Comunidad Indígena Diaguita El Romero hace uso material e interrumpido, mediante la ganadería trashumante, de las aguas cuyos derechos de aprovechamiento solicita regularizar, el cual principió en una época muy anterior a los cinco años previos a la entrada en vigor del Código de Aguas.

Segundo: Que la sentencia de primer grado, confirmada por el fallo impugnado, rechaza la demanda y señala que, de conformidad al artículo 2° transitorio del Código de Aguas a la actora le correspondía acreditar no



sólo la posesión de las aguas de que se trata durante 5 años continuos, libre de clandestinidad o violencia y sin reconocer dominio ajeno, sino que además, demostrar que dicha posesión principió antes de la entrada en vigencia del Código de Aguas, esto es, el 29 de octubre de 1981, dicha exigencia se vincula con la circunstancia de ser la norma mencionada un artículo transitorio que buscó regularizar situaciones existentes a la época de la entrada en vigencia de la nueva institucionalidad en materia de aguas.

Precisa que, en este contexto, en el informe técnico allegado a la causa, se señala que, no existen obras de captación ni conducción de aguas asociadas al punto indicado por la demandante, que a su vez tampoco existe actividad de uso de las aguas para regadío ni mucho menos uso doméstico, no existen plantaciones de praderas naturales o artificiales, solo siendo usadas ocasionalmente por los lugareños para uso de abrevadero de animales, en temporada de verano principalmente.

Agrega que, coherente con lo anterior, en el sector se efectúa trashumancia con los animales, lo cual constituye un cambio de lugar del ganado en búsqueda de hierba y agua fresca para su alimentación, ello principalmente en época de verano, lo cual es conteste con la prueba aportada por la misma solicitante, tanto en los informes periciales y el informe de la Comisión



Verdad Histórica y Estudios de Rutas de Trashumancia, donde se evidencia un traslado constante de la Comunidad en busca de alimento para los animales y en dicho sentido, por lo que no es posible corroborar la afirmación del uso ininterrumpido de las aguas respecto de las cuales solicita regularizar.

A mayor abundamiento, de los relatos que se recogen de los documentos consistentes en informe pericial histórico-antropológico Comunidad indígena Diaguita El Romero, es posible tener certeza de la permanencia de la Comunidad desde los años 80, no siendo posible configurar una presunción que revista las características requeridas en el artículo 1712 del Código Civil, esto es, graves, precisas y concordantes, que den cuenta del uso de aprovechamiento de aguas cinco años antes de la fecha de entrada en vigencia del CA, esto es, al 29 de octubre de 1081.

Indica que, la exigencia establecida en el artículo 2° transitorio, sólo puede ser entendida como comprensiva del uso que de aquellas realice personalmente los solicitantes de regularización, sin que en la especie sea posible anexar a una utilización posterior la de terceros distintos de dicha persona, aun cuando se trate de sus antecesores en el empleo del recurso. 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.

Tercero: Que, el artículo 2° transitorio del Código de Aguas, en relación con la acción ejercida por la demandante, dispone "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, atendida la norma citada en el motivo que antecede, para la concurrencia de la pretensión de autos se deben cumplir con las exigencias que se contemplan en la referida disposición, entre ellas la necesidad de probar el uso de las aguas a la fecha de entrada en vigencia del Código de Aguas actualmente vigente, esto es, 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.

Luego, 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 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.

En efecto, 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° 1.084-04 y N° 5.342-06, respectivamente, entre otros fallos).

Sexto: Que, en autos, la Comunidad Indígena Diaguita



El Romero, aduce en su solicitud que, las aguas 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 Diaguita, pueblo originario del norte de nuestro país cuya existencia es reconocida y protegida por la Ley N° 19.253, publicada el 5 de octubre de 1993, por lo que, la normativa expuesta en los considerandos precedentes, debe armonizarse con lo dispuesto en el último cuerpo normativo antes citado.

En este orden de ideas, el artículo 9° de la ley referida dispone 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) Provengan de un mismo tronco familiar; b) Reconozcan una jefatura tradicional; c) Posean o hayan poseído tierras indígenas en común, y d) Provengan de un mismo poblado antiguo"*. En los artículos 10 y 11 se reglamenta el proceso de constitución de las referidas comunidades.

A su turno, el Título II del referido cuerpo normativo, cuyo epígrafe reza *"Del Reconocimiento,*



Protección y Desarrollo de las Tierras Indígenas”, 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, diaguitas, 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 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 del mismo cuerpo normativo preceptúa 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".

Séptimo: Que, atendida la normativa descrita en el fundamento que antecede, 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 los territorios que describe. 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.

Octavo: Que, como se observa, es efectivo que los jueces del grado han incurrido en los errores de derecho que se les atribuyen, por cuanto a pesar del uso ancestral de las aguas por parte de la Comunidad Indígena Diaguita El Romero, niegan que aquél posibilite la regularización de los derechos de aprovechamiento por no cumplirse los requisitos del artículo 2° transitorio, dado que no se trata de un uso ininterrumpido por el traslado constante de los comuneros en búsqueda de alimento para sus animales, desconociendo que la solicitante señaló que el uso, atendida la trashumancia que le es inherente se ha utilizado desde tiempos inmemoriales como abrevadero de animales, cuestión que está asentada en autos, pues el lugar en que se ubica es utilizado por la comunidad para tal propósito cuando transitan por el sector.

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 existir 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 establece que el



uso ininterrumpido es incompatible con la ganadería trashumante desarrollada por los miembros de la comunidad, exigencia no prevista en la normativa expuesta, desconociendo, además, lo establecido en el artículo 7 del Decreto Ley N° 2.603 y el artículo 19 N° 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.

Noveno: 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 solicitado por la Comunidad Indígena Diaguita El Romero, no obstante que concurren las exigencias para su procedencia.

Por estos fundamentos, y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 764, 765, 767 y 805 del Código de Procedimiento Civil, **se acoge** el recurso de casación en el fondo deducido en contra de la sentencia



de veintitrés de mayo del año en curso, la que por consiguiente **es nula** y es reemplazada por la que se dicta a continuación.

Regístrese y devuélvase.

Redacción de la Ministra señora Adelita Ravanales A.

Rol N° 124.213-2023.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. Ángela Vivanco M., Sra. Adelita Ravanales A., Sr. Mario Carroza E. y Sr. Jean Pierre Matus A. No firma, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, la Ministra Sra. Ravanales por estar con feriado legal.





Pronunciado por la Tercera Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Sergio Manuel Muñoz G., Angela Vivanco M., Mario Carroza E., Jean Pierre Matus A. Santiago, catorce de noviembre de dos mil veintitrés.

En Santiago, a catorce de noviembre de dos mil veintitrés, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

