



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

REGULARIZACIÓN DE DERECHOS CONSUECUDINARIOS DE APROVECHAMIENTO DE
AGUAS: LA PROTECCIÓN DE AGUAS INDÍGENAS EN EL NORTE DEL PAÍS.

Análisis desde 2003 al 2020 en consideración al cambio jurisprudencial de la Corte Suprema.

Memoria para optar al grado de Licenciado/a en Ciencias Jurídicas y Sociales

MARÍA PAZ CÓRDOVA VICTORERO

PROFESOR GUÍA: PILAR MORAGA

SANTIAGO DE CHILE

2020

A mis padres, Honorino y Perla.

ÍNDICE

RESUMEN	5
ABSTRACT	5
INTRODUCCIÓN	6
<i>CAPÍTULO I: Régimen de aguas en Chile: una vista general al sistema.</i>	<i>8</i>
<i>CAPÍTULO II: Rectificación de la realidad material de las comunidades indígenas en el contexto jurídico del uso de los recursos naturales, especialmente el agua y su justificación.</i>	<i>12</i>
Subcapítulo 1: Justificación del estatus especial de las comunidades indígenas: del intento de reparación al valor de la diversidad.....	12
La conocida historia de la conquista y la colonización, y su legado.	12
La diversidad versus la igualdad: cómo lograr la igualdad entre los diferentes.	23
Subcapítulo 2: La normativa especial de las comunidades indígenas frente al uso y de los recursos naturales en general y el agua en particular.	28
El Convenio N°169 de la OIT	29
La Ley N°19.253.....	34
<i>CAPÍTULO III: Análisis crítico de la jurisprudencia en el marco de la regularización de los derechos de aprovechamiento de aguas de comunidades indígenas en el norte del país. ...</i>	<i>38</i>
Subcapítulo 1: Tendencias jurisprudenciales sobre la regularización de derechos consuetudinarios de aguas	38
Uso no personalísimo de las aguas para su reconocimiento: Teoría vigente hasta 2014..	38
Uso personalísimo de las aguas para su reconocimiento: teoría vigente desde el 2014. ..	43
Subcapítulo 2: Argumentación de la Corte Suprema referente a las solicitudes de comunidades indígenas lo largo de ambos períodos jurisprudenciales.....	45
1. Las sentencias muestran cambio jurisprudencial, pero el resultado difiere de otras situaciones por la aplicación de normativa especial a lo largo de los años.	46
2. El uso ancestral de los pueblos.....	50

3. No pueden aplicarse de igual forma lógicas de derechos personalísimos a derechos colectivos.....	51
4. Deber de aplicar criterios de equidad en casos de comunidades indígenas	53
<i>Conclusiones</i>	54
<i>ANEXO: Listado de sentencias revisadas</i>	56
<i>BIBLIOGRAFÍA</i>	65

RESUMEN

Desde el año 2014, la Corte Suprema ha realizado un cambio jurisprudencial radical en lo que respecta a los requisitos para acoger las solicitudes de regularización de derechos de aprovechamientos de aguas. Luego de un análisis a este cambio jurisprudencial, el profesor Vergara Blanco critica el hecho de que no se haya afectado a las comunidades indígenas (curiosamente todas del norte del país), argumentando que se rompería el “principio de igualdad” entre ciudadanos indígenas y no indígenas.

Es a esta aseveración al que el presente trabajo se contrapone, concluyendo que el principio de igualdad no se rompe, y que por lo contrario, la Corte cumple con los deberes normativos que tanto la legislación nacional como internacional les imputan, propiciando a través de estos una serie de acciones afirmativas, con el fin de reparar y establecer una verdadera igualdad entre las comunidades indígenas, sistemáticamente violentadas y segregadas a lo largo de la historia, y las personas no indígenas.

ABSTRACT

Since 2014, the Supreme Court has made a radical jurisprudential change in terms of the requirements to accept applications for regularization of water use rights. After analyzing this jurisprudential change, Professor Vergara Blanco criticizes the fact that indigenous communities haven't been affected (curiously all of the north of the country), arguing that the "principle of equality" has been broken between indigenous and non-indigenous citizens. It's to this assertion that the present work object, concluding that the principle of equality is not broken, and that on the contrary, the Court complies with the normative duties that both national and international legislation impute to them, propitiating through these, a series of affirmative actions, in order to repair and establish a true equality between indigenous communities, systematically violated and segregated throughout history, and non-indigenous people.

INTRODUCCIÓN

En el último tiempo, se ha mostrado un especial interés por parte de la doctrina en el cambio jurisprudencial que ha tenido la Corte Suprema ante peticiones de regularización de derechos consuetudinarios de agua, ya que este supone una modificación en los requisitos para acoger la solicitud de regularización, pasando desde una interpretación en que el requisito del uso se cumplía al imputar los usos de anteriores usuarios al solicitante, en el caso de que este último no haya sido quién detentó el uso desde la entrada en vigencia el Código de Aguas, a una donde es requisito indispensable el uso personalísimo de las aguas por parte del solicitante desde la entrada en vigencia del Código (postura desde el 2014 a la actualidad, con excepcionalidad de algunos casos, donde son parte comunidades indígenas de pueblos originarios del norte del país, y otros casos aislados, donde la composición del tribunal parecer ser determinante).

Por su parte, el profesor Alejandro Vergara Blanco¹, establece dentro de su crítica a esta nueva jurisprudencia, una peculiar visión sobre el otorgamiento de la regularización de derechos de aguas a comunidades indígenas, haciendo atención a la diferencia de trato respecto de comunidades indígenas y a ciudadanos no indígenas, concluyendo que: *“no hay razón alguna para romper la igualdad ante la ley, debiendo dar el mismo trato jurisprudencial a todos los ciudadanos”*².

Esta aseveración es problemática, ya que existen razones de peso para que la Corte entable diferencias al momento de decidir, tales como, la obligación de cumplir con los deberes que los regímenes legales especialísimos establecen en materias de recursos naturales y aguas de comunidades indígenas - especialmente las del norte del país-, siendo dichos mandatos no solo provenientes de normas de carácter nacional, sino que también de normas de carácter internacional, las cuales que se encuentran integrados a nuestro sistema jurídico a través del art. 5 inc. 2 de nuestra Constitución Política.

Dichos regímenes contienen acciones afirmativas, tendientes a reparar y proteger a las comunidades indígenas que han sufrido, y sufren hasta el día de hoy, la imposibilidad de poder ejercer de manera plena sus derechos; es decir, establecen de manera especial una

¹ VERGARA BLANCO, A. Regularización de derechos consuetudinarios de aguas: Crítica a la jurisprudencia vacilante de la Corte Suprema. Revista Estudios Públicos. 151: 59-122. Invierno 2018.

² *Ibíd.*, p. 110.

diferenciación entre los diferentes, para que puedan acceder de igual manera al ejercicio de sus derechos.

Así, el parámetro de igualdad al que debemos abocarnos es que dicha diferenciación no sea arbitraria, tal como lo establece el art. 19 n° 2 en su inciso 2° de la Constitución Política de la República: *“ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”*. Pues, tal como invoca el profesor Humberto Nogueira Alcalá: *“La discriminación es así la diferencia arbitraria, es la desigualdad de tratamiento de las personas carente de justificación objetiva y razonable, como asimismo, es el tratamiento igual de personas que se encuentran en situaciones en que hay diferencias jurídicas relevantes, que obligarían a un tratamiento diferenciado.”*³

De esta forma, lo que pretende demostrar este trabajo es la falta de arbitrariedad en los razonamientos esgrimidos por la Corte, ya que busca, a través de la diferenciación jurídica, el estalecimiento de la igualdad material de comunidades históricamente vulneradas.

Conforme a lo anterior, se analizará la jurisprudencia de la Corte Suprema que sustenta la tesis del profesor Vergara Blanco, además de sentencias posteriores, haciendo especial énfasis a las sentencias resultantes de solicitudes de regularización de derechos de aguas de comunidades indígenas, con el fin de analizar cómo la normativa especial correspondiente a comunidades indígenas genera resultados favorables, en comparación a otros casos.

El trabajo se divide en cuatro secciones, siendo la primera, un breve repaso al sistema de aguas, especialmente el procedimiento de regularización de derechos consuetudinarios de aprovechamiento de aguas; en segundo lugar, se describirá y justificará el sistema especial de las comunidades indígenas, específicamente en lo relativo a derechos de aguas y recursos naturales, lo que nos servirá como base de análisis a las sentencias que se pasan a revisar de manera posterior; en la tercera parte, se procederá a revisar la jurisprudencia de la Corte Suprema, diferenciando entre los diferentes períodos jurisprudenciales y haciendo una revisión somera de las sentencias cuyos solicitantes de regularización de derechos de aguas son comunidades indígenas; y, por último, en la cuarta parte, se esgrimirán las conclusiones del trabajo.

³ NOGUEIRA ALCALÁ, H. El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas. Anuario de Facultade de Dereito da Universidade da Coruña. 10: 799-831, p.829. 2006.

CAPÍTULO I: Régimen de aguas en Chile: una vista general al sistema.

Antes de pasar a revisar la normativa especial y el análisis jurisprudencial, es prudente pasar a repasar qué es el sistema de regularización de las aguas, cómo surge y su desarrollo jurisprudencial.

De esta manera, se pasará a revisar lo más relevante del Código de Aguas, para luego pasar a revisar el artículo 2º transitorio del mismo, como artículo fundamental en los casos objeto de estudio.

....

El Código de Aguas del año 1981, vigente en nuestro país hasta la época del presente estudio, apunta a un modelo de privatización de las aguas, por medio del cual se permitió la adquisición de manera gratuita de derechos de aprovechamiento de agua a quienes lo solicitaban, sin embargo, una vez estos adquiridos, pasan a transarse en el mercado como cualquier otro bien.

El problema de este sistema radica en la importancia del agua como bien necesario y primario para la existencia de la vida, y por ende, de todo ser humano. Al momento de entregarse sin ningún tipo de priorización por usos, de manera gratuita, protegiéndose dichos derechos bajo la garantía constitucional de propiedad, se promovió un sistema de carreras y de poderes económicos que han generado especulación, altos valores en la transacción y una desigual repartición del recurso hídrico a lo largo del país.

Existen varios modos de adquirir estos derechos de aprovechamiento de aguas, pudiendo distinguirse en primera instancia entre los derivativos y los originarios⁴. Los primeros corresponden a “aquellos modos de adquirir en que el dominio no nace inmediatamente en el titular, sino que hay traspaso de dominio, habiendo relación directa de causa a efecto entre el antecesor y el sucesor.”⁵. Por su parte, los modos originarios “se caracterizan por ser aquéllos que provocan el nacimiento de un derecho sin que haya relación de causa a efecto con el antecesor, esto es, cuando el primer titular es la persona que crea el derecho de aprovechamiento”⁶. En esta última clasificación, entrarían los derechos constituidos por acto de autoridad y los derechos reconocidos. Los primeros consisten en aquellos derechos concedidos mediante resolución administrativa emitida por la Dirección General de Aguas, previa solicitud del interesado⁷. Los segundos, por su parte, nacen del uso fáctico y del

⁴ GUZMÁN ALCALDE, A. y RAVERA HERRERA, E. Estudio de las aguas en el derecho chileno. Santiago. Ediciones jurídicas “La Ley”.1993.

⁵ *Ibíd.*, p. 47.

⁶ *Ibíd.*, p. 58.

⁷ *Ibíd.*, p. 59.

reconocimiento de los mismos a la hora de entrada en vigencia el Código el año 1981. Así, estos últimos nacen por el uso de las aguas de manera previa a la entrada en vigencia del Código, y pasan a tener certeza jurídica ante el derecho, por medio del proceso de regularización de derechos consuetudinarios de aprovechamiento de aguas.

Esta diferenciación ha sido reconocida por la Corte Suprema, en varios de sus fallos: "(...) 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."⁸

Los derechos reconocidos nacen debido a que el ideario de este Código tomó en cuenta la existencia de pequeños agricultores y campesinos que hacían uso de las aguas para el regadío de sus cultivos y su consumo, sin título alguno. De esta manera, se incorporó al Código de Aguas el artículo 2º transitorio, el cual versa: "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 1º 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."

⁸ Sentencia Corte Suprema, Rol N° 1.084-2004, considerando cuarto; N° 5.342-2006, considerando séptimo; N° 7.410-2008, considerando octavo; N° 654-2009; N° 9.197-2009, considerando primero; N° 1.442-2012, considerando tercero; N° 16.578-2014, considerando décimo; N° 996-2015, considerando décimo; entre otras.

De esta manera, y tal como se menciona por la Corte Suprema en varias de sus sentencias, los derechos reconocidos requieren de un proceso de regularización, pero solo para alcanzar certeza jurídica al derecho, lo cual se logra por medio del procedimiento regulado en el mismo artículo 2º transitorio del Código de Aguas, en donde además, se regulan dos tipos de situaciones en las cuales puede estar el sujeto respecto al uso de las aguas: en primer lugar, los casos en que existen derechos de aguas inscritos, pero quien detenta el uso de los mismos es otra persona; y, en segundo, los casos de derechos consuetudinarios de aguas no inscritos.

El profesor Vergara Blanco⁹, considera como requisitos principales para poder acceder a la regularización de derechos de consuetudinarios de aguas:

“ i) que el ejercicio de este derecho (el uso efectivo de las aguas en un terreno específico) se debe haber estado produciendo a la fecha de entrada en vigor del CA (es decir, el 29 de octubre de 1981)

ii) que se hayan cumplido al menos cinco años ininterrumpidos de es uso efectivo del agua, y

iii) que la utilización se haya efectuado libre de clandestinidad o violencia y sin reconocer dominio ajeno.”

Existe consenso doctrinal y jurisprudencial en el hecho de que, para acceder al reconocimiento de este derecho, se debe cumplir con el requisito principal de que las aguas estuvieran siendo usadas al tiempo de la entrada en vigencia del Código de Aguas, es decir, al día 29 de octubre de 1981. Esto, porque la razón de la existencia de este tipo de procedimiento especial es, precisamente, el uso de las aguas por parte del solicitante, tal como lo expresa la Corte Suprema: “entre los requisitos de fondo exigidos por el precepto recién transcrito, 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”¹⁰.

Sin embargo, la Corte Suprema ha variado su noción en un punto fundamental en relación a este requisito: pasó de una concepción por la cual se podían sumar, a favor del solicitante, las posesiones de los usuarios anteriores del predio beneficiado, a considerar como requisito indispensable el haber hecho uso personal de las aguas al momento de dictarse el Código de Aguas, lo que generó un rechazo generalizado de las solicitudes que postulaban a la

⁹ VERGARA BLANCO, A. Regularización de derechos consuetudinarios de aguas: Crítica a la jurisprudencia vacilante de la Corte Suprema. Revista Estudios Públicos. 151: 59-122, p. 65. Invierno 2018.

¹⁰ Sentencia Corte Suprema, causa Rol N° 17.241-2013, considerando décimo, dictada el 14 de julio del 2014.

interpretación anterior, excepto en el caso de comunidades indígenas pertenecientes a pueblos originarios del norte del país y un par de casos aislados.

Es a este último punto al que se abocará el presente trabajo, al destacar que la razón principal por medio de la cual se acogen las solicitudes de comunidades indígenas, aún bajo una nueva interpretación de dicho requisito, recae en la normativa especial a favor de las mismas, sin poder hablarse de violación al principio de igualdad.

CAPÍTULO II: Rectificación de la realidad material de las comunidades indígenas en el contexto jurídico del uso de los recursos naturales, especialmente el agua y su justificación.

En este segundo capítulo se pasará a revisar la normativa especial que justificaría los resultados jurisprudenciales a favor de las comunidades indígenas, aún bajo una nueva interpretación del requisito de uso de las aguas.

Para esto, en primer lugar, se parará a revisar la justificación histórica relativa a la existencia de normas especiales aplicables a comunidades indígenas, y como se puede evaluar que generan diferencias a través de acciones afirmativas sin provocar “discriminación” ni vulneración al principio de igualdad; para luego, en segundo lugar, pasar a revisar dicha normativa de manera específica en torno a los derechos de aguas y recursos naturales.

Subcapítulo 1: Justificación del estatus especial de las comunidades indígenas: del intento de reparación al valor de la diversidad.

La existencia de un estatuto jurídico especial para las comunidades indígenas en nuestro país, y en el sistema interamericano, tiene una explicación histórica de la cual no puede escapar.

Lo que busca este subcapítulo es mostrar la relación histórica entre el descubrimiento, conquista de América y la constitución de Repúblicas independientes, y las lógicas de protección y reparación que caracterizan a la normativa especial existente a favor de las comunidades indígenas en nuestro país y en el sistema interamericano.

De esta manera, serán revisados dos aspectos que permiten explicar la relación histórica con la normativa especial. El primero, se refiere a un un corto recorrido por la conquista, colonia y su posterior legado, pasando de manera específica por la historia de cada uno de los pueblos indígenas del norte; luego, en segundo lugar, se revisará lo concerniente a la igualdad entre personas diferentes, teniendo en consideración en qué difieren las cosmovisiones de las personas indígenas y no indígenas, especialmente respecto de las aguas y, cómo se puede enmendar dicha diferencia, considerando como necesarias acciones afirmativas.

La conocida historia de la conquista y la colonización, y su legado.

La llegada de los europeos a la basta América cambió el rumbo, no solo de la historia europea, sino que la de este continente y la de las comunidades humanas asentadas en él desde tiempos desconocidos.

Se conoce la llegada del europeo como el “descubrimiento”. Esta referencia hace pensar que la historia de los territorios que hoy se conocen como América solo comenzó con el grupo de

barcos provenientes de la corona española, sin embargo, previo a toda esta hazaña, donde aventuras sobre valientes navegantes en búsqueda de riquezas tuvieran lugar, existían pueblos con historia, creencias y formas de vida, que fueron tratados como seres inferiores al compararse con el “desarrollo” europeo, y cuyos vestigios siguen intentando sobrevivir y resistir en los Estados independientes que nacieron como nietos de este gran acontecimiento histórico.

Fue a esas personas, a quienes se les entregó el nombre de “indios” -palabra que hoy contiene un peso despectivo y errado, que genera su inutilización generalizada-, “aborígenes” o “indígenas”, como formas de diferenciación entre los colonos y “los otros”, pudiéndose considerar de forma crítica que son “aquellos que ya habitaban las tierras invadidas y que fueron sometidos a las fuerzas de la opresión”¹¹. Por su parte, el artículo 1º de la Ley Indígena -que se pasa a revisar en el subcapítulo siguiente- los reconoce y define en su inciso primero: *“El Estado reconoce que los indígenas de Chile son los descendientes de las agrupaciones humanas que existen en el territorio nacional desde tiempos precolombinos, que conservan manifestaciones étnicas y culturales propias siendo para ellos la tierra el fundamento principal de su existencia y cultura.”*

Son a estos pueblos y a las personas que los integran, a quienes nos dedicaremos en el siguiente trabajo, específicamente a los que estuvieron y están asentados en lo que hoy es considerado el norte de Chile, siendo estos los pueblos: aymara, atacameño, quechua, collas y diaguita.

Sin embargo, antes de pasar a revisar específicamente la historia de cada uno de estos pueblos, es importante tener en consideración el concepto de “ocupación ancestral”, considerado como la ocupación previa, ya sea en el tiempo colonial, republicano o hasta prehispánico¹² de los territorios por parte de estos pueblos. Lo relevante de esto para este trabajo recae en que dicha ocupación justificaría la reivindicación de los recursos naturales existentes en esos lugares¹³. Es debido a esto que es crucial conocer los diferentes espacios ocupados de manera ancestral por cada uno de los pueblos en estudio, y cómo durante la colonia, conquista y posterior república de los nuevos estados, se generó el despojo de sus tierras y recursos naturales.

¹¹ANAYA, J. Los derechos de los pueblos indígenas. **En:** BERRAONDO, M. Los Pueblos Indígenas y Derechos Humanos. Bilbao. Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto. 2006. Pp. 29-60. P.29.

¹²YÁÑEZ, N y MOLINA, R. La gran minería y los derechos indígenas en el norte del Chile. Santiago. LOM ediciones. 2008. p.49.

¹³ Ídem.

A continuación se pasa a revisar de manera resumida, parte de la historia de estos pueblos.

El pueblo aymara.

Los aymaras “se localizan en las regiones de Arica Parinacota y de Tarapacá, ocupando las cuencas altiplánicas del Tamarugal, de los ríos Lluta y Azapa, así como las que forman las quebradas de Vitor, Camarones, Chaxas, Tarapacá y Guatacondo, y los oasis de pie de precordillera, Pica-Matilla, Mamiña y la pampa de Tamarugal, entre otras”¹⁴.

La llegada de los españoles propició la “aymarización” del área altiplánica¹⁵; es decir, el poblamiento de las zonas altas, mientras los conquistadores y colonos tomaban como propias las zonas bajas.

Durante la conquista y colonización el pueblo aymara “es sometido al régimen de encomiendas, cargado con obligaciones tributarias y reducidos a pueblos de indios”¹⁶. Además, desde principios del siglo XVII¹⁷, sufren de los intentos de los colonos por “extirpar las idolatrías” de los pueblos, procediendo a un adoctrinamiento religioso.

En sus inicios, el Estado peruano -quién antes de la guerra del pacífico tuvo bajo su soberanía los territorios aymaras que hoy son parte del Estado chileno en el norte-, no tuvo verdadera relación con las comunidades aymaras¹⁸, lo cual cambiaría con el paso del tiempo, ya que de forma posterior se procederían a decretar usurpaciones de tierras comunales y ordenar el trabajo obligatorio en las haciendas, lo que generaría la pauperización de las economías de las aldeas y ayllus aymaras¹⁹. Por su parte, las comunidades tenían como única ventaja la “relativa capacidad para darse a así mismas un ordenamiento a través de sus prácticas, costumbres y maneras de relacionarse entre sí mediante intercambios”²⁰.

Posteriormente, “(E)l orden republicano transformó a los aymaras en ciudadanos libres e iguales, (...). Bajo estos principios se convirtieron en propietarios particulares y accedieron a

¹⁴ YÁÑEZ, N. y MOLINA, R. Las aguas indígenas en Chile. Santiago. LOM Ediciones. 2011. p. 48.

¹⁵ AYLWIN, J, MEZA-LOPEHANDÍA, M y YÁÑEZ, N. Los pueblos indígenas y el derecho. Santiago. LOM ediciones/Observatorio ciudadano. 2013. p.118.

¹⁶ Ídem.

¹⁷ Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas. Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas. Santiago. 2008. p.104.

¹⁸ *Ibíd.* p.111.

¹⁹ *Ídem.*

²⁰ *Ídem.*

títulos de dominio sobre sus tierras (...)"²¹. Conforme a esto, se fueron entregando tierras a estos pueblos, pero dicho proceso terminó de manera lastimosa y súbita en 1827²².

Más tarde, en 1854, el Estado habría enfocado su apoyo al desarrollo de las unidades familiares, antes que comunales. Los aymaras estarían sobrellevando un proceso de vinculación al mercado laboral, como agricultores, peones o jornaleros de la minería metálica y no metálica, y el Estado los trata sin diferenciación alguna²³, lo que, en consideración de este trabajo, traería como resultado el invisibilizar las lógicas, cosmovisiones y formas de vida que generan ciertas diferencias entre las personas indígenas y no indígenas.

En este contexto se acentúa la migración de la población a las ciudades, siendo más profunda durante la guerra del pacífico y posterior traspaso de las tierras al Estado chileno²⁴.

Si bien, al suscribir el Tratado de Ancón la nueva jurisdicción territorial se habría comprometido a respetar las propiedades indígenas inscritas hasta ese momento por el Perú²⁵, no se consideró la complejidad de la interposición de nuevas fronteras a un pueblo con unidad identitaria, lo que generó finalmente una nueva división del territorio aymara, estableciéndose diferentes jurisdicciones territoriales para el mismo pueblo, creándose de esta manera los aymara peruanos, aymaras chilenos y aymaras bolivianos²⁶.

Al pasar a manos del Estado chileno, y bajo las lógicas integracionistas que predominaban en el momento, comienza un proceso conocido como "chilenización" o "desmayrización", la que consistió "en la implementación de diversas fórmulas tendientes a establecer sólidas estructuras estatales en la región, desde municipios hasta poderosos cuarteles en la frontera, de acuerdo a los requerimientos estratégicos de cada momento histórico"²⁷. Es acorde a esta fórmula que se crean una serie de medidas de incorporación de las personas indígenas al país, a fin de que sean educadas y guiadas según las lógicas culturales chilenas. El Estado chileno, por medio de la escuela y, hasta de la fuerza, intenta que las personas indígenas sean "un chileno más", tratando de que sigan los patrones sociales de una sociedad occidental, con estudios, trabajos y hogares conformes a dichas prácticas sociales, provocando no solo la

²¹AYLWIN, J, MEZA-LOPEHANDÍA, M y YÁÑEZ, N. Los pueblos indígenas y el derecho. Santiago. LOM ediciones/Observatorio ciudadano. 2013. p.118.

²² Ídem.

²³ Ídem.

²⁴ Íbid., p.120-121.

²⁵ YÁÑEZ, N y MOLINA, R. La gran minería y los derechos indígenas en el norte del Chile. Santiago. LOM ediciones. 2008. p.51.

²⁶ Ídem.

²⁷ Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de la Frontera. Los derechos de los pueblos indígenas en Chile: Informe del programa de Derechos Indígenas. Santiago. LOM ediciones. 2003. p.36.

migración de las personas desde los pueblos altiplánicos a las ciudades, sino que poco a poco despojándolos de las formas de vida, usos y costumbres propias.

Todo esto porque “(S)e creía que el desarrollo económico, la inculcación del ideario occidental a través de la educación y la igualdad de derechos, produciría un efecto homogeneizador sobre esas “poblaciones atrasadas””.²⁸

El pueblo atacameño

El pueblo atacameño o lickanantai, “se localizan en las comunas de Calama y San Pedro de Atacama en la Región de Antofagasta. En ellas, ocupan la cuenca del río Loa y la del Salar de Atacama.”²⁹.

La llegada de los españoles a sus bastos territorios tuvo como gran impacto la modificación de sus formas de vida y de agrupación, desde muy temprana data. Tal como pasó con el pueblo aymara, los atacameños sufrieron de los regímenes de la encomienda y de mercedes de tierra, además de la obligación de pago de tributo a la corona y la reducción a pueblo de indios³⁰, el cual “consistía en agrupar en pueblos nuevos, construidos especialmente, a diversas comunidades, alejadas unas de otras y muchas veces pertenecientes a unidades sociales o políticas diferentes, imponiéndoles, de paso, una nueva forma de organización social: el sistema de cargos rotatorios anuales, que perdura hasta hoy en muchas de las comunidades andinas y en las de Atacama”³¹. De esta manera, “(E)l virrey entonces, hace de las reducciones el eje de su política indígena. El proceso reduccional se desarrolló como un intento de transformación del orden espacial indígena por un nuevo orden que posibilitaría la implementación del proyecto hispano en sus dimensiones de control cultural, económico y político. La base programática de la reducción se resume en la siguiente frase de Francisco de Toledo: “para deprender a ser cristianos, tienen [los indios] primero necesidad de saber ser hombres y que se les introduzca el gobierno y modelo de vivir político y razonable”.”³²

Además de todas estas políticas, los colonos buscaron la pérdida de la lengua kunza: “(E)n el siglo XVIII -bajo el contexto del despotismo ilustrado- el corregidor Francisco de Argumaniz puso en práctica en Atacama un proceso de cambios dirigidos a extirpar la lengua kunza.

²⁸ Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas. Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas. Santiago. 2008. p.118.

²⁹ YÁÑEZ, N. y MOLINA, R. Las aguas indígenas en Chile. Santiago. LOM Ediciones. 2011. p.50.

³⁰ AYLWIN, J, MEZA-LOPEHANDÍA, M y YÁÑEZ, N. Los pueblos indígenas y el derecho. Santiago. LOM ediciones/Observatorio ciudadano. 2013. p.137.

³¹ Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas. Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas. Santiago. 2008. p.195.

³² *Ibíd.*, p.157.

Rasgos importantes de la tradición atacameña, como su lengua y el control de los recursos lejanos, tendieron a desarticularse en este tiempo.”³³

Más tarde, con la llegada de la proclamación de la República de Bolivia, los territorios de la Región de lo que hoy es Atacama, pasaron a ser reglados por el nuevo Estado boliviano³⁴. En este período, “(L)os atacameños fueron explotados a través del tributo y en numerosos servicios personales: empleados domésticos, sirvientes en tambos y posadas, cargadores, transportistas de correo, mozos de iglesia, etc. Como consecuencia, más de la mitad de las finanzas del Estado fueron obtenidas por este medio, es decir, el tributo indígena sostuvo en gran parte al Estado boliviano, y a pesar de su definición moderna -de Estado-, continuó la dependencia crónica de un tipo de pacto político premoderno que conservó formas neocoloniales de relación con la población indígena. Este pacto político de subordinación, consistía en que el Estado reconocía la propiedad de la tierra a los indígenas y en retorno, ellos cancelaban el tributo.”³⁵

Luego de la guerra del Pacífico, los territorios pasaron a formar parte de Chile, lo que comenzó con una relación realmente fría por parte del nuevo estado hegemónico.

La República de Chile intentó hacer frente a una posible resistencia de anexión de los territorios atacameños, entregándoles la calidad de iguales a cualquier ciudadano chileno, aboliendo cualquier obligación fiscal anterior -lo que era el tributo indígena en tiempos de la república boliviana-³⁶. Sin embargo, “en la práctica la visión de los propios agentes del Estado, fue la de tratarlos como obreros, campesinos, trabajadores de la faena, pequeños productores, habitantes rurales, gente de la zona interior y no como indígenas, es decir que esa “modernidad” significó la negación de una identidad propia, puesto que fue asimilacionista.”³⁷

Primeramente, “La población indígena localizada en la puna no fue considerada como potencialmente chilenzable y en parte también, se excluía a la localizada en las tierras bajas de la subdelegación. Desde la visión chilena, la categoría “indio” no tenía alguna relación con un tipo de pertenencia nacional: “Según el intendente de Antofagasta, la única dificultad que presentaba la administración de San Pedro de Atacama era la falta de chilenos, pues sus habitantes son en casi su totalidad indios”. Prima hacia los inicios del período republicano, un discurso de marginalidad y aislamiento respecto de los indígenas, pero hubo voces indígenas,

³³ *Ibid.*, p. 164.

³⁴ *Ibid.*, p. 168.

³⁵ *Ibid.*, p. 169.

³⁶ *Ibid.*, p.178.

³⁷ *Ídem.*

aunque escasas en la documentación, representadas por sus dirigentes que interlocutaron con los poderes regionales y nacionales³⁸.

Así, para el Estado chileno, los territorios atacameños carecían de importancia siempre y cuando no se tratara de asuntos limítrofes con los estados vecinos³⁹, especialmente con la búsqueda de fortalecimiento de dichos límites con la República boliviana y los ciudadanos bolivianos que seguían estando presentes en el país. Se utilizó la fuerza y la escuela como formas de eliminación de cualquier vinculación con el antiguo dueño de dichas tierras⁴⁰. En la parte económica, "(L)o que realmente importaba y en lo que el Estado se hacía presente, era la zona salitrera y los puertos, manifestándose través de la permanencia de pequeños destacamentos de guardias, policías y algunos administrativos como los subdelegados."⁴¹

Posteriormente, entrados ya al siglo XX, las migraciones a centros urbanos serían mucho mayores, pasando a depender fuertemente de la minería⁴², cuyos centros mineros preferían la mano de obra indígena "por su adaptación fisiológica y cultural a los ambientes cordilleranos de altura y porque conformaban una fuerza de trabajo más barata"⁴³.

En la década de los sesentas, se pasan a legitimar las juntas de vecinos como interlocutores válidos frente a la autoridad, debiendo las comunidades atacameñas adaptar sus estructuras de organización para realizar los diálogos pertinentes con las autoridades gubernamentales⁴⁴.

Con la llegada del golpe militar, y posterior dictadura cívico-militar, se procedió a formar un plan integracionista, mediante el cual se intervino los territorios en la Región de Atacama, con el "propósito de integrar estos "territorios marginales" a la soberanía nacional y endurecer las fronteras a través de la presencia activa del Estado."⁴⁵. Con esto, empieza un proceso de chilenización profunda por parte del Estado, a través de la proliferación de escuelas, "en las cuales primaba un discurso de integración con la realidad nacional chilena, que resaltaba los valores patrios y símbolos nacionales de la historia de Chile"⁴⁶

³⁸ *Ibíd.*, p. 176.

³⁹ *Ibíd.*, p. 177.

⁴⁰ AYLWIN, J, MEZA-LOPEHANDÍA, M y YÁÑEZ, N. Los pueblos indígenas y el derecho. Santiago. LOM ediciones/Observatorio ciudadano. 2013. p.141.

⁴¹ Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas. Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas. Santiago. 2008. p.177.

⁴² AYLWIN, J, MEZA-LOPEHANDÍA, M y YÁÑEZ, N. Los pueblos indígenas y el derecho. Santiago. LOM ediciones/Observatorio ciudadano. 2013. p.142.

⁴³ *Ídem.*

⁴⁴ *Ídem.*

⁴⁵ Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas. Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas. Santiago. 2008. p.181.

⁴⁶ *Ídem.*

“El gobierno autoritario en el interior de Antofagasta, imprimió lo nacional por sobre la historia local y será el momento de la presencia de un Estado que “borra” y niega lo atacameño, y en términos más ampliados, lo indígena en Chile”⁴⁷.

De esta forma, los impactos más importantes de dicho período para el pueblo atacameño estuvieron dados por los discursos integracionistas, la ley de municipalidades que aportó en la modificación de estructuras y relaciones con el pueblo atacameño⁴⁸, una nueva legislación que dejó inoperante partes de la ley 17.729, que establecía Normas sobre indígenas y tierras indígenas, promulgada por Salvador Allende, y un nuevo Código de Aguas, el cual separó los recursos naturales de las tierras, pudiendo hacer beneficiarios de las aguas de las comunidades a personas diferentes a los que habitaban el lugar⁴⁹.

El pueblo quechua

Se han formalizado diferentes comunidades autoreconocidas como quechuas en nuestro país, específicamente en lo que hoy es la comuna Ollagüe, Provincia de El Loa, Región de Antofagasta, y en las cercanías del Río San Pedro, afluente del río Loa en su curso superior⁵⁰, también en la Región de Antofagasta. Además, “recientemente, personas y familias de oasis y quebradas de Tarapacá, como las de Mamiña, Quipisca y Miñe Miñe, que no necesariamente hablan la lengua vernácula, se han auto identificado como quechua en base al antecedente de que históricamente han vivido en esos lugares.”⁵¹

Las comunidades quechuas, que se encontraban dispersas en el territorio, sufrieron un cambio de organización importante durante la colonia. En primer lugar, por la instauración de reducciones a “pueblos de indios”⁵², y en segundo, por la evangelización de los mismos, generándose cultos a escondidas y el sincretismo cultural de “catolicismo andino-indígena”⁵³

⁴⁷ Ídem.

⁴⁸ Ídem.

⁴⁹ *Ibíd.*, p. 181-182.

⁵⁰ YÁÑEZ, N. y MOLINA, R. Las aguas indígenas en Chile. Santiago. LOM Ediciones. 2011. p. 54; y MUSEO CHILENO DE ARTE PRECOLOMBINO. Pueblos originarios: quechua. [En línea] <<http://chileprecolombino.cl/pueblos-originarios/quechua/ambiente-y-localizacion/>>, [consulta: 20 de septiembre de 2019].

⁵¹ MUSEO CHILENO DE ARTE PRECOLOMBINO. Pueblos originarios: quechua. [En línea] <<http://chileprecolombino.cl/pueblos-originarios/quechua/ambiente-y-localizacion/>>, [consulta: 20 de septiembre de 2019].

⁵² Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas. Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas. Santiago. 2008. p.195.

⁵³ *Ibíd.*, p. 196.

Una vez integrados dichos territorios al estado chileno, las comunidades pasan de economías pastorales a vincularse con la minería y a la explotación de ultramar⁵⁴.

Estos también sufrieron los procesos de chilenización por medio de la escuelas, teniendo en cuenta que la comuna de Olagüe se volvió un importante eje fronterizo⁵⁵.

El pueblo colla

Se ubican en Copiapó, Tierra Amarilla y Diego de Almagro, todas de la provincia de Copiapó y Chañaral, Región de Atacama⁵⁶. Se han denominado como “Colla” desde el siglo pasado, para identificar a los indígenas asentados en “las quebradas y extremo meridional de la puna del norte chileno, del noroeste argentino y del sur de Bolivia”⁵⁷.

Se plantea que el origen de los collas es “multiétnico, conformado por atacameños que habitaban a uno y otro lado de la cordillera, por migraciones aymara y posiblemente quechua de más al norte, que se fundieron con la población indígena originaria de los valles trasandinos”⁵⁸. “Por tanto, se puede decir que los collas surgen como categoría étnica producto de la síntesis de distintas poblaciones indígenas originarias y de otras trasladadas durante la ocupación inka y el tiempo colonial, y de las migraciones en el período republicano, en especial desde Bolivia”⁵⁹.

El impacto colonial en las comunidades que habitaban las zonas mencionadas propició el origen de una “compleja red de relaciones culturales entre las distintas agrupaciones locales, con los grupos trasladados desde otras zonas andinas, que contribuyó a formar una nueva y compleja identidad que durante el periodo republicano paso a identificarse como “colla”.”⁶⁰

La ocupación y vida de las comunidades collas habría sido pacífica hasta mediados el siglo XX, en donde empezarían los conflictos con importantes familias y mineras que se asentarían en dichos lugares⁶¹.

“(…) luego del Golpe de Estado de 1973, los collas se ven expuestos a medidas destinadas a restringir o eliminar las actividades de subsistencia, en especial el pastoreo y la explotación

⁵⁴ Ídem.

⁵⁵ *Ibíd.*, p. 200.

⁵⁶ YAÑEZ, N. y MOLINA, R. Las aguas indígenas en Chile. Santiago. LOM Ediciones. 2011. p. 55

⁵⁷ Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas. Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas. Santiago. 2008. p.213.

⁵⁸ MUSEO CHILENO DE ARTE PRECOLOMBINO. Pueblos originarios: Colla. [en línea] <<http://chileprecolombino.cl/pueblos-originarios/colla/historia/>>. [consulta: 20 de septiembre de 2019].

⁵⁹ ⁵⁹Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas. Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas. Santiago. 2008. p. 215.

⁶⁰ *Ibíd.*, p. 214.

⁶¹ *Ibíd.*, p. 224.

minera, obligando a algunas familias a abandonar las quebradas y a radicarse en pueblos y ciudades en busca de trabajo. A mediados y fines del gobierno militar, se favoreció la constitución de la propiedad particular sobre algunas de las tierras ocupadas por miembros de las comunidades collas, lo que provocó su desalojo y desplazamiento hacia terrenos fiscales donde se encontraba el resto de la comunidad, y en otros casos, se impuso el arrendamiento de las tierras a los collas ocupantes, dejando en condición de precariedad a quienes se mantuvieron como ocupantes de sus territorios ancestrales sin reconocer dominio ajeno.”⁶²

El pueblo diaguita

“Los actuales diaguita se localizan en el Norte Chico, en los valles del río Huasco y del río Choapa, donde han constituido sus comunidades indígenas teniendo como antecedente a los antiguos “pueblos de indios” del periodo colonial.”⁶³. Así, “(L)a comunidad diaguita de los Huascoaltinos ocupa espacios de la pre-cordillera y la cordillera de los Andes, y comprende las cuencas del río El Tránsito y sus afluentes, los ríos Valeriano, Cazadero, Conay y Chollay, además de las quebradas de Colpe, Pinte, Las Pircas y La Totorá, territorio que abarca una superficie aproximada de 377.964 hectáreas”⁶⁴

Según la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas, en su “Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas”⁶⁵, habitaban todo el valle de Huasco, siendo modificada su ocupación debido a la conquista española, por medio de la cual los españoles pasaron a ocupar las tierras más fértiles, dividiendo así el valle en dos: una parte española y una indígena. Se crearon “pueblos de indios” como pasó con los otros pueblos indígenas de los territorios cercanos.

Sin embargo, “(L)os datos etnohistóricos disponibles, permiten reconstruir la trayectoria de estas tierras diaguitas hasta la actualidad, junto con la permanencia indígena en ellas. De esta manera reivindicaron su dominio que tuvieron desde siempre durante los siglos coloniales y republicanos, y en el año 1903 los huascoaltinos logran por sentencia judicial inscribir el dominio, alegando la prescripción adquisitiva, es decir, por haberlas poseído como señores y dueños desde tiempos inmemoriales.”⁶⁶.

⁶² *Ibíd.*, p. 229.

⁶³ MUSEO CHILENO DE ARTE PRECOLOMBINO. Pueblos originarios: Diaguita. [en línea] <<http://chileprecolombino.cl/pueblos-originarios/diaguita/ambiente-y-localizacion/>>, [consulta: 20 de septiembre de 2019].

⁶⁴ YÁÑEZ, N. y MOLINA, R. Las aguas indígenas en Chile. Santiago. LOM Ediciones. 2011. p.56.

⁶⁵ Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas. Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas. Santiago. 2008. p. 252.

⁶⁶ *Idem.*

....

Como se pudo revisar a lo largo de este subcapítulo, los europeos se encargaron de dominar los territorios para expandir el poderío de sus coronas, dándose como tarea propia la de evangelizar a estos pueblos que eran considerados como inferiores. Fue así como "(A)l asumir unilateralmente el derecho de conquista, la Corona dejó sin derechos propios a los autóctonos, salvo los que la propia Corona tuviera gracia de concederles. Con algunas variantes, las demás potencias europeas hicieron lo suyo con las tierras que les tocó <<civilizar>>".⁶⁷

Así, la conquista trajo consigo guerra, muerte y esclavitud de las comunidades originarias, pero además, el sometimiento de las mismas a las lógicas sociales, culturales y económicas de los colonos. Pasaron, de ser los habitantes originarios del territorio, a tener un lugar secundario, despojándolos de su calidad de dueños de dichas tierras, para pasar a ser quienes debían ser enseñados y "civilizados" por estos pueblos más "desarrollados" en razón de su "incapacidad".

Es con esta violencia que se crea este país, donde convivieron europeos, indígenas y mestizos bajo el reinado de la corona española. Y aunque la independencia traía -o buscaba traer- grandes cambios, en lo relativo a la población indígena, se continuaron ejerciendo lógicas coloniales, siendo el Estado independiente el nuevo colono, quién, aunque se formaba con fuerza para separarse de la corona, de todas formas impuso "su modelo de nación y su sistema jurídico-administrativo a imitación de estos – las administraciones coloniales-, con frecuencia sazonando con una buena dosis de racismo y de darwinismo social que florecieron durante los siglos diecinueve y veinte. Los <<salvajes>> y <<bárbaros>> de las primeras épocas se transformaron en <<minorías subdesarrolladas>> que habrían de ser conducidas hacia el progreso, la civilización y desarrollo por gobiernos modernizadores, iluminados y bien intencionados."⁶⁸

Es con el ejemplo de la pasada colonia que se construye un nuevo Estado, que con la imposición de los principios republicanos terminó por segregar a las comunidades indígenas. Conforme a esto, se puede decir que "(E)l desarrollo del Estado Nacional en Chile, (...), es el resultado de un proceso guiado por un proyecto político que (en conformidad a los ideales republicanos) tuvo por objeto erigir una comunidad sobre la cual fundar el universalismo en la

⁶⁷ STAVENHAGEN, R. Los derechos de los pueblos indígenas: esperanzas, logros y reclamos. **En:** BERRAONDO, M. Los Pueblos Indígenas y Derechos Humanos. Bilbao. Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto. 2006. p. 21-28. p.22.

⁶⁸Idem.

ciudadanía. Se menospreciaba profundamente la cultura de los pueblos indígenas y se buscaba construir un país de corte occidental, imitando a las sociedades europeas. La “ceguera frente a la diferencia” que subyace a ese tipo de universalismo, se tradujo en la negación de la identidad y de la existencia de los pueblos originarios como entidades socio históricas”⁶⁹.

Ante la negación y búsqueda de integración de estos pueblos a estos Estados independientes, nacen procesos, como, por ejemplo, el proceso de “chilenización” o “desaymarización”.

Así, se puede considerar “que la relación histórica del Estado de Chile, para con los pueblos indígenas, ha sido, en general, en la búsqueda de que éstos se asimilen a la sociedad chilena culturalmente dominante”⁷⁰ y que “(C)on la ruptura del ‘pacto colonial’ no hubo un cambio estructural en la posición de los indígenas dentro de la sociedad nacional. Tras todo este divorcio entre discursos liberales y prácticas conservadoras, lo que se encuentra en el fondo es la igualdad jurídica entre quienes son profundamente desiguales. En la situación creada, los grupos criollos dominantes consolidaron su poder y dominación sobre las poblaciones indígenas”⁷¹.

Conforme a lo anterior, perpetuaron la usurpación de las tierras y recursos naturales, proclamando la “igualdad entre los ciudadanos”, pero sin pensar en las necesidades especiales de estos pueblos, quienes han sufrido, desde la llegada del europeo, una violación sistemática y prolongada a sus derechos.

Es en consideración de todos estos elementos anteriormente mencionados que se empieza a considerar la concreción de una normativa especial, tanto en sede internacional como nacional, naciendo la necesidad de reparar y de lograr que estas comunidades gocen de los derechos que le son propios a todo ser humano y comunidad humana, y de los cuales han sido privados sistemáticamente.

La diversidad versus la igualdad: cómo lograr la igualdad entre los diferentes.

Dentro del segmento anterior se mencionó la doctrina que confluyó con la construcción de nuestro país: la igualdad de todos los ciudadanos, sin distinción alguna por características específicas. Esta igualdad de la que se jactaban era una igualdad meramente abstracta, donde

⁶⁹ GAJARDO, J. Derecho y multiculturalismo: Un estudio comparado de la recepción normativa y perspectivas del multiculturalismo en Chile y Bolivia. Editorial Académica Española. 2015. p.124-125.

⁷⁰Ibid., p. 125

⁷¹ GUNDERMANN, H. 2002. p. 6, **como se citó en** Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de la Frontera. Los derechos de los pueblos indígenas en Chile: Informe del programa de Derechos Indígenas. LOM ediciones. Santiago. 2003. p. 37.

se deja atrás las características propias para darles un mismo valor a todos aquellos quienes habitan el territorio de la próxima República. De esta manera, “el pensamiento liberal que impregnaba el constitucionalismo del siglo XIX y primera parte del siglo XX, conectaba el principio de generalidad de la ley y el principio de igualdad, prohibiendo toda forma de diferenciación, generando como consecuencia jurídica la igualdad de todos en el ejercicio de sus derechos individuales. Inicialmente la igualdad ante la ley implicaba solamente la igualdad en el contenido de la ley en cuanto norma general, abstracta y atemporal, además de dotar de igual capacidad jurídica a todas las personas sin distinción alguna. Tal perspectiva buscaba eliminar los privilegios y arbitrariedades generados por los regímenes monárquicos y la estructura social estamental”⁷².

“(…) a comienzos del siglo XIX la independencia de las colonias americanas por sobre la corona española, también planteó la cuestión de la igualdad entre los distintos segmentos sociales que ya estaba entretejida y construida en la colonia: “...los ‘indios’, una categoría estamentaria originada en un ordenamiento colonial con claras huellas feudales, era uno de ellos...”. Lo que se buscaba era la implantación de principios republicanos y democráticos a través de la igualdad formal y de la soberanía ejercida por los propios ciudadanos en un concepto mayor de construcción de nación. Sin embargo, para los indígenas, tanto la igualdad como la ciudadanía, en los hechos no fue real. El Estado entonces, resolvió la cuestión de las sociedades indígenas por medio de la asimilación, a través de medidas tendientes a la desaparición de la distintividad e identidad étnica en la fusión con la población mayoritaria”⁷³

Fue esta concepción liberal e ilustrada la que de manera colateral impulsó la existencia de regímenes hegemónicos; es decir, la dominación del Estado sobre estos pueblos, cuyas concepciones culturales y de vida son muy diferentes a las establecidas por el primero. Así, pasan a ser “minorías” dentro de un Estado que durante su instauración tuvo políticas integracionistas, tal como se comentó más arriba, teniendo en cuenta que estos pueblos tienen sus propias estructuras jerárquicas de poder, que si bien que a lo largo de los procesos coloniales -tanto de los españoles como de los nuevos Estados- han generado ciertas variaciones y modificaciones, siguen buscando independencia y reconocimiento; y propias concepciones de vida, siendo el punto más relevante en sus concepciones, la relación del ser humano con la tierra y los recursos naturales. La Corte Interamericana de Derechos Humanos

⁷² NOGUEIRA ALCALÁ, H. El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas. Anuario de Facultade de Dereito da Universidade da Coruña. 10: 799-831, p.804. 2006.

⁷³ Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas. Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas. Santiago. 2008. p.177.

hace alusión a esta relación ser humano-tierra -naturaleza, en uno de sus fallos: “La estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”⁷⁴

De esta forma, esta relación “profundamente espiritual de los pueblos indígenas con sus tierras”⁷⁵ es “algo básico en su esencia como tales y en todas sus creencias, costumbres, tradiciones y cultura.”⁷⁶.

Por lo tanto, la relación ser humano-tierra -naturaleza, debe ser vista desde una perspectiva diferente; una donde lo que rodea al ser humano es sagrado, y no son meros objetos económicos. Ejemplo de esto es la relación que los pueblos tienen con su agua, como en el caso del pueblo aymara, donde “(L)as aguas que emergen desde las entrañas de la tierra son denominadas jutiri y sereno. El primero es un agujero profundo que se conecta con las profundidades del inframundo, el manqhapacha entre los aymaras. Se relaciona con la creación y la nutrición de ganado, pues de aquí emerge el ganado, los llamos y las alpacas. Los ojos de agua, aguadas o vertientes, pueden ser un juturi, pero a veces puede serlo un agujero sin aguas que emerge de las profundidades de la tierra. El sereno corresponde al lugar con agua donde se “challan” (bendicen o cargan con atributos) los instrumentos musicales. Esta agua debe tener la característica de saltar, salpicar, de producir música. Estos lugares están asociados a la noche o a la madrugada; antes de que salga el sol, se “va a buscar el sereno”, previo al comienzo del carnaval o la limpieza de canales. Es allí donde el sereno entrega todas las melodías del mundo a los instrumentos.”⁷⁷.

Así, ante estas diferencias estructurales en cosmovisión, la noción de igualdad de la época se volvió insuficiente, ya que “omitía toda consideración sociológica como son las circunstancias económicas, sociales, culturales y educativas que condicionaban la vida real de las personas,

⁷⁴ Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Comunidad Mayagna (sumo) Awas Tigni con Nicaragua, sentencia dictada el 31 de agosto del 2001, párrafo 149.

⁷⁵ MARTÍNEZ COBO, J. Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas, volumen V: conclusiones, propuestas y recomendaciones. Naciones Unidas. Nueva York. 1986. 5. p.16, párrafo 196.

⁷⁶ Ídem.

⁷⁷ YÁÑEZ, N. y MOLINA, R. Las aguas indígenas en Chile. Santiago. LOM Ediciones. 2011. p. 43.

excluyendo elementos básicos para la comprensión y tratamiento de la realidad social, reproduciendo o acentuando las graves disparidades en el ámbito socio-económico.”⁷⁸.

Es por esto y otros ejemplo de desigualdades materiales, que se “desarrolla la crítica democrática de fines del siglo XIX y de la primera mitad del siglo XX, que va a otorgar al Estado un mayor protagonismo en la vida social, tratando de corregir la graves desigualdades sociales, dentro de su tarea y fin que es el bien común, reconociéndose la posibilidad de dictar normas destinadas a ciertos grupos sociales que se encuentran en una situación determinada y específica diferente de la de otros grupos, como asimismo, se asume la injusticia de tratar de igual forma a quienes se encuentran ante distintas realidades sociales relevantes, lo que trae consigo la destrucción del dogma de la universalidad de la ley y el desarrollo del principio de igualdad de oportunidades(...)”⁷⁹

Conforme a esto, es que se buscó la forma de protección especial, basada en la necesidad de lograr construir una igualdad real entre personas con diferencias estructurales, como es el caso de los pueblos originarios y el chileno común.

Es de estas ideas que se logra establecer igualdad como “prohibición de diferencias arbitrarias”, la cual se encuentra establecida en nuestra Constitución Política de la República en el art. 19 n°2: “*La Constitución asegura a todas las personas: 2° La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias*”.

Es de ese artículo, en particular su inciso segundo, que se desprende el principio de que “las situaciones iguales deben ser tratadas iguales y que las situaciones desiguales deben ser tratadas desigualmente”⁸⁰, conforme al cual nacen dos caras de la igualdad ante la ley, la primera, consistente en la obligación de abstención de realización de cualquier diferencia arbitraria⁸¹, y la segunda, de la necesidad de crear estatutos diferenciados bajo reglas de “medidas afirmativas”, las cuales “pueden conceptualizarse como aquellas que establecen temporalmente un trato diferenciado a favor de sectores en objetiva situación de marginación, con la finalidad de ignorar una igualación de oportunidades en forma real, su adecuada

⁷⁸ NOGUEIRA ALCALÁ, H. El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas. Anuario de Facultade de Dereito da Universidade da Coruña. 10: 799-831, p.805. 2006.

⁷⁹ Ídem.

⁸⁰ NOGUEIRA ALCALÁ, H. El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas. Anuario de Facultade de Dereito da Universidade da Coruña. 10: p.799-831, p. 808. 2006.

⁸¹ *Ibíd.*, p. 822.

integración social y acceso a los derechos formalmente consagrados en el ordenamiento jurídico”⁸².

Conforme a esto, se entiende la necesidad de reglar y conformar ciertos derechos a favor de las comunidades indígenas. La idea es posibilitar la participación y el goce de los derechos de estas comunidades, de la misma forma en que los ciudadanos comunes lo hacen, teniendo en consideración la gran diferencia en formas de vida, cosmovisión e historia. De esta forma, el fin es que cada uno pueda vivir conforme a sus convicciones, gozando plenamente de cada uno de los derechos que le pertenecen por el hecho de ser personas.

Así, las acciones afirmativas, pasan a ser “formas de reparación que rompen con los legados del imperialismo, la discriminación, la supresión de la participación democrática y la subyugación cultural”⁸³, permitiendo concretar el principio de igualdad ante la ley.

Las principales acciones afirmativas tienen relación con la consideración de la relación de las comunidades indígenas con sus tierras, anteriormente mencionada, debiéndose basar en la búsqueda de entregar el pleno desarrollo de las comunidades, dentro de las esferas del territorio ancestral, permitiendo llevar sus formas y modos de vida en conformidad a sus cosmovisiones y de proteger la “relación que sitúa al medio ambiente en el centro de las culturas indígenas como pilar fundamental alrededor del cual gira toda la vida política, social, económica y espiritual”⁸⁴. Y es así que no puede concebirse a una comunidad sin su territorio, es decir, sin sus tierras y recursos naturales, ya que toda su organización se encuentra basada en la relación entre el ser humano y la naturaleza; y toda su supervivencia también.

Además, toda esta reparación y protección trae también aparejado la importancia del reconocimiento de la diversidad como algo bueno y necesario, considerando al otro como ser humano capaz de decidir de manera autónoma sobre su vida. Es abrirle paso a la diversidad y valorar dicha diversidad como algo que enriquece al mundo en el que vivimos. Y es que, “la diversidad cultural es una característica esencial de la humanidad”⁸⁵, que acrecienta “la gama de posibilidades y nutre las capacidades y los valores humanos, y constituye, por lo tanto, uno

⁸² *Ibíd.*, p. 823.

⁸³ ANAYA, J. Los pueblos indígenas en el derecho internacional. Editorial Trotta, Universidad Internacional de Andalucía. 2005. p.137.

⁸⁴ *Ibíd.* p. 470.

⁸⁵ Mensaje de la Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales de la UNESCO, Paris, 20 de octubre 2005. [en línea] <https://en.unesco.org/creativity/sites/creativity/files/2811_16_passport_web_s.pdf>

de los principales motores del desarrollo sostenible de las comunidades, los pueblos y las naciones”⁸⁶, haciendo de este mundo “uno rico y variado”⁸⁷.

Por otra parte, valorar la diferencia de visiones no es solo comprender la diversidad que contiene el mundo, sino que además es una forma de reconocer, en los pueblos latinoamericanos, las raíces de nuestra conformación; tal como lo señala la ley indígena en su artículo 1º inc. 2: “*El Estado valora su existencia por ser parte esencial de las raíces de la Nación chilena (...)*”; es reconocer en ellos parte de nuestra historia, es reconocer nuestro origen como país.

Subcapítulo 2: La normativa especial de las comunidades indígenas frente al uso y de los recursos naturales en general y el agua en particular.

En este subcapítulo, se pasará a revisar la normativa nacional e internacional que caracteriza a la protección de las personas y comunidades indígenas en nuestro país, haciendo una somera lectura y alcance de los artículos referidos a aguas y recursos naturales, ello con el propósito de analizar cómo el legislador ha contribuido o no en el desarrollo del derecho de la igualdad entendido en un sentido amplio, toda vez que persiga reestablecer la desigualdad material.

Para ello, en primer lugar, se pasará a revisar el Convenio N°169 de la OIT, como instrumento internacional que hoy en día es normativa legal aplicable directamente por los órganos del Estado⁸⁸ -especialmente por los Tribunales de Justicia-, gracias a su ratificación e incorporación por medio del art. 5 inc. 2 de la Constitución Política de la República. Se analizarán los artículos pertinentes a recursos naturales del mismo, para luego ver su alcance en materia de aguas.

En segundo lugar, se revisará la Ley N°19.253, mejor conocida como Ley Indígena, que pasó a regir en el año 1994. Se revisarán someramente los artículos relativos a recursos naturales y aguas, haciendo especial énfasis en su Título VII, Párrafo 2º, mediante el cual se establecen normas especiales aplicables a las comunidades aymaras, atacameñas, y como señala la

⁸⁶ Ídem.

⁸⁷ Ídem.

⁸⁸ Si bien no es tema del presente trabajo, es relevante recordar que a la fecha de la realización de esta investigación, se ha cumplido el plazo de 10 años para poder “denunciar” el Convenio N°169 – es decir, solicitar no ratificar el mismo-, estando todavía a tiempo el Presidente Sebastián Piñera, para solicitar la salida, tal como lo han expresado diferentes actores políticos del gobierno actual, al declarar en diferentes instancias que no consideran el Convenio como una herramienta “suficiente”.

De ser así, se perdería una serie de garantías que son fundamento para los fallos de los Tribunales de Justicia hoy en día, en vista de la defectuosa Ley Indígena.

Profesora Nancy Yáñez⁸⁹, de manera extensiva a las comunidades quechuas, collas y diaguitas.

Ambos cuerpos normativos son la base de protección legislativa de las comunidades indígenas, por lo que conocerlos y comprenderlos no solo nos entrega una visión general del panorama, sino que también permite concebir las sentencias y razonamientos de los jueces para conceder las regularizaciones de derechos de aprovechamiento de aguas.

El Convenio N°169 de la OIT

El Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo de 1989, ratificado por Chile en el año 2008, emerge como sucesor del convenio N°107 de 1957 de la misma organización internacional. Este tiene como objeto principal “contribuir al reconocimiento y protección de los derechos de los pueblos interesados”⁹⁰, ya que se concluye que los pueblos originarios, en primer lugar, no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que otros miembros de la población de los Estados; y en segundo lugar, son un enorme aporte a la diversidad cultural⁹¹.

Es conforme a esto, que en él se señalan una serie de normas dirigidas a los Estados firmantes y sus órganos, con el fin de respetar los Derechos Humanos de las comunidades y el desarrollo de estos pueblos conforme a sus cosmovisiones.

Son relevantes para este estudio los artículos 4º, 8.1, 13, 15 y 19.

El art. 4, establece la obligación de adopción de “*medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados.*”⁹². De esta forma, este artículo es un mandato general, que comprende desde la creación de normativa especial que busque la protección de estas comunidades, hasta la aplicación de medidas especiales por instituciones estatales.

Por su parte, es de suma importancia para el Poder Judicial el art. 8.1 del Convenio, el cual dispone que “*Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario*”. Así, se obliga a un actuar considerando los valores propios de la comunidad indígena en casos donde se

⁸⁹ YÁÑEZ, N. y MOLINA, R. Las aguas indígenas en Chile. Santiago. LOM Ediciones. 2011. p.14.

⁹⁰ HERVÉ, D. y PÉREZ, S. Adecuación de la legislación interna a los estándares impuestos para la administración de recursos naturales. **EN:** CONTESSE, J. El convenio 169 de la OIT y el derecho chileno: mecanismos y obstáculos para su implementación. Santiago. Ediciones Universidad Diego Portales. 2012. Pp. 15-55, p. 23.

⁹¹ Mensaje del Convenio N°169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado el 27 de junio de 1989 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo.

⁹² Art. 4.1 del Convenio N°169 de la OIT, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independiente

encuentren involucrados, en pro a tenerlos como factores determinantes para la aplicación de la normativa, por ejemplo, penal.

Por su parte, el apartado N°II del Convenio en cuestión es para este trabajo el más relevante, toda vez que en él se trata especialmente el tema de las tierras indígenas y de los recursos naturales que en ellas existen, específicamente en los art. 13, 15 y 19. Estos se encuentran basados en el reconocimiento del fuerte apego de las comunidades indígenas a su entorno natural, tanto por necesidad como por los valores espirituales que sus cosmovisiones traen aparejadas. Así, entran en este apartado, tanto los recursos naturales necesarios para su subsistencia (principalmente, los pueblos originarios tienen modelos autosuficientes, por lo que sus modos de vida están determinados por la agricultura, ganadería, pesca, etc.), como aquellos que, de manera complementaria, tienen carácter de conexión espiritual.

Artículo 13

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.

Mediante este artículo, el Estado firmante se compromete a respetar la esencial relación de las comunidades indígenas con sus tierras o territorios, teniendo en consideración los rasgos espirituales y de subsistencia que rigen dicha relación.

De esta manera, este artículo "(...)" exige a los Estados el "respeto" de las particularidades con que los pueblos indígenas se relacionan con sus tierras y territorios, especialmente a lo que se refiere al aspecto colectivo de sus derechos. Tal reconocimiento tiene por objeto asegurarles lo necesario para su subsistencia como pueblo.⁹³

Además, en su numeral 2º, amplía el entendimiento de tierras, incluyendo en él el territorio. Esto es relevante, en tanto, dentro de la protección de los pueblos indígenas que ha entregado

⁹³ HERVÉ, D. y PÉREZ, S. Adecuación de la legislación interna a los estándares impuestos para la administración de recursos naturales. **EN:** CONTESSE, J. El convenio 169 de la OIT y el derecho chileno: mecanismos y obstáculos para su implementación. Santiago. Ediciones Universidad Diego Portales. 2012. Pp. 15-55, p. 24.

el mundo occidental, se ha utilizado indistintamente la palabra tierra y territorio, como sinónimos⁹⁴, lo que no es del todo correcto, teniendo en consideración que tierras indígenas, para las comunidades, “ha estado asociada a los espacios físicos concretos en donde habitan las comunidades, o donde se realizan las actividades agrícolas, de recolección o de caza y que fundamentalmente se utilizan para mantener la vida comunitaria y para seguir desarrollando sus modelos de vida basados en la recolección, caza y pesca”⁹⁵; mientras que la palabra territorio es más amplia, es el “derecho principal, sin el cual resulta imposible ofrecer garantías de una vida digna y sostenible de acuerdo a las propias culturas”⁹⁶, de esta forma, la reivindicación territorial de los pueblos tiene una doble extensión: “El espacio y los procesos. El espacio se expresa en la demanda por el uso, goce y manejo de los recursos naturales. Y los procesos se expresan en que se reclama el control sobre los procesos de orden político, económico, social y cultural del grupo”⁹⁷.

Conforme a esto, y solo en relación a los art. 15 y 16, el Convenio considera como sinónimos estas palabras, “por expresa mención el artículo 13, el concepto de “territorio indígena” abarca el hábitat indígena, incluyendo los recursos naturales en ellos presentes. Así lo ha entendido la propia Corte IDH, al interpretar el alcance de la protección del derecho de propiedad en el sistema interamericano”⁹⁸, ampliando así el alcance de dichos artículos, abarcando así “la totalidad del territorio que emplean los pueblos indígenas, que según la OIT incluye los bosques, ríos, montañas y mares costeros, además de la superficie y el subsuelo. Tampoco se limita a las tierras ocupadas permanentemente, sino que abarca todas aquellas a las que tienen acceso para sus actividades o que “utilizan de alguna u otra manera”. En el hábitat se incorporan aspectos sociales y culturales, lo que subraya la dimensión política de la propiedad indígena”⁹⁹

Artículo 15

⁹⁴ BERRAONDO, M. Tierras y territorios como elementos sustantivos del derecho humano al medio ambiente. En su: Pueblos indígenas y derechos humanos. Bilbao. Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto. 2006. Pp. 469-487.

⁹⁵ *Ibíd.* pg. 478.

⁹⁶ *Ibíd.* pg. 481.

⁹⁷ *Idem.*

⁹⁸ MEZA-LOPEHANDÍA, M. Territorio indígena en el derecho chileno. Elaborado para la Comisión de Agricultura, en el marco de la discusión del “Proyecto de Ley que Reforma el Código de Aguas” (Boletín N° 7543-12), [en línea, Biblioteca del Congreso Nacional]

<https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/22372/1/FINAL%20-%20Territorio%20ind%C3%ADgena%20en%20el%20derechos%20chileno.pdf> > [consulta: 25 de septiembre del 2019].

⁹⁹ HERVÉ, D. y PÉREZ, S. Adecuación de la legislación interna a los estándares impuestos para la administración de recursos naturales. **EN:** CONTESSE, J. El convenio 169 de la OIT y el derecho chileno: mecanismos y obstáculos para su implementación. Santiago. Ediciones Universidad Diego Portales. 2012. Pp. 15-55, p. 24.

1. *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.*
2. *En caso de que pertenezca al estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar, siempre que sea posible, en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.*

Conforme a este artículo, se reconoce la protección especial a los recursos naturales dentro del territorio de los pueblos, en atención a – y es lo que se ha estado mencionando - la fuerte relación que tienen los pueblos indígenas con la naturaleza, la cual, antes de ser de una relación de carácter meramente económica, es primeramente una de carácter espiritual.

La especial protección a los recursos naturales inmersos en sus tierras tiene fundamento en la libre determinación de los pueblos¹⁰⁰, buscando su subsistencia y la persecución de sus propios fines.

“Los recursos naturales comprenden tanto los recursos renovables como los no renovables, tales como la flora y fauna, las aguas, los hielos, las zonas costeras, el subsuelo, los bosques, los recursos pesqueros, los recursos genéticos y los minerales.”¹⁰¹

Por su parte, en el numeral 2º del artículo, se reconoce el deber de consulta en caso de explotación de recursos naturales en los territorios de los pueblos afectados, en casos en que pertenezcan al Estado la propiedad de los minerales o los recursos del subsuelo, o derechos sobre otros recursos en las mismas tierras. “En este sentido, el artículo 15 debe leerse junto con los artículos 6 y 7 del Convenio, que exigen la consulta de los pueblos indígenas y su participación en la formulación, implementación y evaluación de los planes de desarrollo que los afecten.”¹⁰²

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 27.

¹⁰¹ *Ídem.*

¹⁰² *Ibid.*, p. 28.

Según el Relator Anaya¹⁰³, los principios aplicables a la consulta son: 1. Debe ser previa; 2. Deber ser consensuado con las organizaciones indígenas; 3. No se agota con la mera información; 4. Debe ser de buena fe y orientarse a alcanzar un acuerdo; 5. Debe ser sistemática y transparente.

Por otro lado, “los pueblos interesados tendrán derecho a beneficiarse de las ganancias que reporten la explotación y el uso de los recursos naturales.”¹⁰⁴

Artículo 19

Los programas agrarios nacionales deberán garantizar a los pueblos interesados condiciones equivalentes a las que disfruten otros sectores de la población a los efectos de:

a) la asignación de tierras adicionales a dichos pueblos cuando las tierras de que dispongan sean insuficientes para garantizarles los elementos de una existencia normal o para hacer frente a su posible crecimiento numérico;

b) el otorgamiento de los medios necesarios para el desarrollo de las tierras que dichos pueblos ya poseen.

Por su parte, el art. 19 contempla la obligación estatal de generar condiciones para que los pueblos indígenas puedan acceder a la asignación de sus tierras y al otorgamiento de medios necesarios para el desarrollo de las mismas. Ambas se realizan por medio del Fondo de Desarrollo Indígena, el cual se pasará a revisar en lo respectivo a la Ley Indígena. Sin embargo, parece del todo correcto adelantar que mediante este Fondo y las gestiones de CONADI (Corporación Nacional de Desarrollo Indígena) se cumplen los fines establecidos por este artículo.

Importante parece destacar que en ningún momento el Convenio se refiere específicamente a “aguas”, sin embargo, dicho elemento natural se encuentra inmerso en la categoría de “recursos naturales”, por lo que es del todo aplicable los artículos recientemente mencionados en temas de aguas.

Así, la normativa que establece el Convenio N°169 de la OIT se caracteriza por entregar un mandato específico a la autoridad estatal, estableciendo la necesidad de que esta realice

¹⁰³ YÁÑEZ, N. Los contenidos del Convención N° 169 de la OIT. **EN:** OBSERVATORIO CIUDADANO. Las implicancias de la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT en Chile. Santiago. 2010. Pp. 21-33, p.26.

¹⁰⁴ HERVÉ, D. y PÉREZ, S. Adecuación de la legislación interna a los estándares impuestos para la administración de recursos naturales. **EN:** CONTESSE, J. El convenio 169 de la OIT y el derecho chileno: mecanismos y obstáculos para su implementación. Santiago. Ediciones Universidad Diego Portales. 2012. Pp. 15-55, p. 28.

medidas especiales, en específico, que protejan los recursos naturales por las cuales se benefician las comunidades indígenas en sus territorios.

Por otra parte, parece relevante agregar que por mandato internacional, estas medidas no pueden ser concebidas como discriminatorias en contra de la población no indígena, mientras el art. 5.1 del Convenio N° 111 de la OIT, que trata la discriminación en el empleo y la ocupación, establece que *“Las medidas especiales de protección o asistencia previstas en otros convenios o recomendaciones adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo no se consideran como discriminatorias”*.

La Ley N°19.253

En el año 1993, el Estado de Chile promulgó la ley N°19.253, mejor conocida como la Ley Indígena. En ella no solo reconoce la existencia de ciertos pueblos originarios, sino que establece formas de reparación y protección de las personas indígenas, de sus tierras y recursos naturales.

Como anuncio del presidente Aylwin, en el período posterior a la larga dictadura vivida por el país, se tomó como meta una nueva relación con los pueblos originarios, enviando un proyecto de ley en octubre de 1991. Con dicho proyecto *“el Supremo Gobierno ha plasmado en el presente proyecto de ley las aspiraciones que los diversos pueblos indígenas nos han hecho llegar, intentando así establecer en forma participativa y conjunta las bases de una nueva legislación.”*¹⁰⁵

Relevante para este estudio son los art. 20, 21, 22, 26, 39, 40, 64 y 3° transitorio, como ejemplos de las formas establecidas por el Estado para la protección de las tierras y recursos naturales de las comunidades y personas indígenas; especialmente, cuando se trata de regulación o adquisición de derechos de aprovechamiento de aguas.

Así, en primer lugar, el artículo 20 de la ley crea el “Fondo para Tierras y Aguas Indígenas”, el cual será administrado por la Corporación Nacional Indígena (CONADI), con el fin de entregar financiamiento para que las comunidades y personas indígenas puedan adquirir tierras consideradas como ancestrales, solucionar los problemas suscitados en base a las mismas y constituir, regularizar o comprar derechos de aprovechamientos de aguas. Es decir, se crea un fondo especial para que las comunidades indígenas puedan optar a la regularización o adquisición de derechos de agua, sin tener que preocuparse por la falta de recursos materiales

¹⁰⁵ Mensaje del Señor Presidente de la República, don Patricio Aylwin, en el Proyecto de ley Relativo a la Protección, Fomento y Desarrollo de los Pueblos indígenas, 15 de octubre de 1991.

para hacerlo, teniendo en consideración que una de los segmentos más pobres de la sociedad son las comunidades indígenas -entendiendo la pobreza como la falta de riqueza material según nuestra sociedad occidental-.

Por su parte, el artículo 26 de la misma ley, crea la posibilidad de establecer “áreas de desarrollo indígena”, como espacios en que el Estado focalizará su acción para el beneficio de las comunidades y personas indígenas, enumerando sus requisitos. Mientras que el artículo 40, a su vez, establece la posibilidad de adquisición gratuita de bienes raíces o derechos de agua, por parte del Fisco o del Ministerio de Bienes Nacionales o cualquier otro organismo público y privado, para ser asignados a comunidades o personas indígenas su propiedad, uso o administración. Es decir, permite que el Estado pueda adquirir ciertas tierras o recursos, para luego ser entregados a las comunidades a las cuales puede beneficiar.

Pero, el ejemplo más relevante para este trabajo, recae en el importantísimo artículo 64 de la Ley Indígena, que junto con el artículo 3 transitorio, permite la protección especial de las aguas de ciertos pueblos, en razón de la escasez del recurso. Así, el artículo 64 versa: *“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.”; mientras que el nombrado artículo 3 transitorio establece: *“La Corporación realizará, en conjunto con el Ministerio de Bienes Nacionales, durante los tres años posteriores a la publicación de esta ley, un plan de saneamiento de títulos de dominio sobre las tierras aimaras y atacameñas de la I y II regiones, de acuerdo a las disposiciones contenidas en el párrafo 2° del Título VIII.*

Igualmente, la Corporación y la Dirección General de Aguas, establecerán un convenio para la protección, constitución y restablecimiento de los derechos de aguas de propiedad ancestral de las comunidades aimaras y atacameñas de conformidad al artículo 64 de esta ley.”

Ambos, establecen una especial protección de las aguas de las comunidades Aymaras y Atacameñas, la cual, gracias a posteriores articulaciones normativas, se hizo extensiva a las comunidades Collas, Diaguitas y Quechuas.

El primer proyecto se establecía una protección más profunda en su artículo 99 (ahora 64), en tanto prohibían nuevas explotaciones en los acuíferos propiedad de varias comunidades, hoy se entiende una forma de protección que puede llegar a ser el fundamento principal del actuar de los poderes del Estado.

Si vinculamos este artículo a la obligación de concretar medidas especiales para los pueblos indígenas según el Convenio 169 de la OIT, se puede comprobar la coherencia que provoca en el sistema, ya que es el ejemplo de una medida especial en atención a la cosmovisión de las comunidades del norte y a la particularidad del territorio, que genera una constante lucha con otros por el escaso recurso que representa el agua. Así, además de ser un ejemplo de medida legislativa de protección, influye en el ámbito del poder judicial, el cual está obligado, por esta doble normativa, a tomar en consideración la calidad de persona o comunidad indígena al momento de fallar la regulación o adquisición de derechos de aprovechamiento de aguas, teniendo especial cuidado con el efecto que dicho fallo puede tener en el estilo y forma de vida de la peticionaria indígena.

Sin embargo, este artículo no está libre de críticas, ya que tal como se venía señalando, el artículo 64 establece una especial protección en las aguas de las comunidades indígenas Aymaras, Atacameñas, Quechuas, Collas y Diaguitas, en razón de la especial situación en la zona norte del país, en tanto existencia de escasez y disputa por los recursos hídricos. Es esta situación la que haría procedente su instalación en la ley, tal como lo muestra el mensaje de la Ley N°19.253: “ La situación de las comunidades del Norte Grande del país se ve afectada por la disputa de los recursos hídricos. Creemos de gran importancia que esta ley, junto a las modificaciones que hemos presentado al H. Congreso, del Código de Aguas, regule estos recursos de manera que sea posible la perduración de la vida humana en los pueblos y villas del norte del país. Creemos que sería un grave error que la población del norte del país se concentrara solamente en tres ciudades costeras importantes abandonando el interior como consecuencia de una planificación defectuosa de los recursos de agua que son fundamentales para el desarrollo de la vida humana.”. El problema de esta consideración es que, si bien es una buena fundamentación para que exista un régimen especial para personas indígenas en contraposición a personas no indígenas, no se encuentra motivo plausible para que existan discriminaciones entre las mismas comunidades indígenas, dejando abierta a la pregunta: ¿está suficientemente justificada la limitación a ciertos pueblos establecida en el artículo 64 de la Ley Indígena o este debería ser extensivo y aplicable a todos los pueblos indígenas del

país, fundamentado en la importancia del cuidado de las aguas de todas estas comunidades por la especial relación que estos, de forma generalizada, tienen con la naturaleza?.

Ante esta pregunta, la visión de esta investigación es la de expandir el artículo a todas las comunidades indígenas, especialmente por dos razones: en primer lugar, porque el criterio de escasez hoy en día no solo afecta a la zona norte del país, sino que a gran parte del territorio nacional; en segundo lugar, porque valorar la importancia del recurso agua en una cosmovisión en contraposición a otra, considerando que el agua es el bien que permite la subsistencia de estos pueblos, que son en su mayoría agrícolas y ganaderos, y que en casi todos los casos tiene un rasgo espiritual importante, parece no tener sentido.

.....

Conforme a todo lo expuesto, podríamos encontrar una relación especial entre este Convenio, la Ley Indígena y la continua aceptación de la Corte Suprema en los casos de regularización de derechos consuetudinarios de agua de comunidades indígenas.

Es solo mediante la asimilación de la normativa internacional y su justificación que se puede comprender cómo el acto de acoger las solicitudes de regularización de derechos consuetudinarios de aguas, por parte de los diferentes Tribunales de justicia y, en especial, la Corte Suprema, no hace más que cumplir con el deber normativo internacional y nacional, que solo busca lograr la igualdad material a través de acciones afirmativas.

CAPÍTULO III: Análisis crítico de la jurisprudencia en el marco de la regularización de los derechos de aprovechamiento de aguas de comunidades indígenas en el norte del país.

Teniendo presente en qué consiste la regularización de los derechos consuetudinarios de aprovechamiento de aguas, la normativa especial que protege a los pueblos indígenas y la justificación de esta última, podemos pasar a revisar las diferentes líneas jurisprudenciales mencionadas por el Profesor Vergara Blanco¹⁰⁶, analizando de manera independiente las sentencias mencionadas por él, y mostrando cómo la diferencia en los resultados entre personas indígenas y no indígenas, no parece tener relación con la oscilación jurisprudencial en el requisito, sino más bien en la normativa especial aplicables a las comunidades indígenas con el fin de poder consagrar acciones positivas con fines reparatorios y de valoración de la diferencia, por lo que no podría alegarse violación al principio de igualdad.

Subcapítulo 1: Tendencias jurisprudenciales sobre la regularización de derechos consuetudinarios de aguas

En este apartado se revisarán las tendencias jurisprudenciales pertenecientes a cada período mencionado (suma de posesiones y uso personalísimo de las aguas, respectivamente), con el fin de conocer las posturas que determinaron el cambio jurisprudencial de la Corte Suprema, lo que generó, no solo una nueva interpretación, sino que un cambio radical en los resultados en casos de solicitudes de reconocimiento de derechos de aprovechamiento de aguas.

Conforme a esto, se pasará a revisar, en primer lugar, la teoría vigente hasta el año 2014, por la cual el solicitante usuario actual de las aguas, podía imputar a su uso los usos de los anteriores dueños del predio beneficiado; y, en segundo lugar, se analizará la teoría vigente desde el año 2014, por medio de la cual la Corte exige el uso personal de las aguas por el solicitante, desde la entrada en vigencia del Código de Aguas, para poder acceder a la solicitud.

Uso no personalísimo de las aguas para su reconocimiento: Teoría vigente hasta 2014

Tal como se mencionó anteriormente, durante la década pasada, y hasta entrado el año 2014, la Corte Suprema consideraba que para cumplir con el requisito del uso las aguas al momento de promulgarse el Código de Aguas (requisito n°1), se podían acumular los años de los dueños anteriores al solicitante. Así, solo se requería probar el uso de las aguas desde antes de entrada en vigencias del Código, y la secuencia de títulos de dominio del inmueble beneficiado por el reconocimiento del derecho.

¹⁰⁶ VERGARA BLANCO, A. Regularización de derechos consuetudinarios de aguas: Crítica a la jurisprudencia vacilante de la Corte Suprema. Revista Estudios Públicos. 151: 59-122. Invierno 2018.

De esta manera, “dada la calidad de derecho real de todo derecho de aguas (art. 6 del Código de Aguas), son estos derechos aquellos poseídos de manera ficta por sus titulares, y por todos los sucesores de la titularidad, desde esa fecha a la actualidad; en otras palabras, no son las aguas las jurídicamente poseídas, sino el derecho.”¹⁰⁷

Esta línea jurisprudencial se sustenta, principalmente, en la interpretación de tres artículos:

- I. **El artículo 2 transitorio del Código de Aguas**: La jurisprudencia de la época considera a este artículo como el reconocimiento de los usos consuetudinarios como derechos. De esta forma, el uso de las aguas, junto con el cumplimiento de otros requisitos, generan el nacimiento de un derecho por el solo ministerio de la ley, sin requerir título alguno para reclamar su existencia. Sin embargo, dichos derechos deben ser inscritos por temas de seguridad jurídica, razón por la cual se crean sistemas de “regularización” como el establecido en este artículo.
 - II. **El art. 19 n°24 inciso final de la Constitución Política de la República**, el cual versa: “Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos;”; en relación al **art. 7 del DL N°2.603, de 1979**, el cual consagra una presunción legal sobre el dueño del inmueble, estipulando: “Se presumirá dueño de derecho de aprovechamiento a quien lo sea del inmueble que se encuentre actualmente utilizando dichos derechos. En caso de no ser aplicable la norma precedente, se presumirá que es titular del derecho de aprovechamiento quien se encuentre actualmente haciendo uso efectivo del agua.”.
- Ambos artículos son utilizados por la Corte para conceder, a favor del solicitante de regularización, la presunción de dominio de las aguas, y así, poder hacer uso de la suma de posesiones.

La combinación de los tres artículos precedentes, nos llevan a sentencias como las de “Espinoza con Endesa”¹⁰⁸, en la cual la Corte argumenta, en su considerando quinto: “Que 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

¹⁰⁷ VERGARA BLANCO, A. Regularización de derechos consuetudinarios de aguas: Crítica a la jurisprudencia vacilante de la Corte Suprema. Revista Estudios Públicos. 151: 59-122, p.66. Invierno 2018.

¹⁰⁸ Corte Suprema, causa Rol N° 1.084-2004, fallada con fecha 27 de abril de 2005. Este mismo argumento es repetido por la Corte en: el considerando octavo, sentencia causa Rol N° 5.342-2006, dictada con fecha 27 de diciembre del 2007; considerando noveno, sentencia causa Rol N° 7.410-2008, fallada el 12 de mayo de 2011; considerando décimo quinto, sentencia causa Rol N° 654-2009, fallada el 18 de agosto del 2011.

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.”.

Esta misma lógica se vuelve a repetir en la causa caratulada “Agrícola Victoria S.A con Endesa”, donde la Corte enfáticamente reitera la existencia de derechos consuetudinarios, donde su propiedad no se encuentra en discusión, sino solo su formalización, al considerar que: “12) (...) el procedimiento del tantas veces mencionado artículo 2º transitorio del Código del Ramo, permite regularizar y no constituir derechos, pues los que se normalizan existen previamente y su propiedad no está en discusión, pues emana de la ley. La regularización importa determinar, en la etapa procesal pertinente, si la petición cumple los requisitos indicados en dicha norma y si el caudal que se pretende, es el efectivamente utilizado en la forma y términos previstos por el legislador; 13º) Que, por lo expuesto, cabe admitir que los derechos consuetudinarios, como lo son los de autos, adolecen sólo de falta de formalización registral. Los derechos existen y se tiene propiedad sobre ellos, pero para efectos de su certeza, se ha creado un sistema de regularización que permite su ulterior inscripción. En este contexto, la alegación del recurrente sobre si la utilización de las aguas debe ser personal del solicitante o se permite agregar la de sus antecesores, carece de mayor relevancia jurídica, pues, como ya se dijo, se trata de un derecho de aprovechamiento no sólo reconocido por el legislador sino cuyo uso ha sido consagrado constitucionalmente como derecho;¹⁰⁹. En la misma sentencia, se hace de manera explícita la interpretación conjunta de los tres artículos mencionados para lograr al resultado: “15º) Que el objeto fundamental del inciso segundo del artículo 2º transitorio es el de regularizar derechos de aprovechamiento no inscritos, pero reconocidos por el Decreto Ley N° 2.603, de 1979 y por el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República. La presunción que contiene el inciso segundo del artículo 7º del citado Decreto Ley, es aplicable incluso a quien se encuentra actualmente utilizando las aguas, vale decir, a la época en que se invoca la presunción, sin que sea necesario que el interesado haya estado personalmente haciendo uso del derecho a la entrada en vigencia del Código de Aguas;”

¹⁰⁹ Sentencia Corte Suprema, causa Rol N° 5.342-2016, dictada el 27 de diciembre de 2007, considerandos duodécimo y decimotercero.

Así, como resultado de la interpretación conjunta de estos tres artículos, se entregan regularizaciones de derechos consuetudinarios de agua, teniendo como factor decisorio para acoger dicha pretensión, el hecho de que el dueño del predio beneficiado con las aguas haya estado haciendo uso de estas al momento de entrada en vigencia el Código de Aguas, sirviendo como prueba de dicho uso, cualquier título que demuestre el traspaso legítimo del inmueble servido. Así, no se requiere prueba del uso personal de las aguas, sino solo prueba de títulos consecutivos e ininterrumpidos traslaticios de dominio correspondientes al predio cuyo actual dueño solicita regularización de las aguas, tal como se ve en los considerandos duodécimo y décimo tercero de la causa caratulada “Sociedad Agrícola el Pedriero con ENDESA”¹¹⁰: “DUODÉCIMO: Que en lo que hace a la fecha en que debió principar el uso de las aguas sobre las cuales recae el derecho de aprovechamiento perseguido, el profesor Gonzalo Muñoz estima que basta que el solicitante compruebe que el derecho de aprovechamiento de aguas cuya regularización se persigue se encuentre amparado por la presunción de dominio establecida en el artículo 7° del D.L. N°2.603, de 1979, “no siendo necesario que el regularizador haya estado personalmente haciendo uso de ese derecho a la fecha de entrar en vigencia el actual Código de Aguas”. (ob. cit., pág. 1167)

A su turno, el autor Christian Neumann Manieu expresa que “resulta del todo procedente que el peticionario continuador legal en el aprovechamiento del derecho a regularizar pueda adicionar a su tiempo de uso ininterrumpido el de sus antecesores, lo que queda corroborado cuando existe un título que da continuidad a la utilización, como sería el caso de una compraventa o una sentencia judicial firme que concede la posesión efectiva de la herencia, u otra. En este sentido, pensamos que es procedente aplicar en la especie el principio a que se refiere el artículo 17 del Código Civil, más aún por lo prescrito en el artículo 715 de ese mismo cuerpo legal”. (“Del procedimiento especial de regularización de derechos de aprovechamiento de aguas conforme al artículo 2° transitorio del Código de Aguas”, Revista de Derecho Administrativo Económico, Vol II, citado por Gonzalo Muñoz Escudero, obra citada, página 1175);

DÉCIMO TERCERO: Que, al tenor de la doctrina señalada, aparece lícito y posible que los usuarios de derechos de aprovechamiento no inscritos agreguen a la propia la posesión de sus antecesores, considerando especialmente que el objeto fundamental del inciso segundo

¹¹⁰ Sentencia Corte Suprema, causa Rol N° 1.442-2012, dictada con fecha 26 de agosto del 2013, considerandos duodécimo y decimotercero. Estos argumentos doctrinarios son repetidos por la Corte en: considerando octavo de la sentencia de reemplazo, causa Rol N° 9.197-2011, dictada el 2 de septiembre del 2013; y, en el considerando undécimo de la sentencia causa Rol N° 17.241-2013, fallada el 14 de julio del 2014.

del artículo 2º transitorio es el de regularizar derechos de aprovechamiento no inscritos, pero reconocidos por el Decreto Ley N° 2.603, de 1979 y por el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República.”

Esta noción trae como consecuencia el hecho de que la mayoría de los casos en los cuales se probó la existencia de uso de las aguas por terceros vinculados al solicitante por títulos traslativos de dominio, tuvo como resultado la regularización de los derechos de aprovechamientos de aguas¹¹¹. Es decir, con el mero hecho de probar el uso de las aguas, hasta por un tercero, pero con el cual se tiene alguna conexión proveniente de títulos traslativos, desde entrada en vigencia el Código de Aguas, más que dichos usos hayan sido libres de clandestinidad o violencia y sin reconocer dominio ajeno por más de cinco años, se da paso a toda regularización solicitada, rechazándose oposiciones interpuestas por terceros afectados por dicha regularización.

De esta forma, esta visión de los derechos reconocidos trae aparejada una serie de justificaciones a diferentes situaciones poco equitativas, como lo son la entrega de derechos de aprovechamiento sin tener en consideración el criterio de razonabilidad y realidad, permitiendo y justificándose, en ciertas ocasiones, perjudicar a terceros, al no realizarse una ponderación relativa a la existencia real del bien hídrico y sus diferentes usos.

Ante esta crítica, se podría considerar que quién detenta las facultades de considerar esos criterios a la hora de hacer entrega de derechos de aprovechamiento es la Dirección General de Aguas, quién bajo el artículo 62 del Código de Aguas puede establecer reducciones en el ejercicio de sus derechos. Sin embargo, al existir deficiencia en el cumplimiento de dicha potestad, corresponde a los Tribunales de Justicia reestablecer el imperio del derecho.

Además, hay que tener en cuenta que varios de los solicitantes de reconocimiento de derecho de aguas corresponden a empresas, y aún bajo el déficit legal sobre jerarquización en los usos de las aguas, puede fundarse la ponderación correspondiente a los caudales entregados, en principios de equidad y realidad, los cuales son principios fundamentales en nuestro sistema jurídico.

Las concepciones más importantes que justifican, al final del día, situaciones poco equitativas y que podrían llegar a considerarse injustas o contra las nociones de protección a un bien tan importante como el agua, son:

¹¹¹ Ver Anexo del presente trabajo, tabla A.

- a. La consideración de que la existencia de previa del derecho justifica la entrega del caudal solicitado, aún cuando existe Decreto de la DGA que establece la prohibición de nuevas explotaciones, por agotamiento de la cuenca: acá, la Corte ha establecido que los derechos reconocidos son previos a todo decreto de la DGA, por lo que no pueden afectarlos en tanto a su inscripción como reconocimiento jurídico de su ya existencia.
- b. La consideración de que no le son aplicables los artículos 22 y 141 del Código de Aguas, relativos a la afectación a terceros, por ser artículos concernientes a la constitución de derechos de aprovechamiento de agua, más no aplicables a derechos reconocidos.

Uso personalísimo de las aguas para su reconocimiento: teoría vigente desde el 2014.

Luego de esa corriente jurisprudencial, la Corte Suprema, a partir del 2014, comienza una nueva noción sobre el requisito de utilización de las aguas, estimando como requisito necesario, la utilización personal de las aguas de quien solicita la regularización, desde antes de la promulgación del actual Código de Aguas.

Parece un cambio jurisprudencial radical, y lo es. Sin embargo, no es que dichos argumentos pertenecieran a una corriente completamente nueva, sino que se deslumbran, por lo menos, desde la década pasada, por quienes solicitaban el rechazo de la regularización de derechos del solicitante, es decir, de los opositores. Ejemplo de esto, es el fundamento del recurso de casación en el fondo de ENDESA, en la causa caratulada “Agrícola Victoria S.A con ENDESA”¹¹², los cuales fueron resumidos en la sentencia de la Corte Suprema, en sus considerandos 1º y 2º: “1º) Que por el presente recurso se denuncia, en primer lugar la vulneración al inciso segundo del artículo 2º transitorio del Código de Aguas, argumentándose que la sentencia atacada desatiende su verdadero sentido y alcance y desconoce su tenor literal. Se sostiene que, a causa de este error, los sentenciadores no han exigido al solicitante las siguientes condiciones: que las aguas cuya regularización expide, se hubiesen utilizado a la época de entrada en vigencia del Código de Aguas, esto es, al 29 de octubre de 1981, y que, además, a la fecha en que entró a regir la aludida disposición transitoria, el usuario debía tener cinco años de uso personal e ininterrumpido de las referidas aguas. Expone el recurrente que, en la especie, el solicitante no cumple estas condiciones ya que adquirió el predio que se

¹¹² Sentencia Corte Suprema, causa Rol N°5.342-2006, dictada el 27 de diciembre de 2007.

pretende regar con las aguas cuya regularización discute, en 1982 sin que sea procedente agregar usos anteriores de las aguas, efectuados por anteriores dueños del predio;

2°) Que, en seguida, alega el recurrente la infracción de las normas de interpretación de la ley contenidas en el Código Civil y concluye, en síntesis, que aplicando los cuatro elementos de interpretación, la regla del inciso segundo del artículo 2° del Código de Aguas resulta clara en cuanto estatuyó que ella es aplicable al procedimiento regularizador si concurren todos los requisitos del inciso primero. En el mismo orden de ideas, añade que la norma transitoria en estudio fue creada por el legislador para situaciones temporales de corta duración, específicamente las surgidas con la entrada en vigencia de la nueva legislación. No se trata, así de una norma ideada para regir nuevas, sino situaciones del pasado.

Por lo anterior, insiste, -continúa? quien pretenda regularizar el uso del recurso, debe haber estado utilizando las aguas a la entrada en vigencia del Código, esto es, a la época en que dicha norma transitoria comenzó a regir, 29 de octubre de 1981 y tener entonces cinco años de uso personal e ininterrumpido;”

El argumento central de esta teoría recae, en que el artículo utilizado para la regularización de derechos consuetudinarios de aguas tiene el carácter de transitorio, lo que genera la imposibilidad de poder reclamar su utilización más de 30 años después, por terceros que no hacían uso de dichas aguas al momento de crearse dicha normativa. Este es repetido en variadas sentencias de la Corte posteriores al 2014, como es en el caso de la causa caratulada “Inversiones de la Cerda Olivo Limitada con Endesa”¹¹³, considerandos décimo tercero y décimo cuarto: “DÉCIMO TERCERO: 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.

DÉCIMO CUARTO: Que 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.”

¹¹³ Sentencia Corte Suprema, Rol N° 16.572-2014, fallada con fecha 4 de diciembre del 2014. Estos se repiten en: causa Rol N° 996-2015, considerandos décimo tercero y décimo cuarto, fallada el 9 de noviembre del 2015; causa Rol N° 6.339-2015, considerando décimo y décimo primero, fallada el 10 de diciembre del 2015; causa Rol N°13.706-2015, considerandos undécimo y décimo tercero, falla el 11 de enero del 2016; entre otras.

Es debido a esta noción que la Corte procede a rechazar la mayoría de las solicitudes de regularización, acogiendo algunas conforme a la teoría de suma de posesiones (solo 3), debido a la composición del tribunal, y los otros, por ser comunidades indígenas.

Esto es relevante, ya que la crítica central del profesor Vergara Blanco recae en que este cambio jurisprudencial atenta contra el principio de igualdad. Sin embargo, al revisar ambas situaciones se pueden argumentar de manera somera y coherente dicho zigzag:

1. En primer lugar, y respecto a 3 casos donde la jurisprudencia adopta la postura jurisprudencial correspondiente al primer período, y donde los solicitantes no son indígenas, se llega a la conclusión que es un hecho de mera composición de la Corte. Esto porque, al revisar la historia de dicha composición, nos encontramos con sistemáticos votos disidentes que serían determinantes en esta minoría de casos. Así, por ejemplo, la Ministra Egnem, muestra en varias sentencias correspondientes a este período jurisprudencial su voto disidente con la concepción de uso personalísimo (causa Rol N°996-2015, N°13.706-2015, N°10.769, N°10.293-2015, etc), por lo que no es sorpresa que se encuentre en el listado de Ministros integrantes de las tres sentencias que acogen de manera paralela, sin ser comunidades indígenas, las solicitudes de regularización en razón de la teoría de la suma de posesiones. Lo mismo se logra ver con el Ministro Sergio Muñoz, el cual muestra el mismo tipo de voto disidente en las causas Rol N° 47.597-2016 y 38.826-2015.

De esta forma, se podría reclamar la inseguridad jurídica que se provoca por la falta de lineamiento de los jueces que componen la Corte, sin embargo, dicho problema es uno existente no solo en esta materia, sino en nuestro sistema judicial actual, teniendo en consideración que los jueces son seres humanos y tienen la libertad de concluir, a través de una correcta fundamentación, diferentes interpretaciones de las normas jurídicas de nuestro sistema.

2. Respecto de la segunda consideración, se pasará a revisar de manera somera en el subcapítulo siguiente.

Subcapítulo 2: Argumentación de la Corte Suprema referente a las solicitudes de comunidades indígenas lo largo de ambos períodos jurisprudenciales.

El profesor Vergara Blanco¹¹⁴, en su crítica al cambio jurisprudencial establecido por la Corte Suprema desde el año 2014, comenta sobre la supuesta existencia de “resultados pro

¹¹⁴ VERGARA BLANCO, A. Regularización de derechos consuetudinarios de aguas: Crítica a la jurisprudencia vacilante de la Corte Suprema. Revista Estudios Públicos. 151: 59-122, p.65. Invierno 2018.

indígenas”, mediante la cual la Corte “se muestra siempre protectora”, lo que sería “curioso, pues existen Ministros que sólo para el caso de los indígenas variaron su criterio. Pero este modo larvado de construir jurisprudencia no parece adecuado, pues en este tipo de casos no hay razón alguna para romper la igualdad ante la ley, debiendo dar el mismo trato jurisprudencial a todos los ciudadanos.”¹¹⁵

Es ante estas aseveraciones que se revisaron las sentencias de la Corte Suprema mencionadas por el profesor Vergara, las cuales datan desde el año 2003 hasta el año 2018, y las falladas de manera posterior a dicho trabajo.

Al analizar dichas sentencias, y teniendo en consideración la normativa indígena mencionada en el capítulo anterior -la cual está basada en el principio de igualdad entre los diferentes-, se concluye que la aseveración realizada por el Profesor, no puede ser considerada como cierta, porque, en primer lugar, también se ve el cambio de jurisprudencial en algunas sentencias posteriores al 2014, pero el resultado se encuentra diferenciado por la aplicación de normativa especial aplicable a estos pueblos; en segundo lugar, es clave la noción de uso inmemorial de las aguas basado en la interpretación del artículo 64 de la Ley Indígena, ya que es el fundamento principal de la Corte; en tercer lugar, no pueden aplicarse de la misma forma derechos que se consideran como personalísimos a casos donde el derecho corresponde a uno colectivo; y por último, de ellas se pueden visualizar las lógicas reparadoras y de protección, teniendo en consideración que estos pueblos son pueblos cuyos derechos han sido vulnerados de manera sistemática, y que requieren de la aplicación de criterios de equidad para poder considerarse en situaciones de igualdad con otros ciudadanos.

Todo lo anterior subyace a la existencia y ratificación del Convenio 169 de la OIT como a la existencia de la Ley Indígena, siendo ambas normativas que deben ser respetadas por los correspondientes jueces en el ejercicio de su labor.

Todos los argumentos anteriormente mencionados, pasan a repasarse de manera somera a continuación.

1. Las sentencias muestran cambio jurisprudencial, pero el resultado difiere de otras situaciones por la aplicación de normativa especial a lo largo de los años.

Las nociones jurisprudenciales a lo largo de las dos últimas décadas también se ven reflejadas en las sentencias sobre regularización de derechos consuetudinarios de aguas de comunidades indígenas, lo que queda al descubierto al comparar, por ejemplo, la sentencia

¹¹⁵ Ibid., p. 110.

de la causa “Comunidad Atacameña Toconce con Essan S.A.”¹¹⁶ con la sentencia “Comunidad Indígena Atacameña de Toconce con Sociedad Química y Minera S.A. y otros”¹¹⁷, siendo la primera dictada en el año 2003, y la segunda, en el año 2018.

En la primera, la Corte es clara al enunciar que los derechos reconocidos difieren de los concedidos, estos existen, pero requieren de regularización para alcanzar certeza jurídica y que estos se encuentran protegidos por el art. 7 del DL N° 2.603 y el art. 19 n° 24 inc. final de la Constitución Política de la República. Es fundamental para esta sentencia el art. 3 transitorio de la Ley N° 19.253¹¹⁸, ya que por medio de esta se declara la propiedad ancestral de la comunidad solicitante, y por tanto, se acoge la regularización: “Cuarto: Que, conforme a lo antes anotado, los jueces recurridos claramente señalaron que el procedimiento contemplado en el artículo 2° transitorio del Código de Aguas, en el caso de que se trata, no tiene por finalidad constituir derechos de aprovechamiento, sino únicamente regularizarlos e inscribirlos. Por esta razón determinaron que la demandante era dueña ancestral de los derechos de agua cuestionados, vale decir, propietaria en virtud de texto expreso de ley, por así disponerlo el artículo 3° transitorio de la ley N°19.253”¹¹⁹. Por su parte, la segunda sentencia, la Corte es guiada por la segunda línea jurisprudencial, correspondiente a la necesidad de uso personalísimo, al establecer en su considerando 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.”.

Sin embargo, son las normas especiales para pueblos indígenas las que permiten que se acoja la solicitud de regularización, tal como lo muestra el considerando 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.

¹¹⁶ Sentencia Corte Suprema, causa Rol N° 986-2003, fallada el día 22 de marzo del 2004.

¹¹⁷ Sentencia Corte Suprema, causa Rol N° 44.255-2017, fallada el día 2 de agosto del 2018.

¹¹⁸ “Artículo 3°.- La Corporación realizará, en conjunto con el Ministerio de Bienes Nacionales, durante los tres años posteriores a la publicación de esta ley, un plan de saneamiento de títulos de dominio sobre las tierras aimaras y atacameñas de la I y II regiones, de acuerdo a las disposiciones contenidas en el párrafo 2° del Título VIII. Igualmente, la Corporación y la Dirección General de Aguas, establecerán un convenio para la protección, constitución y restablecimiento de los derechos de aguas de propiedad ancestral de las comunidades aimaras y atacameñas de conformidad al artículo 64 de esta ley.”

¹¹⁹ Considerando cuarto, sentencia Corte Suprema, causa Rol N° 986-2003, fallada el día 22 de marzo del 2004.

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.”; lo cual es complementado por el considerando noveno: “(...)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 (...)”

A esto se le agrega que, bajo la línea jurisprudencial de uso personalísimo, los opositores a las regularizaciones han tratado de basar su postura en el hecho de que la comunidad indígena fue constituida con relativa contemporaneidad¹²⁰. Ante estos argumentos, los informes de la Conadi o antropológicos independientes son determinantes para considerar el “uso ancestral de las comunidades”. Así, al comprobar el asentamiento de la comunidad de un pueblo indígena en las tierras beneficiadas por las aguas cuyos derechos se buscan regularizar, la Corte considera que el uso de dichas aguas es anterior a cualquier otro, por lo que, no puede denegarse la solicitud.

¹²⁰ Este argumento es reiterado en varias sentencias de la Corte Suprema, tales como: causa Rol N°45.848-2016, caratulado “Díaz Farías Luis y otros con Comunidad Indígena de Mulluri”, considerando octavo; causa Rol N° 42050-2017, caratulado “Comunidad Indígena Atacameña de Caspana con Sociedad Química y Minera de Chile S.A. y otra”, considerando sexto.

Esta interpretación tiene bastante sentido, si además le se agrega el hecho de que la Ley indígena, que permitió la creación de comunidades indígenas como sujetos de derechos colectivos establecidos en dicha ley, fue promulgada a fines de septiembre de 1993. Así, no podría alegarse la inexistencia de la comunidad como argumento a la falta de uso de las aguas a la fecha de la promulgación del Código de Aguas, toda vez que la creación legal de las mismas es el reconocimiento de su existencia ancestral; como tampoco podría alegarse la adquisición posterior de los terrenos beneficiados con los derechos, porque dicha adquisición subyace a las lógicas de reparación, en donde se busca la recuperación de los territorios de las comunidades como punto central de su cosmovisión y de realización de sus formas de vida.

Es decir, no se puede alegar que las tierras beneficiadas fueron adquiridas con posterioridad a la promulgación del Código de Aguas, como tampoco que la existencia de la comunidad es relativamente actual, ya que la ley indígena data recién de finales de 1993, y en ella se contempla recién formas de organización a través de comunidades, cumpliendo con ciertos requisitos legales, además de planes de recuperación de tierras y aguas en los lugares donde se encontraban situados estos pueblos.

Así, reconocer que el uso de las comunidades de las aguas es anterior a todo otro derecho es una forma de interpretar la ley indígena acorde a la intención del legislador: reparar y devolver lo que el Estado, como eje colonizador, les había quitado.

De esta manera, la base de la argumentación de la Corte a lo largo de las últimas décadas es la existencia de normativa especial de protección de las comunidades, no siendo verdaderamente relevante para el resultado la interpretación sobre si el uso de las aguas debe ser o no personal.

Así se logra ver en otras sentencias, como es el caso de “Agua mineral Chusmiza SAIC con Comunidad Indígena Aymara de Chusmiza Usmagama”¹²¹ y el caso más actual, de “Huanca Alave, Martín con Dirección General de Aguas”¹²². En el primero, la Corte en su considerando séptimo y octavo, realizan un examen exhaustivo de la legislación aplicable, tomando en consideración el art. 64 y 65 de la Ley N° 19.253 como base para la regularización de los derechos de aprovechamiento de aguas solicitado, teniendo en cuenta, para su interpretación, el mensaje del ejecutivo en el proyecto de ley, en el cual se establece como razón principal de

¹²¹ Sentencia Corte Suprema, causa Rol N° 2.840-2008, fallada el día 25 de noviembre del 2009, considerando séptimo y octavo.

¹²² Sentencia Corte Suprema, causa Rol N° 14.162-2019, fallada el día 12 de Febrero del 2020.

este párrafo la escasez hídrica vivida en el norte del país y la necesidad de entregar las herramientas necesarias para el desarrollo de las comunidades indígenas. A esto se le suma la integración del Convenio 169, particularmente sus artículos 15.1 y 13.2 y el art. 3 transitorio de la Ley Indígena.

Por su parte, en el segundo caso, la Corte hace un razonamiento parecido, invocando tanto las normas de la Ley indígena como del Convenio 169, para luego concluir, en su considerando décimo: “Que las normas transcritas permiten concluir que la ley contempla la existencia de usos ancestrales por personas pertenecientes a los pueblos originarios, que de forma colectiva o individual – esto último, siempre en tanto miembros de una comunidad – ejercen un derecho consuetudinario que es reconocido por el legislador.

En este orden de ideas, de la sola lectura de la sentencia recurrida fluye que no razona en torno a ese uso ancestral alegado por los actores y la influencia que la normativa específica que lo rige tiene sobre el análisis que se haga, en relación al cumplimiento de los presupuestos requeridos por el artículo 2º transitorio del Código de Aguas, para la regularización de derechos de aprovechamiento por parte de personas pertenecientes a pueblos indígenas. Por el contrario, manifiesta que la utilización de las aguas no ha sido acreditada, en circunstancias que ella se encuentra reconocida, protegida y regulada de manera especial.”

En conclusión, la Corte a lo largo de las últimas décadas ha reconocido su deber legal de protección de las aguas declaradas por las mismas leyes como indígenas, sin motivar significativamente el resultado de la decisión la visión jurisprudencial del requisito número 1º del art. 2 transitorio del Código de Aguas, sino, más bien, siendo la aplicación de la Ley Indígena y Convenio 169 de la OIT los puntos relevantes en su fundamentación. A esto se le agrega, además, que la aplicación del Convenio 169 de la OIT en la mayoría de las sentencias trae aparejado otra normativa internacional importante: el artículo . 5.1 del Convenio N° 111 de la OIT, donde se declara expresamente que toda convención o medida afirmativa acordada por esta institución no puede ser vista como discriminatoria.

2. El uso ancestral de los pueblos.

La Corte hace alusión de manera reiterativa y como punto central de la controversia la ocupación ancestral del territorio y/o al uso ancestral o inmemorial de las aguas¹²³, utilizándose

¹²³ La Corte es bastante reiterativa en los casos de comunidades indígenas, estableciendo como argumento principal el uso inmemorial de las aguas, como hecho establecido de manera rígida en el artículo 64 de la Ley Indígena. Conforme a esto, accede a las solicitudes con la revisión de los informes realizados por Conadi y los peritajes antropológicos que determinan el uso de los territorios por parte de los antecesores de las comunidades solicitantes. Además, es importante recordar que la Corte interpreta la palabra “terreno” de manera amplia -como si fuera “territorio”-, accediendo a la regularización de las aguas aún cuando estas no se encuentran dentro del

el artículo 64 de la Ley Indígena como norma que entrega el reconocimiento expreso y legal de la correspondencia de las aguas solicitadas en caso de las comunidades indígenas del norte, teniendo los jueces que respetar dicha aseveración normativa.

La frase “uso inmemorial de las aguas” es una que se repite a lo largo de todas las sentencias de comunidades indígenas del norte revisadas, sin expresar de manera somera el significado de la misma, pudiendo deducirse que lo que trata de decir la Corte corresponde al uso previo a todo otro uso, ya que data de tiempos precolombinos o pertenecientes a la colonia.

Es mediante esta argumentación que la Corte logra asentar el principio de reparación y protección a estas comunidades, reconociéndoles como primeros habitantes y quienes usaron antes que cualquier otro las aguas solicitadas.

3. No pueden aplicarse de igual forma lógicas de derechos personalísimos a derechos colectivos

Por otra parte, parece del todo incorrecto tratar de equiparar situaciones que son jurídicamente diferentes, esto porque, los casos a comparar son los de comunidades indígenas y los de personas jurídicas o naturales que solicitan regularización, cuando los derechos de los primeros tienen un carácter colectivo y el otro, uno individual.

Los derechos colectivos, son los llamados derechos de “tercera generación”, por ser posteriores a los derechos civiles y políticos (primera) y derechos económicos, sociales y culturales (segunda).

Los derechos colectivos son introducidos por el Convenio 169 de la OIT, y en ellos “se reconoce que el ejercicio de ciertos derechos solo puede entenderse en una perspectiva colectiva cuando nos encontramos ante pueblos indígenas.

Para entender correctamente el tema de los derechos colectivos es preciso distinguir entre derechos humanos que fructifican en sociedad o que requieren de la sociedad para ejercerse (por ejemplo, derecho a voto) y los derechos cuyo titular es un colectivo (por ejemplo, autodeterminación). Los primeros claramente están protegidos por el sistema de derechos

predio beneficiado, como es en el caso caratulado “Agua mineral Chusmiza SAIC con Comunidad Indígena Aymara de Chusmiza Usmagama”, considerando séptimo, el cual versa: “no resulta acorde con el espíritu de la ley – Ley Indígena- ni con el instrumento internacional aludido – Convenio 169 OIT-, restringir la presunción sólo a las aguas que escurren en terrenos de propiedad de la comunidad, sino que, tal como lo hicieron los jueces del grado, los términos “terrenos de la comunidad” deben interpretarse en consideración al objetivo final buscado por la norma, cual es garantizar el abastecimiento de las aguas y que es precisamente lo que pretende la comunidad peticionaria, lo que por cierto es coherente con entender que la protección alcanza a todas las aguas que se emplazan en los territorios que, desde tiempos precolombinos, han sido ocupados o utilizados de alguna manera por las comunidades beneficiadas.”

humanos tradicional; los segundos, constituyen el cambio de paradigma que introduce el Convenio.”¹²⁴

De esta manera, los derechos colectivos son ejercidos por una comunidad en su conjunto; es decir, son titulares de estos derechos una colectividad o conjunto de personas, más no los individuos que las componen, en tanto, este tiene derechos individuales propios de las personas, los que difieren de los derechos propios de la colectividad de la que participa.

Dentro de estos derechos colectivos caerían los casos de regularización de derechos de aguas, ya que como comunidad (pueblos) requieren de este elemento para poder llevar a cabo la vida según su propia cosmovisión, teniendo entre ellos una forma de organización para los usos individuales. Estos se encuentran protegidos por el mismo Convenio 169, tal como se mencionó en el capítulo anterior, en sus artículos 13 y 15.

Este punto es relevante, toda vez que se hace ver el Ministro Sergio Muñoz, en su prevención en la Sentencia causa Rol 44.255-2017, donde comenta que no comparte el fundamento de la necesidad de uso personalísimo de las aguas para acceder a su regularización, ya que la única exigencia que establecería la ley sería de el uso hídrico cinco años antes desde la publicación del Código de Aguas de manera ininterrumpida, pudiéndose anexar los usos de los antecesores del solicitante, “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.”¹²⁵

De esta manera, no podría compararse la situación de uso de una línea jurisprudencial sobre otra en casos de comunidades indígenas.

Sin embargo, antes de concluir, es importante hacerse responsable de un punto importante, y es que no siempre son las comunidades las que solicitan la regularización, sino que lo son personas naturales, provenientes de una comunidad, a título personal, como es en el caso de la causa “Huanca Alave, Martín con Dirección General de Aguas”¹²⁶. Este punto es relevante,

¹²⁴ NASH, C., NÚÑEZ, C. y BUSTAMANTE, M. Derechos Humanos y pueblos indígenas en Chile. Análisis jurisprudencial para procesos de consulta en el marco del Convenio 169 de la OIT. Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile. 2014. P.9. [en línea] <<http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/142688/derechos-humanos-y-pueblos-indigenas-en-chile%20pdf.pdf>>

¹²⁵ Sentencia Corte Suprema, caratulada “Comunidad indígena Atacameña Toconce con S.Q.M y Aguas Antofagasta”, causa Rol N° 44.255-2017, fallada el día 2 de agosto del 2018, parte resolutive del fallo.

¹²⁶ Sentencia Corte Suprema, causa Rol N° 12.988-2019, fallada con fecha 12 de febrero del 2020, donde los solicitantes son: Martín Huanca Alave, Evaristo Huanca Cruz, Alejandro Huanca Blas, Luis Huanca Villalobos y Claudio Huanca Blas integrantes de la Comunidad Indígena Histórica y Sucesorial del Pueblo Aymara en la localidad de Tiacolpa.

porque la misma ley lo permite y es algo que puede generar bastantes problemas dentro de sus comunidades, ya que la petición a nivel de comunidad permite una forma de organización según sus propias normas comunitarias, no así en los casos de solicitudes particulares.

Un segundo problema subyace a los casos en donde existe más de una comunidad indígena en el territorio de un pueblo, por ejemplo. De esta manera, en lugares donde existía en el pasado una convivencia colectiva determinada por reducciones establecidas en el período de la conquista y posterior colonia, ahora conviven diferentes grupos que buscan hacer valer sus derechos, generando que, por ejemplo, sea una sola comunidad la que detente los derechos de agua del lugar. Este problema tiene su raíz en la Ley indígena y la forma de imposición de nuevas formas de organización que no eran las existentes.

4. Deber de aplicar criterios de equidad en casos de comunidades indígenas

Las sentencias de la Corte, en este sentido, pueden interpretarse como una forma de reconocimiento al uso de las aguas por parte de estas comunidades, reconociendo el asentamiento previo de las mismas en el territorio que hoy es Chile. Además, a esta misma lógica, subyace la lógica reparativa, mediante la cual se intenta devolver parte de lo hurtado, entregándoles mayores posibilidades de vida según sus concepciones tradicionales .

Conclusiones

Después de lo analizado en los capítulos anteriores, se puede llegar a las siguientes preposiciones como conclusiones el trabajo:

1. Los resultados favorables en casos de regularización de derechos de aprovechamiento de aguas de comunidades indígenas, en contraposición a resultados desfavorables por parte de personas no indígenas, no pueden verse como atentatorios al principio de igualdad ante la ley, porque existe normativa especial que regula los casos de comunidades indígenas, en relación con sus territorios y recursos naturales, la cual deben observar y aplicar los poderes del Estado, especialmente el Poder Judicial. Dicha normativa tiene lugar tanto a nivel internacional, con el Convenio 169 de la OIT, ratificado por Chile e integrado a nuestro sistema normativo a través del artículo 5 inciso 2º de la Constitución Política de la República, no pudiéndose alegar como discriminatorias las acciones afirmativas que en él se encuentren por expreso mandato del artículo 5.1 del Convenio 111 de la misma organización internacional; como en sede nacional, a través de la Ley Indígena, la cual entrega especial protección de las aguas de las comunidades del norte del país, como forma de reparación, restitución y protección a las formas de vida de dichos pueblos. Además, es relevante recordar que los derechos de las comunidades indígenas son de carácter colectivo, por lo que parece improcedente poder establecer un uso “personalísimo” a una colectividad que carece de designación personal específica.
2. La existencia de casos paralelos de regularización de derechos de aprovechamiento por medio de la teoría de suma de posesiones durante el período jurisprudencial del 2014 a la actualidad y en donde no existen como solicitantes comunidades indígenas, se debe principalmente a la composición de la Corte. Esto porque, a lo menos dos de los ministros integrantes habían mostrado sus posturas disidentes con la nueva línea jurisprudencial, de manera continua y sistemática, por lo que la composición del tribunal por una minoría de los propulsores de la nueva doctrina puede traer como resultado estos problemas. A esto se le agrega que la jurisprudencia dominante en la actualidad es una postura existente desde la primera línea jurisprudencial, como muestra de una lucha doctrinal entre ambas interpretaciones, lo que es propio de un mundo de avances y de diversidad de opiniones.
3. Es bueno pensar la nueva línea jurisprudencial como una forma de aplicación de criterios de razonabilidad y realidad, ya que por medio de la primera línea jurisprudencial se dio paso a la regularización de derechos de aguas por caudales muy

altos, como es en las causas “Agrícola Victoria S.A con ENDESA”¹²⁷ y “Sociedad Agrícola Pangué con DGA”¹²⁸, donde se accede a regularización de derechos de aprovechamiento de aguas por la cantidad de 497 l/s y 479 l/s, respectivamente. Es mediante la noción de que estos derechos existen previos a cualquier otro, que se entregan derechos de aprovechamiento, incluso obviando la existencia de restricciones en ciertas fuentes, lo que no solo es irresponsable, sino que además, contribuye a la crisis hídrica y a problemas correspondientes a la sobreexplotación de las cuencas.

4. La aplicación del artículo 64 de la Ley Indígena por parte de la Corte es determinante en los casos revisados, sin embargo, dicho artículo es de carácter especialísimo, y deja fuera a las comunidades indígenas de la zona central y sur. Este tipo de diferenciación, entre “iguales”¹²⁹ podría considerarse como atentatorio contra el principio de igualdad ante la ley, ya que no existe una justificación razonable para dicha diferenciación, teniendo en cuenta que el artículo fue creado debido a la escasez hídrica que siempre ha caracterizado a la zona norte, pero que hoy azota a todo nuestro país. Así, aún cuando el problema de la crisis hídrica es más un problema de sistema de gestión de las aguas que cualquier otra cosa, parece de todo descabellada que se proteja de manera tan profunda las aguas del norte, más no las de la zona centro y sur, cuando es conocida la relación que tienen todos estos pueblos, tanto con sus tierras, como con los recursos naturales que se detentan en ellas.

¹²⁷ Sentencia Corte Suprema, Rol N° 5.342-2006, fallada con fecha 27 de diciembre del 2007.

¹²⁸ Sentencia Corte Suprema, Rol N° 1.689-2009, fallada con fecha 28 de julio del 2011.

¹²⁹ Se podría decir que son iguales ya que todas ellas comparten el hecho de ser pueblos anteriores a la conquista y colonia; han sufrido la vulneración de sus derechos ancestrales, primero por los colonos, y luego, por el Estado; y, hoy se encuentran de igual manera todos complicados por la crisis hídrica que azota a nuestro país.

ANEXO: Listado de sentencias revisadas

A. Sentencias período 2003 a 2014: suma de posesiones

Rol	Caratulado	Resultado	Composición del Tribunal
986-2003	Comunidad Atacameña Toconce con Essan	Acoge solicitud de regularización.	Ministros: Benquis, Álvarez, Marín (redactor), Medina; abogado integrante: Carrasco
1084-2004	Espinoza con Endesa	Acoge solicitud de regularización.	Ministros: Marín (redactor), Benquis, Pérez, Álvarez y Medina
4157-2005	Carbone Salinas con Comunidad de Aguas Canal de Azapa	Acoge solicitud de regularización.	Ministros: Juica, Gálvez, Fiscal judicial Maldonado; Abogados integrantes: Álvarez y Castro (redactor)
5342-2006	Agrícola Victoria S.A con Endesa	Acoge solicitud de regularización.	Ministros: Gálvez, Carreño, Araneda (redactora); Abogados integrantes: Castro y Gómez.
313-2008	Sociedad Agrícola Forestal Los Olivos Ltda. con DGA	Acoge solicitud de regularización	Ministros: Brito, Carreño, Oyarzun, Araneda; Abogado integrante: Chaigneau (redactor)
2840-2008	Agua Mineral Chusmiza S.A.I.C. con Comunidad Indígena Aymara de Chusmiza Usmagama	Acoge solicitud de regularización.	Ministros: Segura, Rodríguez (redactor), Ballesteros, Dolmestch; Abogado integrante: Bates.

7410-2008	Garrido Aedo, Luis Alberto con DOH	Acoge solicitud de regularización.	Ministros: Rodríguez, Ballesteros, Dolmestch, Künsmüller; Abogado integrante: Chaigneau
1689-2009	Sociedad Agrícola Pangue con DGA	Acoge solicitud de regularización.	Ministros: Rodríguez, Ballesteros, Dolmestch (redactor); Abogados integrantes: Bates y Lagos
654-2009	AES Gener con DGA	Acoge solicitud de regularización.	Ministros: Segura, Rodríguez (redactor), Ballesteros, Dolmestch y Künsmüller
2315-2011	Agrícola Santa Lucía Ranch Ltda. con Endesa	Acoge solicitud de regularización	Ministros: Segura, Araya, Silva y Maggi; Abogado integrante: Prieto (redactor)
7381-2011	Sucesión Pastén Huerta con DGA	Acoge solicitud de regularización	Ministros: Segura, Araya, Silva, Fuentes; Abogado integrante: Vial del Río (redactor)
1442-2012	Sociedad Agrícola El Piedrero con Endesa	Acoge solicitud de regularización	Ministros: Segura (redactor), Silva, Araya; Abogados integrantes: Prieto y Lecaros Zegers.
9197-2011	Empresa Eléctrica del Norte Grande con Empresa de Aguas del Altiplano	Acoge solicitud de regularización	Ministros: Segura, Araya, Silva, Maggi; Abogados integrantes: Lagos (redactor).

17241-2013	Development and Contracting Company S.A con DGA	Acoge solicitud de regularización	Ministros: Carreño (redactor), Ballesteros, Saldoval; Abogados integrantes: Baraona y Bates.
------------	---	-----------------------------------	--

B. Sentencias período 2014 a la actualidad: uso personalísimo

Rol	Caratulado	Resultado	Composición del Tribunal
16578-2014	Inversiones de la Cerda Olivo Limitada con Endesa	Se rechaza petición de regularización	Ministros: Ballesteros, Pierry, Sandoval; Abogados integrantes: Bates y Piedrabuena (redactor)
996-2015	Inversiones y Asesorías FTN Limitada con Endesa	Se rechaza petición de regularización	Ministros: Sandoval, Egnem, Pierry; abogados integrantes: Prado (redactor) y Quintanilla
6339-2015	Vidal González, Francisco con Endesa	Se rechaza petición de regularización	Ministros: Sandoval, Silva Aránguiz, Pierry; Abogado integrante: Pizarro (redactor)
13706-2015	Rojas Gil con Dirección General de Aguas	Se rechaza petición de regularización	Ministros: Sandoval, Egnem, Pierry (redactor); Abogado integrantes: Prado y Quintanilla.
10769-2015	Agrícola Alianza S.A con Endesa	Se rechaza petición de regularización	Ministros: Sandoval, Aránguiz, Egnem (voto disidente), Valderrama;

			Abogado integrante: Pizarro (redactor)
10293-2015	Rivera Cerda, Miguel con Endesa	Se rechaza petición de regularización	Ministros: Sandoval, Aránguiz (redactor), Egnem (voto disidente), Pierry; Abogado Integrante: Rodríguez.
19686-2015	Puerto Terrestre Los Andes Sociedad Concesionaria Ltda. con DGA	Se rechaza petición de regularización	Ministros: Pierry, Sandoval (redactora), Aránguiz, Dahm; Abogada integrante: Prado.
15559-2015	Agrícola UAC Limitada con Guggiana Femenias, Raúl y otra.	Se rechaza petición de regularización	Ministros: Sandoval, Aránguiz, Egnem (redactora y voto disidente), Pierry; Abogado integrante: Quintanilla.
10582-2015	Agrícola y Comercial El Mirador S.A con DGA	Se rechaza petición de regularización	Ministros: Aránguiz, Egnem (redactora y voto disidente), Valderrama; Abogados integrantes: Lagos y Gómez.
3974-2015	Agrícola San Vicente Limitada con DGA	Se rechaza petición de regularización	Ministros: Sandoval, Aránguiz, Pierry; Abogados integrantes: Prado y Matus (redactor)
188-2016	Sociedad Agrícola La Italiana Limitada con DGA	Se rechaza petición de regularización	Ministros: Sandoval, Aránguiz, Pierry, Egnem (redactora y voto

			disidente); abogado integrante: Quintanilla.
47597-2016	Pérez Ulloa, Cecilia con DGA	Se rechaza petición de regularización	Ministros: Sandoval, Aránguiz, Egnem (voto disidente), Muñoz (voto disidente); abogado integrante: Quintanilla (redactor)
17089-2016	Amenábar Vives, Arturo con DGA	Se rechaza petición de regularización	Ministros: Sandoval, Aránguiz, Egnem (redactora y voto disidente), Valderrama; Abogado integrante: Lagos (voto disidente)
65410-2016	Syngenta S.A con Aguas del Altiplano S.A	Se rechaza petición de regularización	Ministros: Muñoz (prevención), Sandoval, Valderrama; Abogados integrantes: Lagos y Figueroa (redactor)
38826-2016	Chambe Salas, Elvira con Aguas del Altiplano	Se rechaza petición de regularización	Ministros: Sandoval, Aránguiz, Egnem (voto disidente) y Muñoz (voto disidente); Abogado integrante: Rodríguez (redactor)
2916-2017	Medina Maturana, Mario con DGA	Se rechaza petición de regularización	Ministros: Cerda, Muñoz, Valderrama (redactor); abogados integrantes: Lagos y Matus.

19124-2017	Zúñiga Lara, Marcela con DGA	Se rechaza petición de regularización	Ministros: Aránguiz, Brito, Egnem, Sandoval y Prado (redactor)
35661-2017	Soto Valdivia, Juan con Junta de Vigilancia del Río Maule		Ministros: Egnem (voto disidente), Prado (voto disidente), Sandoval; Abogados integrantes: Pizarro (redactor) y Rodríguez.

C. Sentencias falladas dentro del período 2016-2020, pero que siguen la primera línea jurisprudencial.

Rol	Caratulado	Resultado	Composición del Tribunal
37109-2015	Sociedad Agrícola El Por Venir S.A con DGA	Se acoge solicitud de regularización	Ministros: Carreño, Pierry (redactor y voto disidente), Silva, Egnem; Abogado integrante Gómez (voto disidente)
45848-2016	Díaz Farías Luis y otros con Comunidad Indígena de Mulluri	Se acoge solicitud de regularización	Ministros: Sandoval, Aránguiz (redactor), Muñoz, Valderrama; Abogado integrante: Quintanilla
95094-2016	Vera Urra, Patricio con DGA	Se acoge solicitud de regularización	Ministros: Sandoval (voto disidente), Aránguiz (voto disidente), Egnem y Muñoz; Abogado integrante: Prado (redactor)

36354-2017	Matta Pacheco, Olga con Aguas del Altiplano S.A	Se acoge solicitud de regularización	Ministros: Egnem, Fuentes, Muñoz; Abogados integrantes: Quintanilla (redactor) y Lagos.
44255-2017	Comunidad indígena Atacameña de Toconce con SQM y otros	Se acoge solicitud de regularización	Ministros: Sandoval (redactora) , Muñoz (prevención), Prado (voto disidente); Abogados integrantes: Quintanilla y Matus.
42050-2017	Comunidad Indígena Atacameña de Caspana con Sociedad Química y Minera de Chile S.A. y otra”	Se acoge solicitud de regularización	Ministros: Sandoval, Aránguiz, Prado; Abogados Integrantes Matus A. y Pallavicini M.
12988-2019	Huanca Alave, Martín con Dirección General de Aguas	Se acoge parcialmente solicitud de regularización.	Ministros: Muñoz, Dahm, Prado (voto disidente) y Vivanco ; el Ministro Suplente: Muñoz P.
12990-2019	Flores Flores, Cipriana con Junta de Vigilancia del Río Lluta y sus Tributarios	Se acoge solicitud de regularización	Ministros: Muñoz, Dahm, Prado (voto disidente, consistente en conocer el fondo y no casar de oficio) y Vivanco ; Ministro Suplente: Muñoz P.
14162-2019	Huanca Alave, Martín con Dirección General de Aguas	Se acoge solicitud de regularización	Ministros: Muñoz, Dahm, Prado P. (voto disidente) y Vivanco; Ministro Suplente: Muñoz P.

D. Sentencias Comunidades indígenas revisadas

Rol	Caratulado	Resultado	Composición del Tribunal
986-2003	Comunidad Atacameña Toconce con Essan	Acoge solicitud de regularización.	Ministros: Benquis, Álvarez, Marín (redactor), Medina; abogado integrante: Carrasco
2840-2008	Agua Mineral Chumiza SAIC con Comunidad Indígena Aymara Chumiza Usmagama	Acoge solicitud de regularización	Ministros: Segura, Rodríguez, Ballesteros, Dolmestch; Abogado integrante: Bates.
45848-2016	Díaz Farías Luis y otros con Comunidad Indígena de Mulluri	Se acoge solicitud de regularización	Ministros: Sandoval, Aránguiz (redactor), Muñoz, Valderrama; Abogado integrante: Quintanilla
44255-2017	Comunidad indígena Atacameña de Toconce con SQM y otros	Se acoge solicitud de regularización	Ministros: Sandoval (redactora) , Muñoz (prevención), Prado (voto disidente); Abogados integrantes: Quintanilla y Matus.
42050-2017	Comunidad Indígena Atacameña de Caspana con Sociedad Química y Minera de Chile S.A. y otra”	Se acoge solicitud de regularización	Ministros: Sandoval, Aránguiz y Prado; Abogados Integrantes: Matus y Pallavicini.

12988-2019	Huanca Alave, Martín con Dirección General de Aguas	Se acoge parcialmente solicitud de regularización.	Ministros: Muñoz, Dahm, Prado (voto disidente) y Vivanco; el Ministro Suplente: Muñoz P.
12990-2019	“Flores Flores, Cipriana con Junta de Vigilancia del Río Lluta y sus Tributarios”	Se acoge solicitud de regularización	Ministros: Muñoz, Dahm, Prado P. (voto disidente, consistente en conocer el fondo y no casar de oficio) y Vivanco; Ministro Suplente Muñoz P.
14162-2019	Huanca Alave, Martín con Dirección General de Aguas	Se acoge solicitud de regularización	Ministros: Muñoz, Jorge Dahm, Prado (voto disidente) y Vivanco ; Ministro Suplente: Muñoz P.

BIBLIOGRAFÍA

Anaya, James, “Los pueblos indígenas en el derecho internacional”, Editorial Trotta, Universidad Internacional de Andalucía, 2005, Parte I, capítulo 2; Parte II, capítulo 5.

Aylwin, José, Meza-Lopehandía, Marías y Yáñez, Nancy, “Los pueblos indígenas y el derecho”, LOM ediciones/Observatorio ciudadano, Santiago, 2013.

Bello, Álvaro y Aylwin, José, “Globalización, derechos humanos y pueblos indígenas”, Observatorio de los pueblos indígenas, Temuco, 2008.

Berraondo, Mikel, Pueblos indígenas y derechos humanos, Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006.

Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas, “Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas”, Santiago, 2008

Contesse, Jorge, “El convenio 169 de la OIT y el derecho chileno: Mecanismos y obstáculos para su implementación”, Ediciones Universidad Diego Portales, 2012.

Donoso Rodríguez, Sebastián, “Convenio N°169 de la OIT y aguas indígenas: implicancias en escenarios de escasez”, en Actas de Derechos de Aguas N°3, Universidad Católica de Chile, pgs 13-34, 2013.

Gajardo, Jaime, “Derecho y multiculturalismo: Un estudio comparado de la recepción normativa y perspectivas del multiculturalismo en Chile y Bolivia.”, Editorial Académica Española, 2015

Guzmán Alcalde, Alberto y Ravera Herrera, Ernesto, “Estudio de las aguas en el derecho chileno”, Ediciones jurídicas “La Ley”, 1993.

Museo Chileno de Arte precolombino, en línea: <http://www.precolombino.cl/culturas-americanas/pueblos-origenarios-de-chile/>

Nash, Claudio, Núñez, Constanza y Bustamante, Minda, “Derechos Humanos y pueblos indígenas en Chile. Análisis jurisprudencial para procesos de consulta en el marco del Convenio 169 de la OIT”, Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2014, en línea <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/142688/derechos-humanos-y-pueblos-indigenas-en-chile%20pdf.pdf>.

Nogueira Alcalá, Humberto. "El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas.", en Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, 2006, pgs. 799-831.

Observatorio ciudadano, "Las implicancias de la Ratificación del Convenio N°169 de la OIT en Chile", 2010.

Universidad de la Frontera. Instituto de Estudios Indígenas. "Los derechos de los pueblos indígenas en Chile: Informe del programa de Derechos Indígenas", Lom Ediciones, 2003, capítulos I, II y III

Vergara Blanco, Alejandro, "Regularización de derechos consuetudinarios de aguas: Crítica a la jurisprudencia vacilante de la Corte Suprema", en Estudios Públicos N° 151, 2018, pgs. 59 a 122.

Yáñez, Nancy, y Molina, Raúl, "Las aguas indígenas en Chile", Lom ediciones, 2011, capítulos I, III y IV.

Yáñez, Nancy y Molina, Raúl, "La gran minería y los derechos indígenas en el norte de Chile", LOM ediciones, Santiago, 2008.

Historia de la Ley N°19.253, en BCN: mensaje de presentación de proyecto. En línea: <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/3850/1/HL19253.pdf>