

CORTE DE APELACIONES DE IQUIQUE

IQUIQUE, nueve de abril dos mil ocho.-

VISTO:

Se reproduce la sentencia en alzada,
Y SE TIENE, ADEMÁS, PRESENTE:

PRIMERO:

Que en esta instancia los litigantes acompañaron los siguientes documentos:

1º) La parte apelante acompañó sendas copias de sentencias de la Excma. Corte Suprema, dictadas el 31 de mayo de 2006, agregada en fojas 977 a 979; y la dictada el 22 de marzo de 2004, causa rol N° 986-2003, rolante en fojas 1240 a 1250.

2º) La apelada las siguientes fotocopias simples:

a) Copias de sentencias dictadas por la Excma. Corte Suprema y Juzgados de Calama y Corte de Apelaciones de Antofagasta, relativos a derechos de aguas, rolantes a fojas 983 a 1061

b) Copia de la sentencia de fecha 31 de agosto de 2001, dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, relativa al Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, agregada en fojas 1116 a 1217,

c) Resolución N° 61/295 'Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas', del 61º Período de sesiones, agregado en fojas 1218 a 1229,

d) Original del libro 'Historia de la lucha por los derechos del agua de los pueblos Chusmiza y Usmagama', de Luis Carvajal Pérez, agregado en fojas 1062 a 1115

e) Artículo denominado 'Una odisea a los pies del Altiplano', relativo al caso de autos, agregado en fojas 1230 a 1233;

SEGUNDO:

Que esta Corte, como medida para mejor acierto del fallo, a fojas 1260, decretó la práctica de una inspección ocular a los terrenos en que se encuentra ubicada la vertiente o socavón de Chusmiza, y sus alrededores, designándose al efecto a los señores Ministros Erico Gatica Muñoz y Pedro Guiza Gutiérrez y como Ministro de Fe a doña Patricia Shand Scholz, Relatora de Pleno, y en la misma resolución se acordó solicitar a la Dirección General de Aguas, Regional Tarapacá, que remitiera una nómina de funcionarios con conocimientos técnicos para que asistieran a los jueces en la diligencia.

El día 12 de enero ppdo., a las 12,15 hrs se dio inicio a la diligencia de inspección ocular al valle donde se ubican los poblados de Chusmiza y Usmagama, en la que el Tribunal contó con la asesoría del Ingeniero Civil don Pedro Carril Blanco, de la Dirección General de Aguas, concurriendo además un grupo de pobladores integrantes de la Comunidad Indígena demandada, junto a su Abogado, doña Tamara Savé Bustos y el Ingeniero Agrícola don Jorge Araya Cadagán; por la actora concurrieron los siguientes abogados: don Gonzalo Arévalo Cunich, don Fernando Manterola Salas, don Mauricio Carrasco Cartes, don Guillermo Atria Barros y don Pablo Silva Paredes. Se puso término a la diligencia a las 16,10 hrs., ordenándose levantar acta de lo observado y de las apreciaciones efectuadas por las partes, documento agregado con citación en fojas 1267 a 1274, que no fue objetado;

SEGUNDO: Que en el artículo 19, N° 24, de la Constitución Política de la República, se reconoce como garantía fundamental 'El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales', y el inciso final del

numeral en comento agrega: ‘Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos;’. Por lo que debemos entender que el constituyente reconoce tanto los derechos de agua constituidos por acto de autoridad y también el proveniente del uso consuetudinario del recurso hídrico al utilizar la frase ‘derechos reconocidos de acuerdo a la ley’;

TERCERO: Que, dentro del marco constitucional señalado hay que ubicar la labor legislativa del Estado al dictar la Ley N° 19.253, que establece ‘Normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena’, entre las que figura el reconocimiento y protección de los recursos naturales que desde la época precolombina son utilizados por las comunidades indígenas andinas, quienes actúan y se sienten poseedores de derechos ancestrales sobre las aguas existentes en los terrenos en que se encuentran asentadas. La Ley en comento, en su artículo 3° Transitorio, le encomendó a la CONADI y a la Dirección General de Aguas establecer 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. Esta última norma citada en su inciso primero reza: ‘Se deberá proteger especialmente las aguas de las comunidades Aimaras 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.’ ;

CUARTO:

Que en el caso sub judice la ‘Comunidad Indígena de Chusmiza Usmagama’, empleando el mecanismo establecido en el artículo 2° Transitorio del Código de Aguas, presentó la solicitud de fojas 100, con el objeto de regularizar el uso que hace en forma ancestral del agua proveniente de la vertiente o socavón denominado ‘Chusmiza’, ubicada en la quebrada del mismo nombre y que comprende igualmente a la denominada Usmagama.

Tal como lo hace presente el razonamiento Cuarto de la sentencia apelada, dos son los requisitos que exige el referido artículo 2° para regularizar el derecho reclamado, a saber: a) Haber cumplido cinco años de uso ininterrumpido de las aguas a la fecha de entrada en vigencia del Código de Aguas (28 de octubre de 1981), contados desde la fecha en que comenzaron a ser usadas; y b) Que la utilización haya sido libre de clandestinidad y violencia;

QUINTO:

Que, en cuanto al requisito del uso ininterrumpido de las aguas por el periodo referido, la sentenciadora de primer grado, en el considerando Quinto, da por establecido ‘el uso ancestral, tanto de los terrenos de que se compone la zona de Chusmiza y Usmagama, así como de las aguas de la vertiente ubicada en ese mismo sector, por los indígenas de la Comunidad o sus ancestros, sea para el consumo humano y de las bestias, sea para el riego de sus sembradíos,’ , al efecto esta Corte, en la inspección personal practicada por dos de sus integrantes a la zona en referencia, y de la cual da cuenta el acta agregada a fojas., pudo percatarse prima facie de que ambas quebradas, por ambas laderas, cuentan con el sistema de terrazas para el cultivo, las que son regadas por sistema gravitacional mediante un canal que corre sobre ellas, el cual es alimentado por el agua que recibe por rebalse del socavón denominado ‘Chusmiza’, en el cual nace una vertiente de agua termal que llega en

definitiva hasta el pueblo de Usmagama, distante aproximadamente unos 10 kms. Según el Ingeniero Civil de la Dirección General de Aguas, dicha vertiente tiene un caudal de afloramiento de entre 8 a 10 litros por segundo, constante y permanente en el tiempo.

En las fotografías ordenadas sacar por el Tribunal y agregadas en fojas 1297 a 1301, así como en las proporcionadas por la Dirección General de Aguas y agregadas en fojas 34 a 42, se aprecia la existencia de cultivos con sistema de terrazas, canal de regadío y casas;

SEXTO:

Que, complementando la información obtenida en la inspección ocular por la Corte, la Dirección General de Aguas remitió una Minuta Técnica con la Georeferenciación de puntos de interés en el sector de los poblados Chusmiza y Usmagama, documento agregado con citación a fojas 1289 vta. y en los cuales se especifica la ubicación, según coordenadas UTM, del Socavón Chusmiza, puntos del canal de conducción, estanque de acumulación, las localidades de Chusmiza y Usmagama y la entrada de la Planta de Agua Mineral Chusmiza, y un Anexo Fotográfico relativo a esta información

SEPTIMO:

Que, sin perjuicio de lo constatado por el Tribunal, hay que considerar además que en el proceso existen otros antecedentes que prueban el uso en el tiempo del agua por parte de la Comunidad Indígena Aymará Chusmiza-Usmagama, ellos son:

- a) Informe pericial evacuado a fojas 773 por la Ingeniero Agrónomo, doña Danitza Terrazas en el que señala que a la fecha de la pericia son 24,6 Hás cultivables de un total de 42,7 Hás de la comunidad, existiendo antecedentes de 1965 del riego, construyéndose un estanque acumulador en el año 1971, con un canal de 3.900 mts lineales;
- b) Los testimonios de Rodolfo Rojas Gómez (fs. 377), Wladimir Ostojic Caselli (fs.), Felipe Rocha Pantoja (fs.), Fresia Ilaja Callpa (fs.), Alberto Manzano Aleman (fs.), los que por reunir los requisitos establecidos en la regla 2ª del artículo 384 del Código de Enjuiciamiento Civil, permiten tener por plenamente probado el hecho de que la comunidad indígena demandante ha utilizado inmemorialmente las aguas del socavón Chusmiza como bebida humana, de sus animales y para regadío agrícola;
- c) Oficio N° 250, de la Dirección Regional de Riego de Tarapacá, que informa que durante los años 1971 y 1980 ejecutó obras menores de regadío en el sector de Chusmiza, las que actualmente se encuentran en uso y son: Construcción de estanque de hormigón armado de 400 m³, construcción de un canal en mampostería de piedra de 3.900 ml, y acueducto colgante de 34 mts de largo, en tubería de fierro, agregando que para dichas obras se tomó como referencia la vertiente de Chusmiza con un gasto de 10 lts, para una zona agrícola de 20 Has.;
- d) Oficio N° 369, de la Dirección General de Aguas, adjuntando Minuta Informativa relativa a los recursos de la Vertiente o Socavón Chusmiza, expresando en lo puntual: ‘Sólo una pequeña fracción de los derechos no consuntivos se ha empleado históricamente, el resto ha sido usado por agricultores que para tal efecto emplean obras que ha construido la Dirección de Riego a través de los años desde 1971.’;
- e) Certificados de inscripción de dominio de los bienes raíces de miembros de la Comunidad Indígena, rolantes en fojas 104 a y fojas 223 a, no objetados;

OCTAVO:

Que en relación al segundo requisito establecido en el artículo 2° Transitorio del Código de Aguas, esto es, que la ‘Comunidad Indígena Chusmiza-Usmagama’ haya

utilizado las aguas sin violencia ni clandestinidad, este hecho no fue cuestionado por la contraria y en el curso del juicio no se hizo presente que la sociedad demandante haya accionado judicialmente por la utilización de las aguas por parte de la comunidad indígena, e inclusive se puede traer a colación que el propio Estado a través de sus organismos Dirección General de Aguas, Dirección Regional de Riego-Conadi-, se ha preocupado del tema de estas aguas para un empleo más eficiente de este recurso financiando obras de regadío;

NOVENO:

Que, como se transcribió en la reflexión Tercera precedente, el artículo 64 de la ley 19.253 establece una protección especial a las aguas de las comunidades Aymarás y Atacameñas, las que deben considerarse bienes de propiedad y uso de la comunidad indígena, agregándose en el artículo 3° Transitorio que la CONADI y la DGA establecerían un convenio para la protección, constitución y restablecimiento de los derechos de propiedad ancestral de dichas comunidades, con lo cual el Estado de Chile reconoce los derechos indígenas sobre las tierras y sus recursos, lo que constituye un reconocimiento al derecho consuetudinario de estas etnias aborígenes, validando la propiedad indígena sobre dichos bienes;

DECIMO:

Que la sentencia recurrida se ha limitado a regularizar derechos preexistentes al verificar que las aguas reclamadas por la Comunidad Indígena han sido utilizadas por ésta en los términos establecidos en el inciso segundo del artículo 2° Transitorio, del Código de Aguas, derechos consuetudinarios que inclusive son anteriores a los de la sociedad demandante.

En la especie no se están otorgando administrativamente ‘nuevos derechos’ sino que se está reconociendo judicialmente un uso inmemorial del recurso hídrico, reflejado en actos positivos de dominio como lo son la construcción del socavón del cual emana el líquido elemento, de los estanques de acopio, del canal conductor, de las terrazas de cultivo, el mismo asentamiento humano reflejado en las modestas casas que constituyen ambos poblados de Chusmiza y Usmagama.

El procedimiento empleado tiene por objeto que una vez reconocido este uso consuetudinario, sea considerado un derecho, que regularizado pueda procederse a su inscripción en el registro estatal correspondiente, lo que permitirá la subsistencia de la Comunidad Indígena en su tierra ancestral, razones que llevan a rechazar el recurso de apelación en estudio;

UNDECIMO:

Que no se condenará en costas a la actora por estimar la Corte que tuvo motivo plausible para alzarse;

Por estas consideraciones y lo dispuesto en el artículo SE CONFIRMA la sentencia apelada de treinta y uno de agosto de dos mil seis, escrita de fojas 911 a 925.

Regístrese y devuélvanse, en su oportunidad.

Redacción del Ministro Erico Gatica Muñoz.

Rol N° 817-2006.-