

## El reconocimiento de la territorialidad aymara mediante la propiedad ancestral indígena como Derecho propio\*

COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE FECHA 12 DE FEBRERO DE 2020, PRONUNCIADA EN AUTOS ROL Nº 12.988-2019, CARATULADOS “HUANCA ALAVE, MARTÍN CON DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS”, SOBRE REGULARIZACIÓN DE DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS AL TENOR DE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 2º TRANSITORIO DEL CÓDIGO DE AGUAS

ÁLVARO ESPINOZA COLLAO<sup>1</sup>

### 1. Introducción

La línea jurisprudencial objeto del presente comentario destaca en su contenido por diversos factores de interés jurídico. Primero, refleja un correcto control de convencionalidad desarrollado por la Corte Suprema respecto de los estándares fijados por el sistema interamericano de Derechos Humanos en materia de recursos naturales en territorio indígena<sup>2</sup>. Por tanto, actúa favoreciendo la integración del sistema jurídico bajo una mirada optimizadora y expansiva de los derechos fundamentales de las personas<sup>3</sup>.

Segundo, la sentencia logra resolver una situación de antinomia jurídica existente en el ordenamiento jurídico nacional, expresado en diversos contrapuntos entre la legislación de aguas y el Derecho especial indígena. Desde esta perspectiva, se hacen prevalecer correctamente criterios de especialidad y jerarquía normativa.

Tercero, se promueven particularidades propias del pluralismo jurídico que promueve el Derecho actual tendiente al acogimiento de la diversidad cultural<sup>4</sup>, esto se observa a lo menos en los siguientes aspectos: a) reconocimiento de un sentido diverso al derecho de propiedad; b) se considera el derecho desde una perspectiva colectiva al reconocer la suma de posesiones sobre el recurso natural; c) se considera y garantiza la existencia de un derecho propio indígena.

Tercero, la sentencia viene a ratificar una línea jurisprudencial tradicional de la Corte Suprema en materia de constitución de derechos de aguas consuetudinarios, esto tiene relevancia ya desde el año 2014 esta ha asumido una posición de clara dispersión en sus criterios jurisprudenciales en la materia. No obstante, debemos resaltar que esta variabilidad resulta claramente atenuada en el caso de las causas que involucran población indígena<sup>5</sup>.

---

\* Este trabajo se desarrolló en el marco del Proyecto Fondecyt Nº 11200160, del cual el autor es investigador responsable.

<sup>1</sup> Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona; Master en investigación jurídica por la Universidad de Zaragoza. Profesor del Departamento de Ciencias Sociales de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad de Tarapacá, Iquique, Chile. Correo electrónico: aespinozac@uta.cl, alvaro2677@gmail.com.

<sup>2</sup> Mediante este trámite se impone a los órganos judiciales el deber de examinar la compatibilidad entre las normas nacionales y los instrumentos del sistema interamericano, incluida la interpretación de estas normas por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La propia Corte Suprema ha indicado que consiste en desarrollar ex officio un control de equivalencia lo que puede conllevar la supresión de la norma interna contraria a los estándares internacionales. En este sentido: sentencia Corte Suprema, Rol Nº 1488-2018, de 26 de enero 2018. También, sentencia Corte Suprema, Rol Nº 11533-2019, de 30 de abril 2019.

<sup>3</sup> NOGUEIRA (2015), p. 659.

<sup>4</sup> En este sentido, Trazeignes justifica en la relación Derecho – postmodernidad, la búsqueda de un orden social donde se abandona la urgencia universalista favoreciendo lo plural TRAZEIGNES (2018), pp. 10-137. Asimismo, Santos describe el pluralismo jurídico y la interlegalidad como un factor propio de la postmodernidad. SANTOS (1988), p. 382.

<sup>5</sup> En este sentido, Vergara desarrolla un exhaustivo análisis de naturaleza cuantitativa y cualitativa sobre el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Suprema, sus giros y contradicciones. VERGARA (2018), p. 83.

En lo esencial, la interpretación normativa desarrollada ratifica aquello que la jurisprudencia interamericana ha denominado como territorialidad indígena, es decir, el reconocimiento de un derecho de propiedad en clave pluralista cuyos atributos se extienden tanto a las tierras ocupadas ancestralmente como a los recursos naturales que permiten la vida en dicho espacio. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha ratificado que la extensión del derecho de propiedad de la Convención Americana de Derechos Humanos alcanza a los recursos naturales en territorio indígena, señalando que: “...se entiende que los recursos naturales que se encuentran en los territorios de los pueblos indígenas y tribales que están protegidos en los términos del artículo 21 son aquellos recursos naturales que han usado tradicionalmente y que son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de dicho pueblo”<sup>6</sup>.

Nuestra Corte Suprema viene aplicando este criterio en materia de derechos de aguas con ciertas variables desde finales del siglo XX. Su inicio podemos fijarlo en la causa Toconce con ESSAN S.A. del año 2003<sup>7</sup>, en la cual se reconoce que el derecho de propiedad consagrado en el artículo 19 N° 24 de la Constitución debía comprenderse con perspectiva de pluralismo jurídico, incluyendo la propiedad que deriva del uso consuetudinario del agua por parte de las comunidades indígenas.

En el año 2009 a poco tiempo de entrar en vigencia el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (Convenio), la Corte Suprema acudirá por primera vez a este instrumento en la causa Domínguez con Comunidad Indígena Aymara Chusmiza y Usmagama, interpretando que la titularidad sobre el dominio de las aguas en territorio indígena debe entenderse trasladándose desde el concepto tierra al de territorialidad, considerando para este efecto lo dispuesto en el Convenio, es decir, “lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”<sup>8</sup>.

En el fondo del conflicto descansa un problema de diversidad ontológica entre posiciones divergentes sobre el fin de la tierra, su contenido y alcance<sup>9</sup>. Nuestra Ley N° 19.253 de Desarrollo Indígena (LDI) desde un enfoque monista acuñará el término tierra, atenuando la relevancia del uso ancestral para el acceso a sus recursos naturales. Mientras, el Convenio incorporará al Derecho nacional el término territorialidad para indicar que las tierras indígenas comprenden tanto las tierras en posesión, como los espacios que utilizan o han utilizado incluido los recursos naturales que en ella se encuentren<sup>10</sup>.

En lo particular la resolución de este conflicto confronta la posición del Código de aguas que alude a tiempos de posesión del recurso y a la aplicación de las reglas generales para probar su uso, siempre desde una perspectiva individual. En contrario, la legislación especial indígena representada por la LDI y el Convenio, se remiten con distintas intensidades al Derecho consuetudinario de propiedad comunitario sustentado en el uso ancestral sobre las aguas y al carácter colectivo de su titularidad en el ejercicio de sus derechos.

## 2. Antecedentes del caso

Ante la Dirección General de Aguas (DGA) se presenta una solicitud de regularización de derechos de aprovechamiento de aguas superficiales, corrientes de uso consuntivo, de ejercicio permanente y continuo, emplazadas en la comuna de General Lagos, región de Arica y Parinacota, por parte de los señores en estos autos Martín Huanca Alave, Evaristo Huanca Cruz, Alejandro Huanca Blas, Luis Huanca Villalobos y Claudio Huanca Blas. En su solicitud estos explican que poseen estas aguas desde hace más de 40 años, las cuales se han traspasado de

<sup>6</sup> Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Saramaka con Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 28 de noviembre 2007, párr.122.

<sup>7</sup> Sentencia Corte Suprema, Rol N° 986, de 22 de marzo del 2004.

<sup>8</sup> Sentencia Corte Suprema, Rol N° 2840-2008, de 25 de septiembre del 2009, considerando sexto.

<sup>9</sup> KOLERS (2017), pp. 737-753.

<sup>10</sup> LOPEHANDIA (2012), pp. 1-7.

generación en generación desde tiempos inmemoriales, siendo utilizadas por ellos en su calidad de integrantes de la Comunidad Indígena Histórica y Sucesorial del Pueblo Aymara en la localidad de Tiacolpa, para el riego de bofedales que, a su vez, sirven de alimento a sus animales.

Se hace presente que el título del terreno donde se utilizan estas aguas, data a su nombre desde 1988 y el anterior es de 1942. Por su parte, la DGA constatará en terreno que existen las captaciones, pero explica en su informe técnico que una de estas al momento de la inspección ocular, se encontraba sin agua, mientras que la otra vertiente es efectivamente utilizada para bebida de animales y riego de bofedales, con un caudal disponible de 3,372 litros por segundo. Concluye señalando que, en su parecer, no es posible regularizar las aguas de estas captaciones, por cuanto no se pudo comprobar la antigua data de ellas y, si la sentencia fuera favorable, se debe disminuir el caudal al indicado anteriormente.

En primera instancia la sentencia indica que el artículo 2° transitorio del Código de Aguas, fija normas sobre la regularización de los derechos no inscritos, estableciéndose como requisito que los usuarios hayan cumplido cinco años de uso ininterrumpido previos a la fecha de entrada en vigencia del Código de Aguas, que la utilización sea libre de clandestinidad o violencia y sin reconocer dominio ajeno. Añade que la prueba rendida por los solicitantes no permite concluir la concurrencia de los presupuestos necesarios para acceder a la petición, como tampoco clarifica las dudas a que refiere el informe de la DGA. En efecto, las probanzas incorporadas en juicio y la documentación acompañada en el expediente administrativo no es siquiera indiciaria para establecer el uso personal de los demandantes de las aguas de que se trata, a la fecha de entrada en vigor del Código del ramo y en los cinco años previos. Tampoco permite concluir, dada la vaguedad de la prueba de testigos, que su utilización se haya verificado en calidades de señores y dueños y de manera pacífica y pública, como exige la norma legal citada, razones por las cuales la petición es rechazada.

En segunda instancia, se confirmará en todas sus partes la sentencia indicando que no resultó acreditada la fecha en que comenzó el uso del recurso hídrico, circunstancias que obligan a desestimar el arbitrio por no haberse probado el cumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 2° transitorio del Código de Aguas. En contra de este último fallo, los peticionarios dedujeron Recurso de Casación en el fondo.

La Corte Suprema al conocer el asunto advertirá que la sentencia impugnada podría verse afectada por un vicio que da lugar a la casación en la forma y, respecto de los cuales el artículo 775 del Código de Procedimiento Civil autoriza para proceder de oficio. Dentro de sus fundamentos indica que resulta inconcuso que los jueces de la segunda instancia, no han dado cumplimiento a los requisitos legales. En cuanto se advierte que la sentencia carece de consideraciones que le sirvan de fundamento, al prescindir de un completo análisis sobre el uso ancestral invocado por los solicitantes argumento que justifican en su pertenencia a la Comunidad indígena histórica y sucesorial del pueblo Aymara. De esta manera, se casa de oficio la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Arica, la que por consiguiente es nula, procediendo a dictar una sentencia de reemplazo.

### **3. El derecho de propiedad sobre los recursos naturales. Una interpretación en clave pluralista**

Entre los principales razonamientos jurídicos de la sentencia objeto de este comentario, podemos destacar dos líneas interpretativas. Primero, el reconocimiento de un dominio por uso ancestral comunitario sobre los recursos naturales situados en territorio de una comunidad indígena. Luego, la titularidad regulada por el Derecho consuetudinario propio aymara, por tanto, el requisito de inscripción en registros conservatorios de propiedad del Derecho común transitará de un valor constitutivo del dominio, a un carácter meramente probatorio<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> En otra causa la Corte Suprema ha reconocido como principio básico de la Ley indígena que el reconocimiento y protección de la tierra indígena perteneciente a la comunidad indígenas es “una forma de cautelar la pervivencia de costumbres e idiosincrasia ancestrales. Todo esto entendido como un asunto de interés nacional, bajo el prisma de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley Nº 19.253”. Sentencia Corte Suprema, Rol Nº 3154-2010, de 26 de septiembre del 2012, considerando sexto inciso tercero.

Estos criterios han sido consolidados como estándares jurisprudenciales por la Corte IDH, orientando que el concepto territorio del Convenio impone una noción de propiedad diferente al Derecho occidental, equiparando la posesión o uso de la tierra a un título de propiedad. En esta línea ha declarado que: *“Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección del artículo 21 de la Convención para millones de personas”*<sup>12</sup>.

En esta secuencia marcará un hito la sentencia de la Corte IDH en el caso *Awas Tingni* contra Honduras, esta incorporará varios estándares jurídicos en materia de territorialidad y recursos naturales, entre estos: a) el reconocimiento de la titularidad comunitaria de la propiedad indígena; b) la aplicación del Derecho consuetudinario indígena para reconocer la propiedad sobre la tierra y sus recursos y; c) el reconocimiento de la obligación del Estado para realizar procesos de saneamiento, delimitación, demarcación y titularidad de la propiedad indígena.

La Corte IDH ha delimitado este Derecho propio indígena, fijando la manera como se integra indicando que: *“[el] derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro”*<sup>13</sup>.

Por su parte, la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas (DNUPI) ha clarificado aún más el concepto de propiedad ancestral indígena y su relación con los recursos naturales, reconociendo en su artículo 26 el derecho de estos pueblos sobre las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido. Asimismo, el derecho a poseer y controlar el territorio conforme a la propiedad tradicional sustentada en sus costumbres y sistemas de tenencia de la tierra<sup>14</sup>.

Estos estándares resultarán orientadores estableciendo parámetros de la realidad jurídica respecto del nivel de cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos. En este contexto, la situación del Estado chileno respecto a la relación pueblos indígenas - territorio, se ubica en una zona crítica debido a la implementación insuficiente de las normas internacionales vigentes<sup>15</sup>. En términos generales nuestro Derecho, aún se exhibe como un espacio de múltiples antinomias en la materia, debiendo la jurisprudencia orientar el sentido de la norma.

Esta alusión al Derecho propio indígena podemos entenderla como un dispositivo de resistencia cultural, siendo un medio que permite la inserción de sus valores para producir realidad jurídica mediante la ruptura de la concepción clásica de propiedad del monismo jurídico. Este paradigma permitirá mayor respeto por la identidad cultural, reflejado en la cosmovisión indígena sustentada en la ocupación histórica del espacio y el uso de sus recursos<sup>16</sup>.

<sup>12</sup> Sentencia Corte Interamericana de Derechos humanos, caso Comunidad Sawhoyamaya vs. Paraguay, 29 de marzo 2006, párr. 120. En la misma línea, ha destacado que: *“... [e]l derecho a la propiedad privada debe ser entendido dentro del contexto de una sociedad democrática donde para la prevalencia del bien común y los derechos colectivos deben existir medidas proporcionales que garanticen los derechos individuales...”*. Sentencia Corte Interamericana de Derechos humanos, Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador, 6 de mayo 2008, párr. 60.

<sup>13</sup> Sentencia Corte Interamericana de Derechos humanos, Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, 31 de agosto 2001, párr. 151.

<sup>14</sup> El artículo 26 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, señala:

“1. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido.

2. Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma.

3. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate”.

<sup>15</sup> AYLWIN (2014), pp. 46-61.

<sup>16</sup> Sobre esta materia véase: ESPINOZA (2017), pp. 413-437.

Desde esta perspectiva el reconocimiento de dicho dominio alcanzaría a toda el “*área física conformada por un núcleo de casas, recursos naturales, cultivos, plantaciones y su entorno, ligados en lo posible a su tradición cultural*”. Incluso las tierras dedicadas a sus actividades ancestrales como la agricultura, la caza, la pesca, la recolección, el transporte, la cultura, comprendiendo el territorio como un todo<sup>17</sup>.

Este reconocimiento consiste en dar valor jurídico a la forma genuina e inmemorial de pertenencia sobre la tierra y sus recursos, por su naturaleza ha entrado en permanente colisión con el sistema jurídico occidental positivista. Esto se ha traducido en una constante pérdida de sus espacios de ocupación frente al valor preferente del derecho inscrito de terceros. Expresándose como una señal de asimilación y dominación mediante el uso de los instrumentos jurídicos<sup>18</sup>.

#### 4. Una antinomia jurídica. Derecho de aguas versus Derecho especial indígena

La regulación jurídica de las aguas en Chile se encuentra sistematizada en el Código de Aguas de 1981, este no se haya en armonía con la legislación especial indígena generando un espacio de tensión normativa. Esta legislación tiene como característica principal el libre acceso a la titularidad sobre nuevos derechos, aspecto que conlleva a que la autoridad deba conceder todos los derechos nuevos que los particulares soliciten, salvo que existan perjuicios a terceros lo que deberá evaluarse en razón de la disponibilidad del recurso<sup>19</sup>. Dentro de sus características basales podemos resaltar: a) la existencia de acto de autoridad e inscripción formal para constituir propiedad sobre el recurso; b) separación de los derechos de aprovechamiento de las aguas de la propiedad de la tierra; c) fortalecimiento significativo de la propiedad y la autonomía privada y; d) una restricción absoluta de la posibilidad de caducar estos derechos<sup>20</sup>.

Este modelo responde en general a la realidad del Derecho vigente en Latinoamérica, su orientación monista excluye las estructuras normativas consuetudinarias indígenas en la gestión de los recursos hídricos, pese a que estos confirman una gestión ancestral sostenible e incluso más democrática. Esta exclusión se explica en la tensión producida frente a una legislación que promueve la constante explotación de aguas y el desarrollo preferente de otras actividades productivas<sup>21</sup>.

Cabe resaltar que, el término propiedad ancestral indígena asociado a los derechos de agua, aparecen reconocidos en la Ley Indígena en su artículo 3 transitorio que encomendaba a Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI) y a la Dirección General de Aguas (DGA) a establecer un convenio para la protección, constitución y restablecimiento de los “*derechos de aguas de propiedad ancestral de las comunidades aymaras y atacameñas de conformidad al artículo 64 de esta ley*”. Dicha norma fijará el deber del Estado de proteger especialmente las aguas de las comunidades aymaras consideradas bienes de propiedad y uso de la comunidad, siempre que se encuentren en terrenos de la comunidad y sin perjuicio de los derechos inscritos por terceros<sup>22</sup>.

En lo específico, las líneas argumentativas de la sentencia en estudio reconocen la prevalencia de la normativa especial indígena sobre la norma común de aguas, en la medida que el derecho de propiedad adquiere un sentido comunitario que deriva de la primera, debiendo

<sup>17</sup> Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso del Pueblo Saramaka con Surinam. 28 de noviembre de 2005, párr.114. También, sentencia Corte Interamericana de Derechos humanos, caso Comunidad Sawhoyamaya vs. Paraguay, 29 de noviembre del 2006, párr. 120.

<sup>18</sup> Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Yake Axa vs. Paraguay, 17 de junio 2005, parr. 147.

<sup>19</sup> VERGARA (2002), pp. 179-213.

<sup>20</sup> ARANDA (2013), p. 106.

<sup>21</sup> GENTES (2002), p. 83.

<sup>22</sup> Cabe resaltar que en la causa de la Comunidad indígena Aymara Chusmiza – Usmagama a la que hemos eludido previamente, se concedió el derecho de aprovechamiento de aguas reconociendo el concepto de la propiedad ancestral sobre los recursos naturales dentro del territorio, aun cuando estos no se encontraban en propiedad formal de la comunidad reclamante.

los tribunales considerar el uso histórico del recurso por parte de la comunidad indígena a la que pertenecen los recurrentes, subsumiendo el carácter individual presente en la segunda<sup>23</sup>.

Este fundamento jurídico confiere una dimensión de derechos colectivos que encuentra su sustento normativo en el artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el mismo artículo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en estos se reconoce el derecho de todos los pueblos a disponer de sus recursos naturales para garantizar su propia estrategia de desarrollo, en el marco de reconocimiento del derecho de autodeterminación que dicho instrumento reconoce a todos los pueblos. Este derecho así considerado, ejemplifica su relevancia en el fallo en comento<sup>24</sup>.

También desde la perspectiva jurisprudencial la Corte IDH recientemente ha ratificado que: *“la normativa internacional relativa a pueblos y comunidades indígenas o tribales reconoce derechos a los pueblos como sujetos colectivos del Derecho Internacional y no únicamente a sus miembros [...] los pueblos y comunidades indígenas o tribales, cohesionados por sus particulares formas de vida e identidad, ejercen algunos derechos reconocidos por la Convención desde una dimensión colectiva”, entre ellos el derecho de propiedad de la tierra*”<sup>25</sup>.

El razonamiento de la sentencia justifica mediante la existencia de títulos de propiedad anteriores al de los reclamantes, cuya titularidad da cuenta de la descendencia del mismo grupo familiar y por tanto similar correspondencia étnica para acreditar el uso ancestral. Así indica que: *“se acreditó, a lo menos, desde el año 1942, lo cual hace innecesario entrar a razonar en torno a la forma de computar el término de 5 años establecido por tantas veces citado artículo 2° transitorio del Código de Aguas”*<sup>26</sup>, con esto se acredita el uso consuetudinario del recurso hídrico utilizado tanto para el consumo animal como para el riego de un bofedal.

Lo anterior, deriva en que frente a la falta de razonamiento sobre el uso ancestral comunitario alegado por los actores y la influencia que esto tiene para la aplicación normativa que reconoce un derecho consuetudinario, la magistratura inferior resuelva que la utilización de las aguas no ha sido acreditada, en circunstancias que ella se encuentra reconocida, protegida y regulada de manera especial. Esto finalmente justifica que el fallo sea recusado de oficio debido a la falta de ponderación de elementos probatorios vinculados a esta variable, como son los certificados de pertenencia indígena, los elementos constitutivos de las comunidades indígenas conforme la norma vigente, los títulos de propiedad y el informe que da cuenta de la ocupación comunitaria del territorio, todos considerados como fundamentos que han de servir para aceptarla o rechazarla.

Consideramos que, la presente sentencia interpreta correctamente desde una perspectiva teleológica la estructura normativa vigente, lo que contribuye al cumplimiento eficaz del deber de garantizar la vida, mediante la protección del territorio, el abastecimiento de las aguas y la subsistencia, todos estos aspectos están finalmente vinculados también a la identidad cultural de los pueblos indígenas<sup>27</sup>. Esto favorece en general a cumplir desde distintas

<sup>23</sup> Este es uno de los aspectos discutidos a nivel jurisprudencial, en la medida que la Corte Suprema en causas que no involucran población indígena ha venido negando la suma de posesiones. En este sentido véase entre otras: Zúñiga Lara, Marcela con DGA, sentencia Corte Suprema, de 27 de diciembre 2017 (recurso de casación rechazado). También, Soto Valdivia, Juan con Junta de Vigilancia del río Maule, sentencia Corte Suprema, de 10 de mayo 2018 (recurso de casación rechazado).

<sup>24</sup> Desde otra perspectiva, se ha destacado que el Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas en el año 2002, mediante la Observación General Nº 15 reconoció al derecho al agua como Derechos Humanos, estableciendo que el derecho al agua está en la base del reconocimiento de una serie de otros derechos, cuyo goce se torna ineficaz si no hay condiciones que garanticen el acceso a este recurso. YÁÑEZ y GENTES (2005), p. 12.

<sup>25</sup> Sentencia Corte interamericana de Derechos Humanos, caso Comunidades indígenas miembros de la asociación lhaka honhat (nuestra tierra) vs. Argentina, 6 de febrero 2020.

<sup>26</sup> Considerando séptimo, sentencia de reemplazo de la sentencia en análisis.

<sup>27</sup> En este sentido, el Relator Especial de Naciones Unidas para los Pueblos indígenas Martínez Cobo destacaba la relevancia del territorio para la identidad cultural, definiendo los pueblos indígenas como: *“comunidades, pueblos y naciones indígenas, las que teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precolonial es que se desarrollan en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en estos territorios o en partes de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar, transmitir a sus futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales”*. MARTÍNEZ (1986), p. 30

perspectivas con los estándares jurisprudenciales internacionales. En cuanto tal como ha indicado la Corte IDH el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas incluye la "*disposición libre [...] de sus riquezas y recursos naturales*" la que es necesaria para no verse privados de sus propios medios de subsistencia<sup>28</sup>.

### **5. La judicialización en defensa de la territorialidad en la población aymara. Un ejercicio de reafirmación de la identidad colectiva**

La población aymara del norte de Chile, ha debido enfrentar diversos procesos de reacomodación a estructuras políticas, económicas y jurídicas, entre estas podemos destacar el periodo colonial, la república peruana y actualmente el Estado chileno. Frente a estos cambios han debido idear estrategias para convivir dentro de cada ordenamiento jurídico<sup>29</sup>, en cada período la instrumentalización jurídica para la defensa de la territorialidad ha configurado un mecanismo para materializar su identidad colectiva.

Ejemplos sobre la judicialización comunitaria de la defensa territorial existen a lo largo de toda la historia. En 1737 existe una denuncia de la comunidad de indios de Tacna al Corregidor de Arica Tomás Bocardo Messia. En esta se denunciaba a sus propios caciques frente a los abusos que estos cometían con el agua lo que les perjudicaba en su subsistencia y reproducción de los Ayllus. Recordar que esta la figura del cacique actuaba como intermediario entre la Corona y los indios en tiempos del virreinato del Perú<sup>30</sup>.

González y Gunderman, dan cuenta que en 1918 se publica en una imprenta del puerto de Pisagua el folleto "Comunidad de Santo Tomás de Isluga. Antecedentes y Documentos relacionados con sus Títulos de Dominio", esta luego de explicar las características de principales de las comunidades indígenas altiplánicas, incorporan copias de varios documentos fechados entre 1612 y 1754 sobre conflictos de tierras, disputa de derechos y amojonamientos en diversos lugares de la zona. Además, se incorpora un Cartel de Dominio, que incluía una pormenorizada relación de los comuneros, las estancias de pastizales y los deslindes de la comunidad de Isluga. Finalmente, hacen un requerimiento al Estado solicitando el establecimiento de los deslindes y títulos de la comunidad, apoyando su solicitud en la ley del 4 de diciembre de 1866 sobre tierras indígenas, que había sido dictada y operaba en la zona sur del país para la radicación de los mapuches, solicitud que no será respondida<sup>31</sup>.

Por su parte, Choque Mariño nos cuenta de un litigio sostenido entre los principales de Socoroma con Manuel Ventura vecino de Putre en 1912 por la explotación indebida de los recursos comunales de la localidad por parte del segundo, quien extrae y vende en forma indebida la queñua sin la autorización de la comunidad. El autor destaca como las comunidades alegando ante tribunales chilenos justifican sus derechos comunitarios amparados en la legislación peruana como indicador de transición entre los diferentes periodos, indicando que dicho derecho lo han heredado de sus antepasados<sup>32</sup>.

Por su parte Ruz y Díaz analizando los conflictos sobre tierras de uso colectivo representado en documentación jurídico-administrativa, plantean una escasa movilización comunitaria en torno a la defensa de espacios colectivos frente a la acción apropiadora ejercida por la administración chilena contrario a lo ocurrido en la administración peruana. No obstante, ratifican la confianza en los procesos jurídicos por sobre las tensiones producidas por el contexto que marcó las relaciones chileno-peruanas post guerra del Pacífico.

<sup>28</sup> Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2007. Caso del Pueblo Saramaka con Surinam. párr.93. De la misma manera, Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2015. Caso del Pueblo Kaliña y Lokono con Surinam. párr. 122.

<sup>29</sup> En el caso de las poblaciones aymaras del norte chileno, el paradigma de igualdad que tutelaba el Derecho decimonónico al incorporarse a la soberanía nacional conllevará a un desconocimiento de sus particularidades territoriales. Esto se traducirá en la imposición del modelo occidental de inscripción en registros conservatorios, debiendo reinscribir las propiedades inscritas en registros peruanos. Este período será definido de anarquía registral por los errores que traerán las inscripciones en registros incompetentes. DOUGNAC (1984), p. 253.

<sup>30</sup> LEAL (2019), p. 110

<sup>31</sup> GONZÁLEZ y GUNDERMANN (2009), p. 59.

<sup>32</sup> CHOQUE (2015), p. 222.

En nuestros tiempos debemos destacar dentro del proceso de reivindicación jurídica de la territorialidad aymara, el caso Chusmiza – Usmagama contra el Estado de Chile este consistía en una solicitud de regularización de derechos de aprovechamientos de aguas, cuyo sustento era el uso histórico y ancestral de las aguas que sostienen la vida de esta comunidad aymara. El año 2006 previo a que la Corte Suprema fallara el asunto vinculado a las aguas de la Comunidad, la Comisión Interamericana recibió la petición 1288-06 contra el Estado de Chile, entre sus argumentos principales se alegaba como vulneración de derechos la privación de la posesión y del derecho de propiedad sobre las aguas utilizada desde tiempos inmemoriales, aludiendo al carácter fundamental del recurso para preservar su hábitat, darle viabilidad ambiental al territorio y desarrollar su cultura. Posteriormente, se alegará la falta de ejecución de la sentencia de la Corte Suprema del año 2009, sosteniendo la siguiente base argumentativa: a) falta de ejecución de la sentencia, debido a la falta de inscripción de dicho derecho; b) falta de pronunciamiento sobre el proceso de transformación de derechos de agua a favor de la Empresa; y c) ausencia de responsabilizar al Estado y su obligación de reparar los daños causados.

Finalmente, el año 2018 el Estado de Chile suscribirá el “Acuerdo Amistoso con la C.I.A. de Chusmiza Usmagama”, este se encuentra actualmente en etapa de cumplimiento bajo supervisión de la Comisión. En dicho instrumento se reconocerá la importancia que el territorio, la tierra y los recursos naturales tienen para la supervivencia y autodeterminación de los pueblos indígenas. Dentro de las medidas que contiene el Acuerdo en materia de territorialidad, destaca el reconocimiento del Estado de la ocupación histórica ancestral de las tierras que habita la Comunidad, y el compromiso de iniciar un proceso de regularización y transferencia de las tierras. Este caso representa íntegramente una práctica histórica, mediante la utilización integral de las herramientas que provee el sistema jurídico moderno. En esta circunstancia es posible concebir la práctica judicial como una forma de hacer perceptible el espíritu comunitario sobre el factor en que se sostiene su identidad cultural como valor prioritario para el Derecho.

## 6. Conclusiones

La inserción de los instrumentos internacionales particulares sobre derechos indígenas, ha permitido ampliar los criterios de interpretación, respecto a variables que la norma de elaboración interna no contiene o integra de manera difusa. Una correcta interpretación judicial de estos cánones como el que desarrolla la jurisprudencia en análisis, contribuye a aminorar la tendencia a un monismo jurídico prevalente en nuestro sistema jurídico.

Estos rasgos no resultan aún moderadores en plenitud de nuestro Derecho, manteniendo una situación de tensión normativa sujeta a interpretación judicial, realidad que no provee de plena certeza jurídica. Sin embargo, la inclusión jurisprudencial del concepto de territorialidad, fortalece las causas reivindicatorias, en un contexto cercano a los valores culturales de los grupos humanos involucrados en estos conflictos desiguales. Finalmente, la sentencia contribuye a armonizar íntegramente el ordenamiento jurídico realizando un efectivo control de convencionalidad exhibiendo coherencia con lo resuelto por la propia Corte en otras sentencias.

En este sentido, favorece el cumplimiento por parte del Estado de los compromisos internacionales vigentes, al examinar correctamente la compatibilidad entre las normas nacionales y los instrumentos del sistema interamericano, incluida la interpretación de estas normas de la propia Corte IDH.

En lo particular, se garantiza el derecho al agua incorporando una dimensión comunitaria sustentado en un derecho histórico que antecede al ordenamiento jurídico vigente y cuyo reconocimiento se observa como condición para todos los demás derechos, incluidos el derecho a la vida, la identidad cultural y la autodeterminación, sentando la base para el respeto a los derechos humanos de los pueblos indígenas.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARANDA, PABLO (2013): "Los Derechos de Aprovechamiento de aguas en Chile y su Marco Regulatorio", en: Revista de Derecho Escuela de Postgrado (Diciembre, Nº 4), pp. 105-122.

AYLWIN, JOSÉ (2014): "Los Derechos de los Pueblos Indígenas sobre la Tierra y el Territorio en América Latina y el Convenio 169 de la OIT", en: Aylwin, José y Tamburini, Leonardo (Eds.), Convenio 169 de la OIT. Los desafíos de su implementación en América Latina a 25 años de su implementación (Copenhague, IGWIA), pp. 46-61.

CHOQUE, CARLOS (2015): "Conflictos sociales y políticos y su judicialización en una comunidad andina, norte de Chile (1867-1925)", en: Estudios Atacameños (Nº 50), pp. 215-227.

DOUGNAC, FERNANDO (1984): "La Tenencia de la Tierra en la Quebrada de Tarapacá", en: Revista de Derecho Privado (Nº 10), pp. 253 y ss.

ESPINOZA, ALVARO (2017): "El reconocimiento del Derecho consuetudinario indígena como Derechos Humanos: su estado en el Derecho chileno moderno", en: Revista Cadernos de Dereito Actual (Nº 8), pp. 413-437.

GENTES, INGO (2002): "Derecho de Agua y Derecho Indígena. Hacia un reconocimiento estructural de la gestión indígena del agua en las legislaciones nacionales de los Países Andinos", en: Revista de Derecho Administrativo Económico (Nº1), pp. 81-111.

GONZÁLEZ, HÉCTOR Y GUNDERMANN, HANS (2009): "Acceso a la propiedad de la tierra, comunidad e identidades colectivas entre los aymaras del norte de Chile (1821-1930)", en: Chungara, Revista de Antropología Chilena (Vol. 41, Nº 1), pp. 51-70.

KOLERS, AVERY (2017): "Latin America in Theories of Territorial Rights", en: Revista de Ciencias Políticas (Vol. 37, Nº 3), pp. 737-753.

LEAL, JOCELYN (2019): Curas, indios y caciques las disputas sobre los bienes comunales de los pueblos de indios al sur del virreinato peruano durante el siglo XVIII. Tesis para optar al grado de maestría en historia (México, CIESAS).

LOPEHANDIA, MATIAS (2012): "Territorio indígena en el derecho chileno", en: Informe del Departamento de estudios, extensión y publicaciones del Congreso Nacional de Chile elaborado para la Comisión de Agricultura, en el marco de la discusión del "Proyecto de Ley que Reforma el Código de Aguas" (Boletín Nº 7543-12).

MARTÍNEZ COBO, JOSÉ (1987): Estudio del Problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas, Volumen V, conclusiones, propuestas y recomendaciones (New York, Naciones Unidas).

NOGUEIRA, HUMBERTO (2015): "Los estándares de derechos humanos y el control de convencionalidad en el control de inaplicabilidad por inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional chileno en su jurisprudencia de 2014", en: Revista Ius et Praxis (Vol. 21, Nº 1), p. 653-676.

RUZ, RODRIGO Y DÍAZ, ALBERTO (2011): "Estado chileno y comunidad indígena. Presión y conflicto sobre tierras de uso colectivo en el espacio precordillerano de Arica: Putre 1880-1935", en: Revista Estudios Atacameños arqueología y antropología surandinas (Nº 42), pp. 173-188.

SANTOS, BOAVENTURA DE SOUZA (1988): "Droit: une carte de la lecture deformee. Pour une conception post-moderne du droit", en: Droit et Societe (Vol. 10), p. 363-390.

TRAZEGNIES, FERNANDO (2018): Postmodernidad y Derecho (Lima, Editorial Jurídica Grijley).

VERGARA, ALEJANDRO (2002): Las aguas como bien público (no estatal) y lo privado en el derecho chileno: evolución legislativa y su proyecto de reforma en el derecho de aguas en Iberoamérica

y España; cambio y modernización en el inicio del tercer milenio (Madrid, Editorial Civitas) tomo II.

\_\_\_\_\_ (2018): "Regularización de derechos consuetudinarios aguas: crítica a la jurisprudencia vacilante de la Corte Suprema", en: Estudios Públicos (Nº 151), pp. 59-122.

YÁÑEZ, NANCY Y GENTES, INGO (2006): Derechos locales sobre las aguas en Chile: análisis comparativo para una estrategia de gestión pertinente en territorios indígenas (Santiago, Informe final CEPAL, Naciones Unidas).

#### JURISPRUDENCIA CITADA

##### CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS:

CASO COMUNIDAD MAYAGNA (SUMO) AWAS TINGNI VS. NICARAGUA (2001): Corte Interamericana de Derechos humanos 31 de agosto 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas).

CASO YAKE AXA CON PARAGUAY (2005): Corte Interamericana de Derechos Humanos 17 de junio 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas).

CASO COMUNIDAD SAWHOYAMAXA CON PARAGUAY (2006): Corte Interamericana de Derechos humanos 29 de marzo 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas).

CASO DEL PUEBLO SARAKAMA CON SURINAM (2007): Corte Interamericana de Derechos Humanos 28 de noviembre 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

CASO SALVADOR CHIRIBOGA CON ECUADOR (2008): Corte Interamericana de Derechos humanos 6 de mayo 2008 (Excepción Preliminar y Fondo).

CASO DEL PUEBLO KALIÑA Y LOKONO CON SURINAM (2015): Corte Interamericana de Derechos 25 de noviembre 2015 (Fondo, Reparaciones y Costas).

CASO COMUNIDADES INDÍGENAS MIEMBROS DE LA ASOCIACIÓN LHAKA HONHAT (NUESTRA TIERRA) VS. ARGENTINA (2020): Corte interamericana de Derechos Humanos 6 de febrero 2020 (Fondo, Reparaciones y Costas).

##### CORTE SUPREMA DE CHILE:

COMUNIDAD ATACAMEÑA TOCONCE CON ESSAN S.A. (2004): Corte Suprema 22 marzo 2004 (recurso de casación rechazado, solicitud de regularización derechos de agua).

PAPIC DOMÍNGUEZ ALEJANDRO CON COMUNIDAD INDÍGENA AIMARA CHUSMIZA Y USMAGAMA (2009): Corte Suprema 25 septiembre 2009 (recurso de casación rechazado, solicitud de regularización derechos de agua).

COLIÑANCO HUECHULEF ELVIRA Y OTRO CON COLIÑANCO HUECHULEF MARTA (2012): Corte Suprema 26 septiembre 2012, (recurso de casación rechazado, partición y liquidación de comunidad).

ZÚÑIGA LARA, MARCELA CON DGA (2017): Corte Suprema 27 diciembre 2017 (recurso de casación rechazado).

LAGOS SCHUFFENEGER HUMBERTO CON SIN IDENTIFICAR (2018): Corte Suprema 26 enero 2018 (recurso de revisión acogido).

SOTO VALDIVIA, JUAN CON JUNTA DE VIGILANCIA DEL RÍO MAULE (2018): Corte Suprema 10 mayo 2018 (recurso de casación rechazado).

**CRUZAT INFANTE JOSÉ CON COMISIÓN PARA EL MERCADO FINANCIERO (2019): Corte Suprema 30 abril 2019 (reclamo de ilegalidad rechazado).**