

Iquique, dieciséis de agosto de dos mil diecisiete.

VISTO:

El 12 de julio de este año, comparecen don Daniel Godoy Villalobos, don Sergio López Oyanedel, doña Elba Carrasco Gamboa, don Silvorio Viza Choque, don Domingo Mamani Mamani, doña Amanda Díaz Canavire, don Maximiliano Mamani Mamani, don Inocencio Mamani Mamani, don Osvaldo Fuentes Flores, doña Elsa Mamani Castro y don Richard Challapa Ayavire, todos domiciliados, para estos efectos, en calle Patricio Lynch N° 517, de esta ciudad; interponiendo recurso de protección en contra de la Dirección General de Aguas, por los actos arbitrarios e ilegales en que ha incurrido, que infringen los derechos fundamentales de los N° 2, 21 y 24 del artículo 19 de la Constitución Política.

Expresan que el 15 de septiembre de 2009, el Estado de Chile promulgó como ley de la República el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre pueblos indígenas y tribales, entrando en vigencia con igual fecha. El mismo año, el 30 de diciembre, la Dirección General de Aguas (DGA) dictó la Resolución N° 245, que establece una serie de medidas relacionadas con el uso y administración del recurso agua, específicamente subterránea, del “sector hidrogeológico de aprovechamiento común denominado Pampa del Tamarugal”, ubicado en la provincia de Tamarugal, región de Tarapacá, la que produce afectación en el derecho de propiedad ancestral sobre las aguas subterráneas y en el desarrollo de las actividades productivas que realizan en ese territorio las personas y comunidades que allí habitan.

Explican que la cuenca subterránea del Tamarugal abarca las comunas de Huara, Pozo Almonte y Pica, donde se encuentran cientos de familias indígenas que se dedican a la agricultura y la ganadería desde hace generaciones, incluso antes de la llegada del conquistador español.

Indican, citando jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que los pueblos indígenas y tribales abarcan el territorio como un todo, incluyendo no solo el dominio sobre el terreno superficial, sino también aquellos recursos existentes en el subsuelo y en el espacio aéreo, cuestión que tiene relevancia para las comunidades



indígenas de la Pampa del Tamarugal, de naturaleza trashumante, y que se han asentado desde la precordillera a la pampa, espacio territorial que es reconocido ancestralmente como “dominio” de las comunidades, lo que incluye la tierra y los recursos naturales, como las aguas subterráneas, derecho que el Estado está obligado a respetar y reestablecer.

Denuncian que la Resolución N° 245 de la DGA fijó una serie de medidas administrativas que ocasionan afectación a las comunidades, en especial, el punto resolutivo N° 3, que declaró como área de restricción para nuevas explotaciones de aguas subterráneas el sector hidrogeológico de aprovechamiento común denominado Pampa del Tamarugal; el N° 7, que da origen a una comunidad de aguas subterráneas en el sector, compuesto por todos los usuarios de dichas aguas; y el N° 10, que niega el otorgamiento provisorio de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas en el sector de la Pampa del Tamarugal.

Refieren que dicha resolución fue publicada en el Diario Oficial el 1 de junio de 2010, fecha desde la cual la DGA no tramitó nuevas solicitudes de aprovechamiento de aguas subterráneas, lo que significó que muchos agricultores y ganaderos indígenas no pudieran tener un título de dominio, incluso provisorio, sobre los derechos de agua que ancestralmente poseían, privándolos de desarrollar adecuadamente sus actividades.

Señalan que desde la publicación de la Resolución N° 245, la DGA no ha tenido intención alguna de someter dicho acto administrativo a las obligaciones que impone el Convenio 169 de la OIT, en específico al trámite de la Consulta, limitándose a difundir precariamente, mediante un programa licitado en \$ 169.708.000, denominado “Programa de diagnóstico territorial y apoyo a la constitución de la comunidad de aguas subterráneas del sector hidrogeológico Pampa del Tamarugal”, la creación de una comunidad de aguas, en la que participan muy pocos indígenas. Critican que el citado monto casi quintuplica los presupuestos que se han destinado para la realización de consultas indígenas, lo que denota una falta de voluntad del ente administrativo.

Agregan que el 11 de mayo de 2016, la DGA interpuso ante el Juzgado de Letras de Pozo Almonte una solicitud para la organización de



la comunidad de aguas subterráneas del sector hidrogeológico Pampa del Tamarugal, bajo el Rol V-1597-2016, en la que pretende se aprueben sus estatutos y se elija su primer directorio provisorio. Esta petición fue acogida por el tribunal, que citó a comparendo a los usuarios de la comunidad, ordenando la notificación mediante tres avisos en el diario “El Longino de Tamarugal” y uno en “El Mercurio de Santiago”, uno de muy baja circulación y otro que no llega a la provincia del Tamarugal.

Aducen que las comunidades indígenas se han opuesto dentro del proceso, pero su preocupación está en que el juez de la causa tiene las facultades, en caso de desacuerdo, para declarar constituida la comunidad de aguas y aprobar los estatutos propuestos por la DGA, perpetuando el perjuicio de las comunidades indígenas.

Señalan que el no contar con derechos de aprovechamiento de aguas inscritos les impide acceder a programas de apoyo financiero de organismos públicos o no pueden regularizar la tenencia de la tierra en el Ministerio de Bienes Nacionales, por lo que junto con afectarse su derecho ancestral también se dificulta el desarrollo de sus actividades productivas.

Hacen presente que la creación de una comunidad de aguas es una medida que no se analizó ni discutió con las comunidades indígenas. Puntualizan que los derechos de agua del sector Pampa del Tamarugal pertenecen en un 11% a pequeños agricultores y ganaderos, en su mayoría indígenas; 30% a empresas mineras no metálicas y 59% a la Empresa Concesionaria de Servicios Sanitarios S.A., que los tiene concesionados y entregados a la empresa Aguas del Altiplano. En este estado, las comunidades indígenas están en posición de desventaja, lo que demuestra la necesidad que el establecimiento de una comunidad de aguas deba emanar de un diálogo participativo, para fijar condiciones adecuadas de participación conforme a parámetros internacionales.

Esgrimen que los hechos denunciados implican una vulneración a los siguientes derechos contemplados en el Convenio N° 169 de la OIT: derecho a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo (artículo 7); derecho a conservar sus costumbres e instituciones propias (artículo 8 y 9), derecho a los recursos naturales existentes en sus



tierras (artículo 15) y derecho de participación en la adopción de decisiones respecto a políticas y programas que les conciernan (artículo 6).

Añade que la falta de consulta previa, libre e informada de las comunidades indígenas de la Pampa del Tamarugal respecto a las medidas contenidas en la Resolución N° 245-2009, vulnera el derecho de igualdad ante la ley, el derecho al ejercicio libre de cualquier actividad económica y el derecho de propiedad.

Por último, respecto a la oportunidad de ejercicio de la acción constitucional, señalan que la resolución atacada es un acto de desarrollo continuo y permanente en el tiempo, de modo que la vulneración de derechos se renueva sucesivamente, como lo ha señalado la Excma. Corte Suprema en los fallos que cita, a lo que se suma que muchos indígenas han tomado conocimiento reciente de la resolución de la DGA.

Como petición, solicitan se deje sin efecto la Resolución N° 245, de 30 de diciembre de 2009, de la DGA, que establece medidas que requieren la adecuada consulta indígena previa a su implementación; que se ordena a la DGA la realización de una consulta indígena en los términos del artículo 6 N° 1 letra a) del Convenio N° 169 de la OIT, respecto a las medidas administrativas 3, 7 y 10, esto es, la que declaró como área de restricción para nuevas explotaciones de aguas subterráneas del sector hidrogeológico de aprovechamiento común denominado Pampa del Tamarugal; la que da origen a una comunidad de aguas subterráneas en el sector; y la que niega el otorgamiento provisorio de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas en la Pampa del Tamarugal.

El día 4 de agosto en curso, evacúa informe la Dirección General de Aguas, requiriendo el rechazo del recurso de protección.

En primer lugar, alega la extemporaneidad de la acción deducida, pues han transcurrido más de 7 años desde la publicación en el Diario Oficial de la Resolución N° 245, y al no acreditarse que los recurrentes hubiesen tomado conocimiento posterior del acto recurrido, se encuentra absolutamente vencido el plazo de 30 días previsto en el numeral 1° del Auto Acordado sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales.



Acto seguido, arguye la improcedencia de la acción constitucional, por cuanto las resoluciones de la DGA solo pueden impugnarse mediante el recurso de reconsideración administrativa, del artículo 136 del Código de Aguas, o el recurso de reclamación judicial, del artículo 137 del mismo cuerpo legal, como lo ha resuelto jurisprudencia que cita. Por lo demás, los hechos contenidos en la acción deducida escapan de un procedimiento extraordinario y de urgencia, invocando igualmente fallos de tribunales superiores en tal sentido.

Opina que nos encontramos frente a un intento desenfrenado por revivir plazo y acciones precluídas para los recurrentes, quienes no ejercieron los recursos establecidos en la legislación especial, por lo que la Resolución N° 245, de 30 de diciembre de 2009, se encuentra afinada y surtiendo efectos.

Afirma que la Resolución N° 245 no es ilegal ni arbitraria, ni tampoco vulnera las garantías esgrimidas por los recurrentes. En efecto, el artículo 3 de la Ley 19.880, reviste de presunción de legalidad al acto administrativo, el que se encuentra firme y ejecutoriado. Sobre la pretendida arbitrariedad, la resolución en cuestión fue dictada en un procedimiento ajustado a la norma, dentro de las facultades que la ley le confiere a la DGA, y cuyos alcances afectan a todos aquellos petitionarios que aspiran a obtener derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas en el sector hidrogeológico de la Pampa del Tamarugal, de manera que no concurre la arbitrariedad.

Contextualiza que el 23 de diciembre de 2004, un particular presentó una solicitud ante la DGA, en la que se requería declarar como área de restricción para nuevas explotaciones de aguas subterráneas el sector hidrogeológico de aprovechamiento común denominado Pampa del Tamarugal. Luego, por Informe Técnico N° 607, de 22 de diciembre de 2009, se concluyó que la explotación sustentable de dicho sector, que alcanza los 2.060 litros por segundo, era insuficiente en relación a los derechos solicitados en él, de manera que, por mandato legal, la DGA declaró esa zona como de restricción para nuevas explotaciones, para asegurar la conservación y protección en el largo plazo. Este mismo



argumento sirvió para el no otorgamiento de derechos de aprovechamiento provisionales.

Enseguida, reproduce fallos de la Excma. Corte Suprema que, conociendo de recursos de reclamación en contra del acto administrativo, reconocieron la legalidad de la declaración de zona de restricción.

Finalmente, aborda las garantías fundamentales supuestamente amagadas por la falta de consulta indígena. Sobre la igualdad ante la ley, sostiene que la Resolución N° 245 no se encuentra dentro de las hipótesis en las que el legislador previó la consulta obligatoria, ya que se trata de un acto de naturaleza reglada, sin espacio para discrecionalidad; y en otra línea, no se afectan las tradiciones o costumbres ancestrales por cuanto la decisión administrativa no concierne aspectos culturales de los actores, resolución que fue sometida a toma de razón sin reparo alguno.

En cuanto al libre ejercicio de cualquier actividad económica, manifiesta que la solicitud de un derecho de aprovechamiento es una mera expectativa, que no otorga prerrogativa alguna a quien lo solicita. Por otro lado, afirma que más que el cuidado de sus tradiciones y cultura ancestral, los recurrentes tienen un afán pecuniario, atendida su calidad de agricultores y ganaderos. Por último, aduce que conceder a los actores derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas en el sector restringido en desmedro de personas que no tiene tal condición, importaría una discriminación y violación al derecho a la igualdad ante la ley.

Por lo expuesto, insiste en su petición de rechazo del recurso, con expresa condena en costas.

Con fecha 7 de agosto de 2017, se trajeron los autos en relación.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el artículo 20 de la Constitución Política concede, a quien por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías taxativamente señalados, la acción cautelar de protección a fin de impetrar del órgano jurisdiccional se adopten de inmediato las medidas o providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.



De lo anterior se infiere que para su procedencia es requisito indispensable la existencia de un acto u omisión ilegal, es decir, contrario a derecho, en el sentido de vulnerar un precepto normativo obligatorio, o bien, arbitrario, esto es, producto del mero capricho de quien incurre en él, de modo que la arbitrariedad significa carencia de razonabilidad en el actuar u omitir.

Asimismo, la arbitrariedad o ilegalidad del acto contra el cual se recurre debe aparecer de manifiesto sin necesidad de que en esta sede pueda rendirse prueba o valorarse otras circunstancias que ameriten un examen de mayor amplitud o profundidad, pues la característica de brevedad e inmediatez del recurso lo impide, existiendo para ello, los procedimientos ordinarios que la ley franquea.

SEGUNDO: Que conforme se lee del libelo, los recurrentes dirigen su acción en contra de la Dirección General de Aguas, por haber dictado la Resolución N° 245, de 30 de diciembre de 2009, que declara como área de restricción para nuevas extracciones de aguas subterráneas el sector hidrogeológico de aprovechamiento común denominado Pampa del Tamarugal, ubicado en la provincia de Iquique, región de Tarapacá, sosteniendo que ésta es ilegal y arbitraria al haberse omitido una consulta previa a los pueblos indígenas directamente afectados por ella, conforme a lo establecido en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), proceso de consulta que era necesario, en los términos de su artículo 6 N° 1 letra a), al tratarse de una medida administrativa que les afecta directamente, por cuanto se trata de una zona con aguas de uso ancestral por las comunidades indígenas, por lo que se vulneran a su respecto las garantías constitucionales que indica.

TERCERO: Que para la procedencia de la acción constitucional de protección es necesario, además de lo señalado en el motivo Primero de esta sentencia, que la acción se haya intentado dentro del plazo fatal de 30 días corridos, dado que esta acción tiene por fin poner pronto remedio a la infracción de las garantías constitucionales señaladas en el artículo 20 de nuestra Carta Magna, debiendo, en su caso, adoptarse de inmediato las medidas que se estimen para el restablecimiento del derecho.



En este contexto, una primera conclusión que surge es que el recurso de protección deducido, en la medida que reclama como acto ilegal y arbitrario la dictación de la Resolución N° 245, de 30 de diciembre de 2009, de la Dirección General de Aguas, solicitando que ella sea dejada sin efecto respecto a las medidas administrativas 3, 7 y 10, por requerir de consulta indígena previa a su implementación, resulta extemporáneo, a la luz de lo previsto en el N° 1 del Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema sobre la materia, por cuanto la acción cautelar aparece deducida más allá de los 30 días corridos, tanto desde dictación del acto, como desde la fecha de su publicación, esto es, el 1 de junio de 2010, hecho del cual, por cierto, los recurrentes han tenido pleno conocimiento, desde que señalan tal resolución es un acto de desarrollo continuo y permanente en el tiempo, a modo de justificar la oportunidad de su presentación, de manera que cabe disponer su rechazo.

CUARTO: Que sin perjuicio de lo expresado precedentemente, para el caso de estimarse que el recurso ha sido deducido dentro de plazo, éste tampoco será acogido, por cuanto no existe ilegalidad ni arbitrariedad en el obrar de la recurrida.

En primer término, porque de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado, inciso octavo, señala: “Los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios, desde su entrada en vigencia, autorizando su ejecución de oficio por la autoridad administrativa, salvo que mediere una orden de suspensión dispuesta por la autoridad administrativa dentro del procedimiento impugnatorio o por el juez, conociendo por la vía jurisdiccional”. En consecuencia, constituyendo la Resolución N° 245, de 30 de diciembre de 2009, un acto administrativo afinado, firme y ejecutoriado, goza de presunción de legalidad, sin que los recurrentes de protección hayan presentado antecedentes suficientes con el fin de desvirtuarla. Por lo demás, la vigencia y aplicación de la resolución cuestionada ha sido reconocida por los Tribunales de Justicia en distintas sentencias recaídas en reclamaciones interpuestas en virtud del Código de



Aguas, al establecer que la Dirección General de Aguas ha actuado conforme a derecho cuando deniega constituir nuevos derechos de aprovechamiento en el acuífero de la Pampa del Tamarugal, por no haber disponibilidad del recurso hídrico, el cual, además, fue declarado como zona de restricción.

En segundo lugar, en relación a la arbitrariedad del acto impugnado, baste decir que por su naturaleza se trata de una resolución de término o final, que es fruto de un procedimiento reglado, en que se han considerado diversos informes técnicos, que dieron cuenta que la explotación sustentable de dicho acuífero, es insuficiente en relación a la explotación prevista de los derechos solicitados en él, determinando que los usos previsibles al 30 de junio de 2009 superaba con creces la explotación sustentable del acuífero, de manera que la Dirección General de Aguas, debió, por mandato legal, declarar la zona señalada como de restricción para nuevas explotaciones, y por ende, no estamos en presencia de un actuar sujeto a la arbitrariedad o discrecionalidad de la administración.

QUINTO: Que desde otro punto de vista, en lo que dice relación con la aplicación de la consulta previa indígena, en los términos señalados en el artículo 6 N° 1 letra a) del Convenio N° 169 de la OIT, respecto a las medidas administrativas 3, 7 y 10, contenidas en la Resolución N° 245, de la DGA, cabe señalar que dicha norma establece que: “Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;”

Por su parte, el artículo 7 del mismo Convenio indica: “Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los



planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.”

A su turno, con fecha 4 de marzo de 2014, se publicó el Decreto N° 66, del Ministerio de Desarrollo Social, esto es, el Reglamento que regula el procedimiento de consulta indígena en virtud del artículo 6 N° 1 letra a) y N° 2 del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, cuyo

artículo 7 se refiere a las “Medidas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas”, señalando su inciso tercero que: “Son medidas administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas aquellos actos formales dictados por los órganos que formen parte de la Administración del Estado y que contienen una declaración de voluntad, cuya propia naturaleza no reglada permita a dichos órganos el ejercicio de un margen de discrecionalidad que los habilite para llegar a acuerdos u obtener el consentimiento de los pueblos indígenas en su adopción, y cuando tales medidas sean causa directa de un impacto significativo y específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales, afectando el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas.”

SEXTO: Que de las normas transcritas precedentemente aparece que en la situación de hecho planteada por los recurrentes no se cumplen las condiciones exigidas para la aplicación de lo dispuesto en el artículo 6 N° 1 letra a) del Convenio 169 de la OIT, toda vez que aparte de individualizarse como representantes de comunidades indígenas, y referir la calidad de tales, haciendo presente ciertas características de las mismas, no han efectuado una relación precisa y circunstanciada de la forma en que la resolución en cuestión afectaría sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual, o bien el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas, limitándose a sostener la existencia de un derecho de propiedad ancestral sobre las aguas subterráneas y la

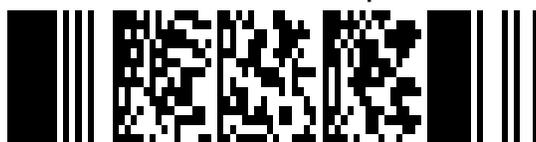


afectación en el desarrollo de las actividades productivas que realizan en el territorio donde se ubica el acuífero Pampa del Tamarugal.

De este modo, la Resolución que declaró zona de restricción para nuevas explotaciones el sector hidrogeológico Pampa del Tamarugal, al margen que se trata de un acto reglado, en que cumpliéndose los requisitos del artículo 65 del Código de Aguas, la administración está obligada a declarar el sector hidrogeológico como zona de restricción, no está dentro de las hipótesis previstas como de consulta indígena obligatoria, dado que no afecta el ejercicio de las tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas, pues en definitiva no concierne a aspectos culturales de los recurrentes, y en ese sentido no han podido verse afectados en su derecho de igualdad ante la ley.

SÉPTIMO: Que por otro lado, cabe indicar que la solicitud de un derecho de aprovechamiento de aguas constituye una mera expectativa, y desde ese punto de vista no puede argüirse la existencia de un derecho de propiedad, ni la afectación al ejercicio de una actividad económica lícita por no contar con tal derecho, por cuanto la acción de protección ha sido creada para cautelar derechos de rango constitucional indubitados, y en la especie, la situación planteada en el libelo, en lo que dice relación a estas garantías, la presente acción constitucional no resulta ser la vía idónea para resolver aquello, pues ella ha sido concebida como una de carácter excepcional, situación que no acontece en este caso, más aún cuando la pretensión de impugnar la resolución que declara como zona de restricción para nuevas explotaciones de aguas subterráneas y niega el otorgamiento provisorio de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas en el sector hidrogeológico de aprovechamiento común denominado Pampa del Tamarugal, significa en la práctica pretender la constitución de derechos de los que carecen actualmente.

OCTAVO: Que no concurriendo los principales presupuestos para que el recurso de protección prospere, es decir, que existan actos que puedan ser considerados ilegales o arbitrarios y atentatorios a las garantías constitucionales invocadas, sólo cabe disponer su rechazo.



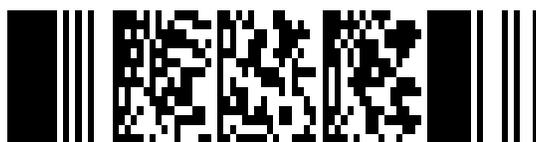
Por estas consideraciones, y atendido lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección, **SE RECHAZA** el recurso de protección entablado por don Daniel Godoy Villalobos, don Sergio López Oyanedel, doña Elba Carrasco Gamboa, don Silvorio Viza Choque, don Domingo Mamani Mamani, doña Amanda Díaz

Canavire, don Maximiliano Mamani Mamani, don Inocencio Mamani Mamani, don Osvaldo Fuentes Flores, doña Elsa Mamani Castro y don Richard Challapa Ayavire, en contra de la Dirección General de Aguas, por la dictación de la Resolución N° 245-2009, sin costas.

Regístrese, comuníquese y, en su oportunidad, archívese.

Rol I. Corte N° 534-2017. (Protección).





NRDJCDTKYG

Pronunciado por la Primera Sala de la C.A. de Iquique integrada por Ministro Pedro Nemesio Guiza G., Ministro Suplente Frederick Roco A. y Fiscal Judicial Jorge Ernesto Araya L. Iquique, dieciséis de agosto de dos mil diecisiete.

En Iquique, a dieciséis de agosto de dos mil diecisiete, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



NRDJCDTKYG

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.
A contar del 13 de agosto de 2017, la hora visualizada corresponde al horario de verano establecido en Chile Continental. Para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar 2 horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>.