
LA REIVINDICACIÓN JURÍDICA DE LA TERRITORIALIDAD INDÍGENA EN EL NORTE DE CHILE. EL CASO DE LA COMUNIDAD AYMARA CHUSMIZA - USMAGAMA

Alvaro Espinoza Collao, Juan Carlos Araya y Alberto Díaz

RESUMEN

Las comunidades aymara del norte de Chile desde tiempos históricos han identificado en el territorio ancestral una causa común para sus reivindicaciones. Este paradigma será recepcionado mediante instrumentos jurídicos que asocian territorio y recursos naturales como elementos claves para el

respeto de su identidad cultural. Este artículo analiza la respuesta de la estructura jurídica vigente, exhibiendo el caso de la comunidad aymara de Chusmiza - Usmagama como resistencia planteado desde el lenguaje de la formalidad impuesta.

Introducción

El pueblo de Chusmiza se localiza en la precordillera andina de la región de Tarapacá en el norte de Chile, emplazándose en las laderas de la quebrada de Ocharaza a una altura de 3.200msnm. La principal actividad productiva es la agricultura, con una superficie de ~30ha, desarrollando cultivos de alfalfa, maíz, ajo y habas. Posee zonas de pastales para el ganado camélido en los sectores de Antuta, Antijire, Pampa Grande, Casire y Apacheta Blanca. El Chapire es el *mallku*, cerro principal de la comarca, donde escurren los riachuelos de Huarcaza y Chapire.

En términos históricos, Chusmiza está vinculada a la comunidad aymara de Usmagama, cuyo poblado está ubicado al oeste de la quebrada de Ocharaza, siendo Chusmiza un área del territorio de Usmagama, con caseríos, chacras y una vertiente que en el pasado permitía a los comuneros sembrar maíz, ajo, cebolla, zanahorias y “papas en el pago de Chusmiza de la quebrada de Usmagama” (AN, 1864).

La ocupación de Chusmiza - Usmagama es de larga data, con evidencias arqueológicas precolombinas de asentamientos, *pukara* y petroglifos (Uribe *et al.*, 2007). El territorio comunitario responde a

patrones de ocupación del espacio andino bajo principios culturales o etnocategorías como *sayas* (parcialidades), *ayni* (trabajo comunitario y reciprocidad), *mit'a* (sistema de turnos comunitarios para el regadío), *apachetas* (montículos de piedras en los caminos como demarcadores del espacio y áreas) y cerros *mallkus* como el Chapire, lugar donde habitan los *apus* o el espíritu de sus ancestros. Se trata de conocimiento y prácticas indígenas que han reconfigurado el paisaje andino vinculado a *uma*, el agua que escurre por *punkus* para las acequias y que emanan de *phuju* o vertientes (Galdames y Díaz, 2015).

Las antiguas tradiciones en Chusmiza - Usmagama en torno a los usos del territorio y los recursos hídricos no solo se concentran en actividades productivas, sino que a su vez poseen múltiples significados que las y los comuneros saben reconocer en toda la extensión del paisaje, con lugares sagrados donde realizan desde tiempos inmemoriales una serie de ritos y costumbres que le dan sentido a su identidad étnica. Ceremonias como la *vilancha* o sacrificio de un llamo o cordeiro para la *anata* (carnaval), la Santa Cruz en lo alto de las cumbres aledañas o la festividad de la Virgen de Lourdes el 11 de febrero, celebración que

PALABRAS CLAVE / Aymara / Chusmiza y Usmagama / Justicia / Territorio /

Recibido: 17/01/2020. Modificado: 02/09/2020. Aceptado: 09/09/2020.

Alvaro Espinoza Collao (Autor de correspondencia). Doctor en Derecho, Universidad Autónoma de Barcelona, España. Académico, Universidad de Tarapacá,

Chile. Dirección: Departamento de Ciencias Sociales, Universidad de Tarapacá. Luis Emilio Recabarren N° 2477, Iquique, Chile. e-mail: aespinozac@uta.cl.

Juan Carlos Araya. Abogado. Profesor, Universidad de Tarapacá, Chile.

Alberto Díaz. Doctor en Antropología, Universidad Católica

del Norte, Chile. Académico, Universidad de Tarapacá, Chile. e-mail: albertodiaz@uta.cl.

THE LEGITIMATE CLAIM OF INDIGENOUS TERRITORIES IN NORTHERN CHILE. THE CASE OF THE AYMARA COMMUNITY CHUSMIZA - USMAGAMA

Alvaro Espinoza Collao, Juan Carlos Araya and Alberto Díaz

SUMMARY

The Aymara communities of northern Chile since historical times have identified in the ancestral territory a common cause for their demands. This paradigm will be received through legal instruments that associate territory and natural resources as key elements for respecting their cultural identity. This article analyzes the response of the current legal structure, exhibiting the case of the Aymara community of Chusmiza - Usmagama as resistance raised from the language of imposed formality.

A REIVINDICAÇÃO JURÍDICA DA TERRITORIALIDADE INDÍGENA NO NORTE DO CHILE. O CASO DA COMUNIDADE AIMARÁ DE CHUSMIZA E USMAGAMA

Alvaro Espinoza Collao, Juan Carlos Araya e Alberto Díaz

RESUMO

As comunidades aimarás do norte de Chile, desde tempos históricos, têm identificado uma causa comum para suas reivindicações no território ancestral. Este paradigma será recepcionado por meio de instrumentos jurídicos que associem território e recursos naturais como elementos chave para o respeito de sua identidade cultural. Este artigo analisa a resposta da estrutura jurídica vigente, exibindo o caso da comunidade aimará de Chusmiza e Usmagama como resistência, do ponto de vista da linguagem da formalidade imposta.

se realiza en el sector del socavón de Chusmiza, constituyen momentos sgnificos en la que la comunidad se despliega ritualizando el territorio a través del manejo y valorización de las aguas del río y vertientes andinas (Gajardo y Díaz, 2008).

Sin embargo, la tradición aymara se vió alterada cuando una empresa privada con anuencia de agencias del Estado accedió a los derechos de las aguas comunitarias a mediados de la década de 1990, originando un conflicto judicial entre las y los aymaras de Chusmiza - Usmagama en contra una empresa que quería usufructurar los recursos comunitarios. Los fundamentos de su defensa argumentaban una presunta vulneración de derechos; así, inicialmente se alegó que el Estado había privado a la comunidad de la posesión material y del derecho de propiedad ancestral sobre las aguas de la vertiente denominada socavón. La vulneración se habría producido porque el Estado, a través de la Dirección General de Aguas (DGA), otorgó en el año 1996,

mediante un procedimiento discriminatorio, arbitrario y al margen de la Ley, los derechos de agua de la comunidad a la empresa Agua Mineral Chusmiza S.A.I.C.A partir de aquel momento se inauguró un laberinto de alegatos interpuestos por la comunidad en contra de la empresa y el Estado; acciones judiciales financiadas por los indígenas mediante la realización de actividades sociales como venta de comidas tradicionales como *calapurka* los fines de semana y el aporte de los comuneros bajo los principios del *ayni*, permitiendo costear los gastos en abogados y traslado de los dirigentes a la capital por cerca de 14 años (Carvajal, 2010).

Con el paso del tiempo, entre alegatos y manifestaciones públicas de los indígenas en las ciudades de Iquique y Santiago, en el año 2009 la Corte Suprema de Chile reconoció finalmente los derechos comunitarios sobre sus aguas ancestrales. No obstante, pese al reconocimiento, tales derechos no fueron registrados por la autoridad administrativa;

tampoco la comunidad fue reparada por el daño causado durante los años que estuvo privada del recurso hídrico. En definitiva, se denunció la falta de reparación integral a las presuntas víctimas por la violación a derechos contenidos en la Convención Americana.

Años antes, durante el proceso judicial, en el 2006 la comunidad aymara de Chusmiza - Usmagama presentó una denuncia ante Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en contra el Estado de Chile. Entre sus argumentos se alegó como vulneración 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.

En este escenario, lo interesante es la situación de antinomia jurídica en que se resolvió el conflicto en los tribunales, confrontando la posición del opositor sustentada en el derecho de propiedad previamente

inscrito conforme la legislación de aguas. En contrario, la posición de la comunidad que, apoyada en la legislación especial indígena, solicitó el reconocimiento de un derecho consuetudinario preferente de naturaleza ancestral sobre sus aguas. En el fondo existía un conflicto de diversidad ontológica entre posiciones divergentes sobre el fin de la tierra, su contenido y alcance (Kolers, 2017). En primera instancia se reconoció el derecho ancestral preferente de la comunidad (Juzgado de Letras de Pozo Almonte 1996). La vencida apeló, instancia que confirmó la sentencia; en este contexto la opositora, agotó la instancia nacional interponiendo un recurso de casación ante la Corte Suprema, que rechazó sus argumentos confirmando el acogimiento de la solicitud de la comunidad.

Las líneas argumentativas de estos fallos tendrán un valor aperturista en el derecho nacional en materia de territorialidad y acceso a recursos naturales. Dentro de sus razonamientos jurídicos destacan los

siguientes: a) se reconoce la propiedad ancestral sobre los recursos naturales, aun cuando no se encuentren en propiedad formal del reclamante; b) se reconoce que esta titularidad se regula por su derecho propio consuetudinario, por tanto la inscripción registral transitará de un valor constitutivo del dominio a un carácter meramente probatorio; y c) se declara la prevalencia de la normativa indígena sobre la norma común que regula el derecho de aguas.

Este artículo ensayo examina, utilizando fuentes jurídicas y etnohistóricas, cómo operó el principio de territorialidad internacional al incorporarse en la dinámica jurídica nacional, lo cual supone que, en la praxis, circularon en los requerimientos la inserción del paradigma indígena aymara como parte de la discusión jurídica territorial.

La territorialidad indígena como herramienta del pluralismo jurídico

Los sistemas jurídicos nacen de elementos históricos y modernos que convergen para su fijación; en palabras de Bobbio (2007: 158): “Todo ordenamiento no nace en un desierto”. Desde esta perspectiva la ocupación del derecho por la cuestión territorial indígena nace junto a la conquista europea; ya en la filosofía *ius* naturalista del renacimiento se reprocha la política de usurpación de bienes y tierras (Pérez, 1992). El paradigma liberal de igualdad que tuteló el derecho decimonónico ignoró las particularidades territoriales de la población aymara del norte chileno, imponiendo un modelo de inscripción en registros conservatorios de las propiedades, período que fuera denominado como de anarquía registral debido a los errores que traían las inscripciones en registros incompetentes frente a un sistema desconocido (Dougnac, 1984).

Desde el derecho actual se ha destacado la búsqueda de un orden no lineal que favorece lo plural (Trazeignes, 2018).

Asimismo, se describe el pluralismo jurídico y la interlegalidad como factores propios de la postmodernidad (Santos, 1988). Este enfoque centrado en la diversidad ha fortalecido las reivindicaciones territoriales indígenas en Latinoamérica, asociando territorio a sobrevivencia e identidad cultural como valores jurídicamente protegidos. Esta emergencia fue asumida tempranamente en el derecho internacional como elemento central para el desarrollo económico-social de estos colectivos (Stevenhagen, 2007). Al respecto, este proceso no resulta del todo pacífico; justamente, una de las principales tensiones se expresa en la distinción entre tierra y territorio. El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante ‘Convenio’) incorporó al derecho nacional el término territorialidad para indicar que las tierras indígenas comprenden tanto los espacios en posesión como aquellos que utilizan o han utilizado y sus recursos naturales (Lopehandia, 2012).

Este se reconoce en su órbita el “área física conformada por un núcleo de casas, recursos naturales, cultivos, plantaciones y su entorno, ligados en lo posible a su tradición cultural” (Corte IDH 2005: considerando 139). Como las tierras dedicadas a actividades ancestrales como la agricultura, la caza, la pesca, la recolección, el transporte, la cultura (Corte IDH 2007b).

En esta secuencia destaca la sentencia (Corte IDH 2001) en el caso *Awas Tingni* contra Honduras del año 2001, que permitió insertar varios estándares jurídicos sobre territorialidad indígena. Entre estos podemos destacar: a) el reconocimiento de la titularidad comunitaria; b) la aplicación del derecho consuetudinario 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.

Cabe recordar que la eficacia de los estándares jurídicos de la Corte IDH están

resguardados mediante el trámite de control de convencionalidad, mecanismo que impone al Estado la responsabilidad de actuar como garante de los derechos humanos (García, 2018). En lo práctico, obliga a los órganos judiciales a examinar la compatibilidad entre las normas nacionales, la Convención Americana y otros instrumentos del sistema interamericano, incluida la interpretación de la propia Corte (Núñez, 2015). La magistratura nacional debe desarrollar *ex officio* un control de equivalencia que puede conllevar la supresión de la norma contraria a los estándares (Corte Suprema 2018, 2019). Estos estándares constituyen a la vez parámetros del cumplimiento de los compromisos de cada Estado, reconociéndose en el caso chileno una situación crítica por la implementación insuficiente de las normas internacionales vigentes (Aylwin, 2014).

El concepto de propiedad ancestral indígena como reconocimiento del derecho

El reconocimiento de la propiedad ancestral indígena consiste en reconocer jurídicamente 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, traduciéndose en el desconocimiento del interés indígena frente al derecho inscrito de terceros con una constante pérdida de sus espacios de ocupación históricos (Aylwin *et al.*, 2013).

El concepto de propiedad ancestral indígena se inserta por primera vez en la legislación nacional mediante el Art. 3 transitorio de la Ley N° 19.253 sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas del año 1993. Este encomendaba a CONADI y a la DGA a establecer un convenio para la protección, constitución y restablecimiento de los derechos de aguas de propiedad ancestral de las comunidades aymaras, siempre que se encontraran en terrenos de la comunidad y sin perjuicio de

los derechos inscritos por terceros. Desde esta disposición la sentencia en estudio interpreta un derecho de propiedad como “...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...” (Corte Suprema 2009: consid. 10).

Previamente, la Corte Suprema ya había reconocido en materia de derechos de aguas este concepto en la causa *Toconce* con *ESSAN S.A.*, declarando que el derecho de propiedad consagrado en el Art. 19 N° 24 de la Constitución Política del Estado debía comprenderse desde la perspectiva del pluralismo jurídico, incluyendo la propiedad que deriva del uso consuetudinario del agua (Corte Suprema 2004). No obstante, según nuestro parecer, la relevancia del caso en análisis está en la ponderación de la Corte Suprema del Convenio con el fin de transitar desde el concepto de tierra al de territorialidad.

En este sentido, el tribunal consideró el Convenio señalando que el término tierras de la norma nacional debía incluir el concepto de territorios, es decir, “lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera” (Corte Suprema 2009: consid. 6). Esto orientó la interpretación normativa en un sentido teleológico, así pese a que la vertiente de agua se ubicase en propiedad de un tercero, lo que limitaba su derecho reivindicatorio, esto no puede impedir la protección preferente de los recursos naturales que históricamente han utilizado los aymaras.

Este reconocimiento insertó al sistema jurídico nacional un concepto pluralista del derecho de propiedad; así el uso consuetudinario sustenta su dominio siendo la inscripción registral un medio de certeza jurídica no constitutivo. Este cambio

refleja simultáneamente un giro en las políticas públicas en territorios indígenas, pasando de un 'Sin título tu tierra no vale' que desconocía la propiedad ancestral (Bienes Nacionales, 2000), a reconocer que los programas públicos de regularización de la propiedad indígena, solo pretenden contribuir a la seguridad jurídica para acreditar su titularidad (Bienes Nacionales, 2019).

Este criterio actualmente ha sido consolidado como estándar jurisprudencial por la Corte Interamericana, resaltando que el concepto territorio del Convenio 169 impone una noción de propiedad diferente al derecho occidental, equiparando la posesión o uso de la tierra a un título de propiedad (Corte IDH 2007a). Asimismo, la Corte se ha pronunciado sobre la importancia del derecho consuetudinario en la acreditación de la titularidad de la tierra, reconociendo que la propiedad indígena deriva de valores jurídicos tradicionales y de sus costumbres (Corte IDH 2001). Dicha mirada se confronta con la propuesta de regulación jurídica de las aguas sistematizada en el Código de Aguas de 1981, el cual promueve el libre acceso al recurso debiendo la autoridad conceder los que se soliciten salvo que existan perjuicios a terceros (Vergara, 2002), promoviendo un fortalecimiento significativo de la propiedad y la autonomía privada (Aranda, 2013), y requiriendo para constituir propiedad sobre el recurso un acto de autoridad e inscripción formal.

Este modelo por sus características entra en tensión normativa con la legislación especial indígena, excluyendo las estructuras consuetudinarias indígenas de gestión de los recursos hídricos, pese a que estas confirman una gestión ancestral sostenible e incluso más democrática (Gentes, 2002). En tal sentido, la Corte IDH en materia de recursos naturales ha ratificado la extensión del derecho de propiedad establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos tanto a la tierra como a los recursos

naturales que lo integran, resaltando que estos resultan "necesarios para su supervivencia física y cultural" (Corte IDH 2007a: párr. 122).

Estas interpretaciones fortalecen las herramientas de resistencia cultural al insertar valores culturales propios en la realidad jurídica, fracturando la concepción clásica de propiedad en el derecho. Asimismo, favorecen la armonización del ordenamiento jurídico en línea con la legislación moderna asociada a los derechos humanos. En lo práctico, suprimen los requisitos contenidos en la Ley 19253 imponiendo el concepto de territorialidad del Convenio.

La instancia judicial internacional por la territorialidad Aymara

En el año 2006, previo a que la Corte Suprema de Chile resolviera el asunto principal vinculado a las aguas de la comunidad de Chusmiza - Usmagama, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) recibió la petición 1288-06 contra el Estado de Chile. Entre sus argumentos principales se alegaba como vulneración la privación de la posesión y del derecho de propiedad sobre las aguas utilizada desde tiempos inmemoriales por los indígenas aymaras, aludiendo al carácter fundamental del recurso para preservar su hábitat, darle viabilidad ambiental al territorio y desarrollar su cultura. Dicha vulneración se habría producido en cuanto el Estado mediante la Dirección General de Aguas (DGA) concedió de manera arbitraria e ilegal los derechos de agua de la comunidad a terceros, cuestión que no fue revertida mediante el proceso de Nulidad de Derecho Público interpuesta contra la DGA y la empresa Agua Mineral Chusmiza S.A.I.C., finalmente rechazado por la Corte Suprema. Con posterioridad se alegó la falta de ejecución de la sentencia de la Corte Suprema del año 2009 debido a la falta de inscripción del derecho declarado, la falta de pronunciamiento sobre la

transformación de derechos de agua a favor de la empresa y, la ausencia de responsabilidad del Estado y su obligación de reparar los daños causados.

Respecto a los perjuicios, se sostuvo que la pérdida del recurso alteró significativamente las costumbres de la comunidad, causando el desplazamiento de la población y la pérdida de expresiones culturales propias. Desde lo normativo, se fundamentó que el Estado chileno era responsable por la violación de los derechos a la propiedad, las garantías judiciales y la protección judicial de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Una vez analizados los antecedentes, la CIDH declaró la petición admisible; la Comisión convocó en el año 2016 a una reunión de trabajo para alcanzar un Acuerdo de Solución Amistosa (ASA), definiéndose como asuntos centrales: a) respecto al derecho sobre las aguas, las partes acordaron incluir una anotación marginal en el registro competente; b) respecto a la delimitación y titulación de la propiedad de la comunidad, las partes acordaron avanzar en un trabajo conjunto; c) la definición de un plan de desarrollo productivo y de inversión; y d) la compra de los terrenos pertenecientes a la empresa Embotelladora Chusmiza S.A.

Durante el 165 período ordinario de sesiones de la CIDH, realizado en Montevideo, Uruguay, en 2017, se acordó la existencia de condiciones necesarias para celebrar el ASA, con base en el reconocimiento explícito de la importancia que el territorio, la tierra y los recursos naturales tienen para la supervivencia organizada de los pueblos indígenas y su autodeterminación. Finalmente, en 2018 el Estado de Chile suscribió el 'Acuerdo Amistoso con la C.I.A. de Chusmiza Usmagama', actualmente en etapa de cumplimiento bajo supervisión de la Comisión.

Este mecanismo del sistema Interamericano permite, junto con resolver un conflicto, generar espacios de diálogo, fijando medidas de reparación para las víctimas (CIDH, 2018).

Una vez presentada una petición y antes de resolver el asunto, se fijó un plazo para que las partes manifiesten su interés en iniciar el procedimiento de solución amistosa. En cuanto a su naturaleza jurídica, se constituye como un mecanismo de solución pacífica asumiendo la forma de una conciliación para resolver controversias internacionales (Carmona, 2005).

Dicho procedimiento no implica *per se* un reconocimiento de responsabilidad internacional, sino un cumplimiento con base en el principio de buena fe y el respeto de los derechos humanos (Corte IDH, 1994). No obstante, el acuerdo puede incluir la aceptación de responsabilidad del Estado; como contraparte, las víctimas renuncian a llevar el caso ante la Corte IDH. En caso de acuerdo, la CIDH aprueba un informe con una exposición de la solución lograda, para luego publicarlo previa verificación del consentimiento de las víctimas; posteriormente la Comisión cautela el cumplimiento mediante medidas como audiencias de observación, solicitud y desarrollo de informes públicos.

El Estado al celebrar un acuerdo atenúa los efectos que podría generar un fallo desfavorable, exhibiendo un compromiso político con la protección de los derechos humanos; la validez de las decisiones en el sistema interamericano finalmente es una cuestión de voluntad política (Schönsteiner y Couso, 2015). En cuanto a su eficacia, Huneeus (2011) ha destacado como factor determinante las instancias estatales que estén involucradas en el cumplimiento de los compromisos asumidos. Así, las medidas que solo involucran al Poder Ejecutivo se cumplen en un 40%, mientras las que requieren colaboración entre poderes disminuyen su nivel de acatamiento, siendo la más baja la que requiere de los tres poderes con un 2% de eficacia.

El acuerdo alcanzado en materia de territorialidad y recursos naturales estableció una serie de compromisos. Primero, el Estado reconoce la

ocupación histórica ancestral de las tierras que habita la Comunidad de Chusmiza - Usmagama, comprometiéndose a iniciar un proceso de regularización y transferencia de las tierras. La CIDH (2013) resalta que esta medida permite terminar la conducta contraria a derecho, restableciendo la situación vulnerada. Este compromiso se enmarca en la reparación de daños en materia de propiedad indígena asumidas por el sistema Interamericano; su sustento normativo es el derecho de propiedad del Art. 21 de la Convención Americana. Al respecto, la Corte IDH (2005) ha destacado que no resulta suficiente el reconocimiento abstracto del derecho; en contrario, se deben adoptar medidas efectivas para delimitar físicamente la propiedad.

El cumplimiento de este compromiso armoniza el sistema jurídico nacional respecto al Ar. 2 del Convenio 169, que obliga a los Estados a desarrollar acciones sistemáticas de protección de los derechos territoriales indígenas, permitiendo cubrir una insuficiencia de la legislación interna. En el caso de Chile, este aspecto ha sido observado por la Organización Internacional del Trabajo que ha instado al Estado a adecuar su estructura jurídica, reconociendo de manera eficaz los derechos de propiedad (OIT, 2013). En el mismo sentido, su ejecución concede eficacia a los compromisos de reconocimiento y restitución de las tierras indígenas establecidos en la Ley 19.253, siendo una obligación que debía desarrollarse en un plazo de tres años desde la promulgación de la Ley; es decir, hace más de 25 años. Sin embargo, a la fecha, la ejecución de esta disposición en territorios aymaras es prácticamente nula. En definitiva, la ejecución efectiva de esta medida del ASA, permitirá aminorar la responsabilidad internacional del Estado debido al incumplimiento de compromisos contraídos jurídicamente.

Segundo, con el fin de otorgar certeza jurídica, el Estado se comprometió a incluir en el

registro competente la sentencia que reconoció el derecho de propiedad ancestral sobre las aguas de la Comunidad Chusmiza - Usmagama. Dicha medida ha sido cumplida con la inscripción en el Conservador de Bienes Raíces de Pozo Almonte a fojas 184, número 147 del Registro de Propiedad de Aguas correspondiente al año 2010.

Tercero, el acuerdo contempla, para garantizar el acceso efectivo a las aguas de la comunidad, la compra de los terrenos del socavón donde nacen las aguas y otras propiedades de la Empresa de Aguas Chusmiza. Sobre este punto, el acuerdo se expresa en los siguientes términos: “Comprar los terrenos del Socavón, desde donde nacen las aguas de la Comunidad. Para estos efectos el Estado utilizará el mecanismo que provee el Art. 20 letra b de la Ley N° 19.253 Fondo de Tierras y Agua. Esta medida se implementará una vez que la Comunidad solicite formalmente a la CONADI, la compra de los predios demandados, y en el caso de existir voluntad de vender, el Estado se compromete a comprar los terrenos pertenecientes a la Empresa Embotelladora por medio de los instrumentos y procedimientos consagrados en la Ley N° 19.253”.

La restitución de tierras como medida de reparación resulta habitual en el sistema Interamericano de Derechos Humanos y, en el contexto de un ASA, fue examinado por primera vez en 1985 en el caso del pueblo Yanomami con Brasil. Luego, se reiteró en el caso de la comunidad indígena Enxet-Lamenxay y Kayley-phapopyet - Riachito con Paraguay en 1998. En la misma línea, la comunidad los Cimientos Quiché, donde el Estado de Guatemala se comprometió a comprar una finca para su asentamiento definitivo (CIDH 2003). También, se encuentra el caso Juan Arbenz Guzmán con Guatemala (CIDH 2012). En Chile, al cumplirse este acuerdo, sería el primero en restablecer Derechos territoriales por esta vía a una comunidad indígena.

Ahora, consignemos que la legislación chilena no contempla procesos específicos para dar cumplimiento a las sentencias o acuerdos emanados de instancias internacionales; por tanto, el Estado debe acudir a herramientas establecidas en la legislación general, reduciéndose a dos: a) la celebración de contratos traslaticios de dominio, particularmente la compraventa; y b) la expropiación de las tierras comprometidas, vía para la cual según la Constitución Política del Estado debiera dictarse una Ley que autorice el acto por exigirle el interés nacional. Conforme al tenor del ASA pareciera que la compraventa es la única vía escogida; sin embargo, esta modalidad no confiere la certeza jurídica que emana del espíritu del acuerdo, quedando su cumplimiento sujeto a la voluntad de un tercero ajeno a los compromisos contraídos. El acuerdo fija la obligación del Estado de adquirir los terrenos bajo la condición de ‘existir voluntad de vender’. No obstante, consideramos que la naturaleza de obligación internacional que tiene el ASA orienta su interpretación desde el principio de la buena fe, es decir, al sentido que favorezca su eficacia, incluso por otra vía de ser necesario.

Otra ambigüedad semántica que existe dentro del texto del ASA consiste en que el Estado se compromete a: “Comprar los terrenos del Socavón, desde donde nacen las aguas de la Comunidad...”, indicando luego que “...el Estado se compromete a comprar los terrenos pertenecientes a la Empresa Embotelladora por medio de los instrumentos y procedimientos consagrados en la Ley N° 19.253” (CIDH, 2017: 3). Desde el principio de buena fe que debe orientar la interpretación del acuerdo se entiende que el Estado se compromete a adquirir todos los terrenos, incluido aquel donde se encuentra el socavón. Cabe recordar que el Estado chileno tiene un compromiso vinculante asociado a la ampliación de las tierras indígenas, el cual debía cumplirse precisamente con la creación del Fondo de

Tierras y Aguas Indígenas que se indica en el ASA. Para el caso de las tierras indígenas aymaras, éste se ha concretado progresivamente bajo la constitución de propiedad individual (González y Ruz, 2017), modalidad que se distancia del reconocimiento de la propiedad colectiva indígena que promueve la estructura jurídica vigente.

En términos generales, los compromisos fijados en el ASA expresan medidas concretas para garantizar la territorialidad aymara, fortaleciendo sus derechos sobre la tierra y sus recursos como elementos básicos de subsistencia e identidad cultural. Desde otra perspectiva, su efectivo cumplimiento permitirá medir el nivel de compromiso del Estado con los derechos humanos, revirtiendo un proceso de incumplimiento histórico en la región. Como vemos, el desarrollo de las herramientas judiciales que provee el derecho vigente deja de manifiesto un estado de transición en la materia, resaltando un camino abierto, pero cuesta arriba, para una efectiva defensa del territorio indígena.

Reflexiones Finales

La inserción de instrumentos internacionales especiales sobre derechos indígenas ha debilitado el monismo jurídico prevalente en nuestro sistema jurídico, dando rasgos propios de la posmodernidad jurídica tutelada por el acogimiento de la diversidad en un contexto de universalidad. Estos rasgos de pluralismo jurídico no resultan aún plenamente moderadores del sistema jurídico nacional chileno; empero, permiten argumentar en un contexto de tensión una interpretación judicial que favorezca la aplicación del derecho propio de las comunidades indígenas.

Las comunidades aymara del norte de Chile vienen reivindicado por largo tiempo su acceso al territorio ancestral y sus recursos naturales que forman parte del paisaje cultural andino, entre *mallkus*, *apachetas* y *uma*. Actualmente este proceso ha comenzado a tener

materialidad jurídica mediante el reconocimiento de sus derechos y el inicio de un proceso de demarcación y titulación de sus territorios históricos. Sin embargo, la respuesta está sujeta a un acto de voluntad política y la buena fe del poder público. El caso en análisis refleja la respuesta actual del derecho en toda su extensión, mientras la decisión del Estado de acudir al acuerdo de solución amistosa expresa una intención positiva de respeto por los derechos humanos y de reparación de los perjuicios históricos. Este compromiso internacional se observa como una oportunidad cierta de establecer cánones para una convivencia armónica para el futuro, permitiendo la fijación de prioridades que favorezcan la subsistencia cultural de los pueblos que habitaban este espacio. Ello permitirá revertir la falta de eficacia de los compromisos sobre los territorios contraídos mediante la Ley 19.253, exhibiendo respeto por el derecho internacional, eximiendo de la responsabilidad internacional que conllevan las vulneraciones comprometidas y fortaleciendo la legitimidad del sistema interamericano de derechos humanos.

AGRADECIMIENTOS

Esta publicación es resultado de los Proyectos FONDECYT n° 1181844 y UTA Mayor n° 6722-20.

REFERENCIAS

- AN (1864) *Notariales de Iquique*, 27 de agosto de 1864. Archivo Nacional de Santiago. Chile.
- Aranda P (2013) Los derechos de aprovechamiento de aguas en Chile y su marco regulatorio. *Rev. Derecho UChile* 4: 105-122.
- Aylwin J, Meza-Lopezhandía M, Yáñez N (2013) *Los Pueblos Indígenas y el Derecho*. LOM. Santiago, Chile. 604 pp.
- Aylwin J (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 J, Tamburini L (Eds.) *Convenio 169 de la OIT. Los Desafíos de su Implementación en América Latina a 25 Años de su Implementación*. Grupo de Trabajo Internacional para Asuntos Indígenas. Copenhague, Dinamarca. pp. 46-61.
- Bienes Nacionales (2000 / 2019) Ministerio de Bienes Nacionales. http://www.bienes-nacionales.cl/?page_id=1621. (Cons. 20/11/2019).
- Bobbio N (2007) *Teoría General del Derecho*. 3ª ed. Temis. Bogotá, Colombia. 158 pp.
- Carmona JU (2005) La solución amistosa de peticiones de derechos humanos en el ámbito universal y regional, con especial referencia al sistema interamericano. *Anu. Mex. Derecho Int.* 5: 83-122.
- Carvajal L. (2010) *Historia de la Lucha por los Derechos de las Aguas de los Pueblos de Chusmiza y Usmagama*. 2ª ed. Oñate. Iquique, Chile. 125 pp.
- CIDH (2003) Informe No. 68/03 (solución amistosa), Caso 11.197, Comunidad San Vicente de los Cimientos, Guatemala. Comisión Interamericana de Derechos Humanos
- CIDH (2012) Informe No. 30/12 (solución amistosa), Caso 12546, Juan Arbenz Guzmán, con Guatemala. Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- CIDH (2013) *Informe sobre Impacto del Procedimiento de Solución Amistosa*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II., Doc. 45/13 18.
- CIDH (2014) Comunicado de prensa sobre visita a Chile. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (11/12/2014).
- CIDH (2017) Caso “Comunidad Indígena Aymara Chusmiza-Usmagama” ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- CIDH (2018) *Informe sobre Impacto del Procedimiento de Solución Amistosa*, 2ª ed. Actualizada. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. OEA.167, Doc. 3. (01/03/2018).
- Dougnac F (1984) La tenencia de la tierra en la quebrada de Tarapacá. *Rev. Chil. Derecho Priv.* 10: 249-261. 253
- Gajardo Y, Díaz A (2008) *Las Aguas de la Identidad. Chusmiza, Historia y Conflicto en la Precordillera Tarapaqueña*. Conadi. Iquique, Chile. 127 pp
- Galdames L, Díaz A (2015) Piedra en la piedra, ¿el hombre dónde estuvo? Percepción y significado de la piedra en la geografía sagrada de las sociedades andinas. *Runa* 36(2): 5-23.
- García S (2018) *Panorama de la Jurisprudencia Interamericana sobre Derechos Humanos*. Comisión Nacional de Derechos Humanos, México. 232 pp.
- Gentes I (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. *Rev. Derecho Admin. Econ.* 1: 81-111.
- González H, Ruz R (2017) Fe en el papel: la inscripción del dominio de las tierras de comunidad en el altiplano chileno. En González H, Ruz R (Coords.) *Propiedad de la Tierra Indígena en el Extremo Norte Chileno. Historia, Contexto y Casos*. Universidad de Tarapacá. Chile. pp. 113-129.
- Huneus A (2011) Courts resisting courts: Lessons from the Inter-American Court’s struggle to enforce human rights. *Cornell Int. Law J.* 44: 503-509.
- Kolen A (2017) Latin America in theories of territorial rights. *Rev. Cs. Polit.* 37: 737-753.
- Lopehandia M (2012) Territorio indígena en el derecho chileno. En *Informe 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). Biblioteca del Congreso Nacional. Santiago, Chile. 7 pp.
- Núñez C (2015) Bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad en Chile: Avances jurisprudenciales. *Anu. Derechos Humanos.* 11: 157-169.
- OIT (2013) *Informe del Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*. Organización Internacional del Trabajo. Ginebra, Suiza.
- Pérez Luño A (1992) Los iusnaturalistas clásicos hispanos y la polémica sobre el nuevo mundo. *Rev. Estud. Polit.* (Nva época) 77: 7-31.
- Santos B de S (1988) Droit: une carte de la lecture déformée. Pour une conception post-moderne du droit. *Droit Société* 10: 379-405.
- Schönsteiner J, Couso J (2015) La implementación de las decisiones de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos en Chile: Ensayo de un balance. *Rev. Derecho UCN* 22: 315-355.
- Stevenhagen R (2007) *Los Pueblos Indígenas y sus Derechos*. UNESCO. México. 183 pp.
- Trazegnies F (2018) *Postmodernidad y Derecho*. Jurídica Grijley. Lima, Perú. 137 pp.
- Uribe M, Sanhueza L, Bahamondes F (2007) La cerámica prehispánica tardía de Tarapacá, sus valles interiores y costa desértica, norte de Chile (Ca. 900-1450 dC). Una propuesta tipológica y cronológicas. *Chungara* 39(2): 143-170.
- Vergara A (2002) Las aguas como bien público (no estatal) y lo privado en el derecho chileno: evolución legislativa y su proyecto de reforma. En Vergara A (Ed.) *El Derecho de Aguas en Iberoamérica y España: Cambio y Modernización en el Inicio del Tercer Milenio*. Tomo II. Civitas. Madrid, España. pp. 179-213.

Jurisprudencia

- Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos (1994) Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia (excepciones preliminares), párr. 30.
- Sentencia Juzgado de Letras de Pozo Almonte, Chile (1996) Rol N° 1.194-1996, caratulados Alejandro Papic Domínguez con Comunidad Indígena Aimara Chusmiza y Usmagama.
- Sentencia Corte Interamericana de Derechos humanos (2001) Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 151.
- Sentencia Corte Suprema de Chile (2004) Recurso de Casación rechazado, causa Toconce con ESSAN S.A, Rol 986.
- Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005) Caso Comunidad indígena Yakyé Axa vs. Paraguay, considerando 139.
- Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos (2007a) Caso del Pueblo Saramaka con Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. párr. 114.
- Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos (2007b) Caso Comunidad Sawhoyamaya vs. Paraguay, 2007: párr. 120.
- Sentencia Corte Suprema de Chile (2009) Recurso de Casación, Rol: 2840-2008, caratulados Alejandro Papic Domínguez con Comunidad Indígena Aimara Chusmiza y Usmagama, Rechazado.
- Sentencia Corte Suprema de Chile (2018) Recurso de Revisión, Rol: 1488-2018 Humberto Lagos Schuffeneger con Sin identificar, Acogido.
- Sentencia Corte Suprema de Chile (2019) Reclamo de Ilegalidad, Rol: 11533-2019, causa José Cruzat Infante con Comisión para el Mercado Financiero, Rechazado.