PODER JUDICIAL
REPUBLICA DE CHILE
CORTE DE APELACIONES ANTOFAGASTA

Antofagasta, a treinta de octubre de dos mil veinte.

VISTOS:

La comparecencia de Juan Carlos Cayo Rivera, abogado, en representación de la **ASOCIACIÓN INDÍGENA CONSEJO DE PUEBLOS ATACAMEÑOS**, representada legalmente por Sergio Cubillos Verasay, Chileno-atacameño, dirigente indígena, todos domiciliados en calle Gustavo Le Paige N°348, comuna de San Pedro de Atacama, deduce en virtud del artículo 137 del código de aguas, reclamación en contra de la **DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS**, representada legalmente por su Director Regional Jaime Gómez Corral, ambos domiciliados en calle 21 de mayo N°470, 2 piso, Antofagasta, por la dictación de la Resolución Exenta N°181 de 3 de septiembre de 2019, que rechaza la oposición de la **COMUNIDAD INDÍGENA ATACAMEÑA DE PEINE**, a solicitud de exploración de aguas subterráneas, presentada por Compañía Minera Zaldívar SpA, en la comuna de San Pedro de Atacama, provincia el Loa, Región de Antofagasta. Solicita ordenar a la DGA que acoja la oposición presentada rechazando la solicitud de exploración de aguas subterráneas hecha por CMZ, o que en su defecto se retrotraiga el procedimiento administrativo hasta el punto de aperturar un proceso de consulta indígena respecto de la solicitud de exploración de aguas subterráneas.

Evacuando informe la Dirección Regional de la Dirección General de Aguas solicita el rechazo, por estimar que el acto administrativo impugnado, no presenta vicio alguno de legalidad, por cuanto, fue dictado por funcionario competente

OOYEHJODZV

y dentro de sus atribuciones, motivado por un antecedente o presupuesto legal, con un contenido determinado por la ley, dirigido al cumplimiento del fin previsto por el ordenamiento jurídico, y precedido de todas las formas legales.

Se ordenó notificar a Compañía Minera Zaldívar SpA del reclamo y el informe evacuado por la Dirección General de Aguas, para que dentro de plazo judicial manifestara lo que en derecho estimará pertinente, lo que no hizo, sin perjuicio de su alegato en estrados en los términos del informe de la recurrida.

Puesta en estado, y luego de su estudio, se han traído los autos para dictar sentencia.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el recurrente expone que con fecha 3 de septiembre de 2019, se dictó la resolución exenta N°181, por parte de la Dirección regional DGA Antofagasta, la cual fue notificada en la misma fecha según los dispone el artículo 139 del código de aguas. Resolución que rechazo las oposiciones interpuestas por la Comunidad Indígena Atacameña de Peine, Ilustre Municipalidad de San Pedro de Atacama, Corporación Forestal CONAF, Asociación Indígena Consejo de Pueblo Atacameños y S. Q.M. Salar S.A. a solicitud de exploración de aguas subterráneas, presentada por Compañía Minera Zaldívar SpA, en la comuna de San Pedro de Atacama, provincia el Loa, Región de Antofagasta.

Relata que el Consejo o indistintamente "CPA" es una organización indígena atacameña con personalidad jurídica reconocida y vigente de conformidad con los artículos 36 y 37 de la Ley Indígena. Consejo que representa geográficamente a todas las comunidades territoriales de "Atacama La Grande", incluyendo todas las cuencas afluentes del Salar de Atacama. Cuenta con la participación de los presidentes de cada una de

OOYEHJODZV

las 18 comunidades atacameñas participantes. Entre estas se cuentan: Río Grande, Machuca, Catarpe, Quitor, Guatin, San Pedro de Atacama, Solcor, Larache, Yaye, Séquitor, Cúcuter, Coyo, Toconao, Talabre, Camar, Socaire, Peine y Solor.

Alega que las tierras en que se pretenden explorar aguas subterráneas son de propiedad de la Comunidad Atacameña de Peine, por lo tanto, se vulnera el artículo 58 inciso 4 del código de aguas. La presentación hecha por CMZ, está mal planteada, toda vez que, como se lee de la misma y del extracto publicado con fecha 15 de febrero de 2019 en el diario oficial, se señala que son terrenos de bienes nacionales, en circunstancias que son de propiedad de la Comunidad Atacameña de Peine.

Refiere que la construcción del dominio indígena, deviene de la recepción tanto del derecho internacional, en cuanto al sistema internacional de los derechos humanos y como el ordenamiento interno o nacional, se adapta a los estándares que estos instrumentos establecen, ahora bien, esta no es más que la incorporación que han hecho los Estados del reconocimiento y valorización de la historia y dignidad tanto colectiva e individual de los pueblos indígenas y sus miembros, que han traído como consecuencia práctica una nutrida legislación de carácter proteccionista y que subyace en el derecho a la igualdad (acciones positivas, derecho al territorio y a los recursos naturales que existen dentro del territorio).

En el contexto internacional, existen normas y estándares de derechos humanos referentes a la propiedad que forman parte del bloque de constitucionalidad en chile y que son atingentes a la presente demanda. Particularmente el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, instrumento internacional reconocido, ratificado y vigente en

OOYEHJODZV

Chile. Que impone a los gobiernos el deber de respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación. Sumado a la Declaración de la Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del año 2007, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En el derecho interno, la ley Indígena 19.253, en sus artículos 12 y 13 definió cuáles son las "tierras indígenas", prohibiendo su enajenación, su adquisición por prescripción, su gravamen (incluyendo las servidumbres) y su embargo. Dicha ley señala que las tierras indígenas están exentas del pago de contribuciones estatales, y que cuando son comunitarias, no pueden ser arrendadas ni cedidas en administración o uso alguno. Gracias a estas leyes y por distintos mecanismos, además de su propiedad ancestral sobre dicho territorio, los pueblos indígenas de Chile han mantenido y protegido las propiedades patrimoniales, comunitarias e individuales que reconoce la Ley Indígena en su favor, algunas de las cuales el Estado de Chile ha regularizado y reconocido a través de los Decretos Leyes N°1.939 de 1977 y 2.695 de 1979, entre otros, y lo anterior, tanto en beneficio de personas jurídicas como personas naturales atacameñas.

En cuanto a la jurisprudencia, señala que la Excelentísima Corte Suprema en los autos rol N°14.003-14, en favor de la Comunidad indígena Atacameña de Toconce, resolviendo un recurso que proviene de la causa rol 235-2013 de la corte de apelaciones de Antofagasta, reafirma el principio de la preexistencia de la propiedad indígena (no inscrita en un registro conservatorio), pero que por el sólo hecho de estar demandada, se entiende que tienen sobre su

OOYEHJODZV

territorio, propiedad que es reconocida y amparada por el sistema estatal chileno.

Plantea que el territorio de la Comunidad Atacameña de Peine ha sido delimitado en conformidad a lo predispuesto en los procedimientos establecidos en los artículos 3 transitorio de la ley indígena, y en tal sentido entiende que la denominada demanda territorial, viene siendo cumplida de manera parcial por el estado, esto es, que se ha venido reconociendo la propiedad ancestral respecto del espacio demandado por esta Comunidad. En consecuencia, la demanda territorial de la Comunidad Atacameña de Peine es propiedad para todos los efectos legales y debe ser respetada por la Dirección General de Aguas. Por ende, el espacio que se pretende explorar se encuentra dentro de la demanda territorial, y en tal sentido se debió haber solicitado previamente el permiso o el acuerdo de Peine, cuestión que en la especie no ha ocurrido.

En este punto, la DGA al rechazar su oposición, reconoce que existe demanda territorial de la Comunidad de Peine, sobre el sector que se pretende realizar exploración de aguas subterráneas, pero no le da el carácter de dominio ancestral sobre el mismo, debiendo aplicarse el artículo 58 inciso 4 del código de aguas.

Un segundo argumento para acoger su oposición, dice relación con el deber de la dirección de aguas en cuanto a denegar o limitar una solicitud de exploración de aguas subterránea, en virtud del artículo 13 del reglamento de exploración y explotación de aguas subterráneas. En la presentación hecha por minera Zaldívar, el titular presenta en su solicitud de exploración, Medidas de Resguardo Ambiental en relación con las actividades durante la faena de exploración, dentro del polígono presentado, no quedando

OOYEHJODZV

debidamente especificado, qué medidas o resguardos tomará en relación a diferentes componentes ambientales que se verán intervenidas y las formas de mitigar dichas intervenciones, siendo preocupante debido a la fragilidad del sector seleccionado por Compañía Minera Zaldívar. En la cartografía presentada por CMZ en su oportunidad, no se nombra el Sector de Tilomonte, sector adyacente al polígono de exploración. Sector agrícola y cultural para la Comunidad Atacameña de Peine en donde su principal alimentación es proveniente de la aguada de Tulán, al no presentar puntos exactos de perforación, queda en riesgo, el que podría verse intervenido, lo que produciría la alteración sobre los sistemas agrícolas de Tilomonte.

Además, el documento de medidas ambientales hace mención a la flora y fauna, no especificando especies protegidas y especies de interés medicinal para la Comunidad Atacameña de Peine, dichas especies medicinales son recolectadas esporádicamente por los comuneros para usos medicinales como también comerciales, por lo que la exploración amenaza sobre la actividad cultural y cotidiana de la Comunidad.

Arguye la necesidad de consulta indígena respecto a la medida administrativa. La Consulta a los Pueblos Indígenas es un mecanismo de participación basado en el diálogo entre el Estado y los Pueblos Indígenas, ante todo es un derecho de los Pueblos Indígenas y un deber del Estado que proviene del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, que surge cada vez que se adopten medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlos directamente. Según la propia OIT, el deber de consulta previa es la piedra angular del Convenio 169, deber que irradia todas sus normas y que supone una forma

OOYEHJODZV

específica por la que el Estado se debe relacionar con los Pueblos Indígenas.

Consulta indígena incorporada directamente a nuestro ordenamiento jurídico, en tanto se configuren copulativamente dos requisitos; i) que exista una "medida administrativa o legislativa" y ii) que dicha medida sea "susceptible de afectar directamente" a los pueblos indígenas siendo esta la causal material de procedencia del derecho a la consulta.

Estimando que en la especie se cumple cabalmente con ambos requisitos, ya que la solicitud del peticionario es integrante de un proceso administrativo que tendrá como acto final, una manifestación de la voluntad de la administración mediante un acto administrativo que, para los efectos de la obligación de Consulta, se trata de una medida que puede calificarse como medida administrativa, y que la solicitud de exploración de aguas subterráneas se emplaza en el territorio del Área de Desarrollo Indígena Atacama la Grande, que además es una Zona de Interés Turístico y con aguas y tierras patrimoniales que pertenecen a las comunidades.

En consecuencia, solicita se abra un proceso de Consulta Indígena, bajo los estándares del Convenio 169 de la OIT, toda vez que se vulneran los derechos de terceros, en este caso de las Comunidades Atacameñas de Peine y del Consejo de Pueblos Atacameños.

En subsidio, para el caso que las anteriores cuestiones sean rechazadas, solicitan que la Dirección General de Aguas, realice un procedimiento de Consulta Indígena bajo los estándares del Convenio 169 de la OIT.

Solicita ordenar a la DGA que acoja la oposición presentada rechazando la solicitud de exploración de aguas subterráneas hecha por CMZ, o que en su defecto se retrotraiga el procedimiento administrativo hasta el punto de

OOYEHJODZV

aperturar un proceso de consulta indígena respecto de la solicitud de exploración de aguas subterráneas.

SEGUNDO: Que Jaime Gómez Corral, Director Regional de la Dirección General de Aguas, informa solicitando el rechazo.

Expone que Compañía Minera Zaldívar SpA, presentó una solicitud de autorización para explorar aguas subterráneas en Bienes Nacionales, en un sector ubicado en Pampa Quilvar, en la comuna de San Pedro de Atacama, provincia El Loa, Región de Antofagasta.

Por su parte, el día 26 de marzo de 2019, la Asociación Indígena Consejo de Pueblos Atacameños, dedujo oposición a la solicitud, la cual fue, posteriormente, rechazada mediante la Resolución D.G.A. Región de Antofagasta (Exenta) N°181 de 03 de septiembre de 2019, fundada en que no existe ningún antecedente que permita acreditar que la solicitud de marras ocasione perjuicios a la opositora.

Señala que las oposiciones interpuestas a la solicitud de exploración presentada por Compañía Minera Zaldívar SpA fueron rechazadas mediante la Resolución Exenta N°181 de 03 de septiembre de 2019, debido a que su fundamento, según lo dispuesto en el Código de Aguas, debe consistir en un efectivo perjuicio a los derechos de aprovechamiento de aguas del oponente. Criterio que ha sido confirmado por la Jurisprudencia, contenida en numerosos fallos, entre ellos, la sentencia de la Excma. Corte Suprema, de 6 de julio de 2015, en la causa Rol N°32101-2014.

Precisa que la consulta indígena, consagrada en el Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre Pueblos Indígenas y Tribales, se encuentra incorporada a nuestro ordenamiento jurídico a través del Decreto N°66 de 2013, del Ministerio de Desarrollo Social, que aprobó el Reglamento que regula el procedimiento de

OOYEHJODZV

consulta indígena en virtud del artículo 6 N°1 letra a) y N° 2 del aludido tratado internacional.

Destaca que en razón del carácter reglado que tiene la aprobación de una solicitud de exploración de aguas subterráneas, este tipo de proyectos no se encuentra comprendido dentro de aquellas medidas administrativas que deben ser consultadas a los pueblos indígenas interesados, correspondiendo su aprobación o rechazo a la Dirección General de Aguas, conforme a la normativa específica establecida en el Código de Aguas y en el Decreto Supremo M.O.P. N°203 de 2013.

Sin perjuicio, señala que el procedimiento reglado al que se somete una solicitud de exploración de aguas subterráneas, contempla un proceso de difusión y un plazo para presentar oposiciones. Recurso presentado en su momento por la reclamante, el 26 de marzo de 2019, donde no específica con claridad qué derechos que se verían afectados y/o vulnerados.

No obstante, la exención de consulta indígena en el caso que nos ocupa, este Servicio mantiene instrucción respecto de informar a CONADI respecto de todas aquellas solicitudes de Aguas relacionadas con la Provincia de El Loa, lo cual se materializó mediante Ord. N°125, de 25 de enero de 2019, emitido por la Gobernación Provincial de El Loa, remitiendo copia de la solicitud en comento a la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena. Así, mediante Ord. N°0039 de 27 de febrero de 2019, la CONADI informó que el área solicitada se inserta en tierras bajo régimen de propiedad indígena y en área de desarrollo indígena, invocando la Ley N°19.253 de 5 de octubre de 1993. Sin embargo, al respecto es procedente indicar que los artículos 34 y 64 de la citada Ley N°19.253, no son vulnerados mediante la tramitación de la solicitud en

OOYEHJODZV

comento, toda vez que la protección a que estos artículos se refieren es de recursos naturales ubicados en tierras de pueblos indígenas, pero estos, en el caso particular de una exploración de aguas subterráneas, aún no han sido siquiera alumbrados, por lo tanto, la propiedad ancestral indígena sobre las aguas no ha sido desconocida por el Servicio, tomando en cuenta que la solicitud de que se trata persigue obtener autorización para explorar el recurso hídrico y no para explotarlo.

Aclara que el Servicio está en conocimiento de la existencia de sectores transferidos en forma gratuita a las comunidades del sector, pero no existe superposición con el área solicita para explorar por parte de Compañía Minera Zaldivar SpA.

En cuanto al resguardo del entorno ecológico y protección de acuíferos en las labores de exploración, Minera Zaldívar SpA se obligó a una serie de medidas, entre ellas: no provocar daño a la fauna ni su hábitat natural, remover el material utilizado en labores una vez finalizadas las mismas, no introducir elementos contaminantes a los acuíferos en caso de realizar perforaciones, y dar fiel cumplimiento a la Minuta 001 de 2014 con las indicaciones de la Dirección General de Aguas Región Antofagasta.

Indica que no existen perjuicios ni agravios para la reclamante. Destacando el informe técnico N°24/2019, emitido por el Departamento de Administración de Recursos Hídricos, D.G.A. Región de Antofagasta, el que refrenda que existen derechos regularizados a la Comunidad Atacameña de Peine, los cuáles se encontrarían en las inmediaciones del área solicitada para explorar, pero a una distancia no menor a los 3 kilómetros hacia el norte; dichos derechos corresponden a la vertiente Taraje y el Río Tulán. Agrega el informe, que

OOYEHJODZV

sin perjuicio de que los derechos de la reclamante pudiesen estar técnicamente relacionados con el sector que se solicita explorar, debe considerarse que se trata de una solicitud de exploración, no así de constitución de derechos de aprovechamiento, por lo tanto, la afectación sería poco probable.

De esta manera, en virtud de lo concluido por los informes técnicos del Departamento de Administración de Recursos Hídricos del Servicio, no es posible sostener la existencia de perjuicios para la reclamante, tomando en consideración que la solicitud de que se trata no persigue explotar el recurso, solicitudes de derecho de aprovechamiento que deriven de una eventual autorización de exploración, serán analizadas en su oportunidad, en total cumplimiento con la normativa vigente.

En relación con la propiedad del terreno, solo consta de lámina de análisis catastral, enviada por la Secretaría Regional Ministerial de Bienes Nacionales Región de Antofagasta, en el cual no se observan propiedades de terceros. En consecuencia, no existirían actos administrativos sobre el área solicitada que cedan o transfieran terrenos a la reclamante y tampoco que hayan sido priorizadas o estén en tramitación ante el Ministerio de Bienes Nacionales.

Precisa que, sin perjuicio de que el área se inserta en terrenos identificados como demanda territorial en Estudio Datura, no existen terrenos de dominio privado pertenecientes a alguna comunidad indígena que se inserten el área solicitada.

Concluye que el acto administrativo impugnado, no presenta vicio alguno de legalidad, por cuanto, fue dictado por funcionario competente y dentro de sus atribuciones,

OOYEHJODZV

motivado por un antecedente o presupuesto legal, con un contenido determinado por la ley, dirigido al cumplimiento del fin previsto por el ordenamiento jurídico, y precedido de todas las formas legales.

TERCERO: Que como se aprecia, la resolución del reclamo de autos, pasa por determinar si la resolución 181 de la Dirección Regional de Aguas de Antofagasta, que autorizó los trabajos de exploración de aguas subterráneas por parte de la Compañía Minera Zaldívar (CMZ) de 03 de septiembre de 2019, se ajusta a un procedimiento legal o, si por el contrario, la recurrida se apartó de la legalidad infringiendo las normas sobre protección de pueblos indígenas, y en especial por haberse omitido el llamado a consulta que se establece en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, el cual fue ratificado por Chile.

CUARTO: Que para resolver la reclamación luego de fijado el objeto de la controversia, resulta indispensable detenerse en el análisis de la normativa aplicable a la materia.

En este orden de ideas, debe consignarse que el artículo 6° del Convenio N° 169 de la O.I.T., dispone en su numeral 1°: "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", agregando en su numeral 2° que "Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas".

Por su parte, el artículo 10 de la Ley N° 19.253 que Establece Normas sobre Protección, Fomento y Desarrollo de

OOYEHJODZV

los Indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, preceptúa que: "Para los efectos de esta ley se entenderá por Comunidad Indígena, toda agrupación de personas pertenecientes a una misma etnia indígena y que se encuentren en una o más de las siguientes situaciones: a) Provengan de un mismo tronco familiar; b) Reconozcan una jefatura tradicional; c) Posean o hayan poseído tierras indígenas en común, y d) Provengan de un mismo poblado antiguo".

A su turno, el Decreto Supremo N° 66 de 15 de noviembre de 2014 del Ministerio de Desarrollo Social que aprueba el Reglamento que regula el Procedimiento de Consulta Indígena, establece en su artículo 2 que "La consulta es un deber de los órganos de la Administración del Estado y un derecho de los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados directamente por la adopción de medidas legislativas o administrativas, que se materializa a través de un procedimiento apropiado y de buena fe, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas susceptibles de afectarlos directamente y que debe realizarse de conformidad con los principios recogidos en el Título II del presente reglamento". El artículo 4 agrega que: "El presente reglamento se aplica a los ministerios, las intendencias, los gobiernos regionales, las gobernaciones y los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa". El artículo 6 señala que "La consulta se realizará a los pueblos indígenas que correspondan a través de sus instituciones representativas nacionales, regionales o locales, según el alcance de la afectación de la medida que sea susceptible de afectarles directamente. Una vez efectuada la convocatoria de conformidad con el artículo 15 del presente reglamento, cada pueblo deberá determinar libremente sus instituciones

OOYEHJODZV

representativas, tales como las organizaciones indígenas tradicionales comunidades indígenas o asociaciones reconocidas en conformidad a la ley N° 19.253". El artículo 7 dispone, en lo que interesa, que "Los órganos de la Administración del Estado señalados en el artículo 4° de este reglamento, deberán consultar a los pueblos indígenas cada vez que se prevean medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectarles directamente". Su inciso tercero agrega: "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". Por último, el artículo 9 señala que "La buena fe es un principio rector de la consulta, en virtud del cual todos los intervinientes deberán actuar de manera leal y correcta con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento previo, libre e informado en el marco del procedimiento establecido en el Título III, mediante un diálogo sincero, de confianza y de respeto mutuo, sin presiones, de manera transparente, generando las condiciones necesarias para su desarrollo y con un comportamiento responsable.

Para el Estado la buena fe también implicará actuar con debida diligencia, entendiéndose por tal la disposición de

OOYEHJODZV

medios que permitan la generación de condiciones para que los pueblos indígenas puedan intervenir en un piano de igualdad según lo dispuesto en el artículo siguiente.

Los intervinientes no podrán realizar conductas, acciones u omisiones que obstaculicen el normal desarrollo del proceso de consulta previa o impidan alcanzar su finalidad, así como aquellas que pretendan burlar o desconocer los acuerdos alcanzados".

Este es el marco normativo conforme al cual la Corte Suprema ha resuelto conflictos similares en fallos recientes. (V.gr. Sentencia de 09 de septiembre de 2020, Rol N° 20-389-2019).

QUINTO: Que conforme con la normativa señalada y los principios que la informan, puede afirmarse que los Estados tienen la obligación de realizar consultas específicas y de garantizar la participación de los pueblos indígenas, siempre que se consideren medidas que los afecten directamente; lo que no significa de manera alguna que tengan derechos especiales o preferenciales, sino que, dada su situación, se requieren medidas especiales de consulta y participación para salvaguardar sus derechos en el marco de un Estado democrático.

Lo anterior encuentra su fundamento en los grandes desafíos que actualmente se presentan para los pueblos indígenas, entre los que se contempla la regularización de la propiedad de la tierra, la salud, la educación, y el aumento de la explotación de los recursos naturales; por lo que la participación de las comunidades originarias en estos y otros ámbitos que les afectan directamente, constituye un elemento fundamental para garantizar la equidad y la paz social a través de la inclusión y el diálogo, de tal manera que las consultas pueden ser un instrumento efectivo para lograr una

OOYEHJODZV

relación transparente de diálogo auténtico y de cohesión social, desempeñando un papel decisivo en la prevención y resolución de conflictos.

De esta manera, la naturaleza colectiva de los derechos de los pueblos indígenas, la necesidad de salvaguardar sus culturas y modos de sustento, y el necesario reconocimiento a su dignidad como conglomerados humanos, son algunos de los motivos por los cuales los Estados deben adoptar medidas especiales para su consulta y participación, cuando se adoptan decisiones que puedan afectarles.

En este orden de ideas, la Excelentísima Corte Suprema en el fallo ya referido señala que *"Cuarto: Que conviene dejar consignado que el Convenio N° 169 de la O.I.T. sobre Pueblos Indígenas y Tribales, establece para aquellos grupos con especificidad cultural propia, un mecanismo de participación que les asegura el ejercicio del derecho esencial que la Constitución Política consagra en su artículo primero a todos los integrantes de la comunidad nacional, cual es el de intervenir con igualdad de condiciones en su mayor realización espiritual y material posible. De ello se sigue que cualquier proceso que pueda afectar alguna realidad de los pueblos originarios, supone que sea llevado a cabo desde esa particularidad y en dirección a ella. Ha de ser así por cuanto las medidas que se adopten deben orientarse a salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, la cultura y el medio ambiente de los pueblos interesados"*

SEXTO: Que conforme con lo que se ha razonado hasta ahora, la Resolución Exenta N°181 de 3 de septiembre de 2019 de la Dirección General de Aguas, por la cual se autorizó a CMZ realizar trabajos de exploración de aguas subterráneas, ha sido dictada de manera ilegal, sin sujeción a la normativa

OOYEHJODZV

que informa la materia, al no considerar el procedimiento de consulta indígena que consagra el artículo 6 N° 1, letra a) del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre pueblos indígenas y tribales, en relación al artículo 5 de la Constitución Política de la República.

En efecto, no resulta atendible lo señalado por la reclamada en cuanto a que en razón del carácter reglado que tiene la aprobación de una solicitud de exploración de aguas subterráneas, este tipo de proyectos no se encuentra comprendido dentro de aquellas medidas administrativas que deben ser consultadas a los pueblos indígenas interesados, correspondiendo su aprobación o rechazo a la Dirección General de Aguas, conforme a la normativa específica establecida en el Código de Aguas y en el Decreto Supremo M.O.P. N°203 de 2013.

Ello no es así, toda vez que la consulta es procedente cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, como lo indica el artículo 6 del Convenio 169, no pudiendo invocarse el derecho interno para incumplir una obligación asumida en virtud de un tratado internacional ratificado por Chile.

En efecto, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el cual entró en vigor en Chile el 27 de enero de 1980, introdujo un principio universalmente aceptado al establecer en su artículo 27 que: "una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado." En consecuencia un Estado no puede invocar las disposiciones de su derecho interno, ni la deficiencia o carencia de ellas, para justificar el incumplimiento de las obligaciones que impone el derecho

OOYEHJODZV

internacional, y más en este caso, cuando se trata de tratados referidos a Derechos Humanos.

SÉPTIMO: Que el mecanismo de consulta indígena se justifica además, plenamente en el caso de autos, si se tiene en cuenta que, como consta del informe técnico y lo señalado por la propia Dirección de Aguas, de acuerdo al informe Ord. N°0039 de 27 de febrero de 2019 de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI) el área solicitada por CMZ para la exploración de aguas subterráneas se inserta en tierras bajo régimen de propiedad indígena y en área de desarrollo indígena, conforme a la Ley N°19.253 de 5 de octubre de 1993.

En esas condiciones, resulta obvio que el proyecto de la CMZ para explorar aguas subterráneas afecta directamente a la comunidad indígena por la cual se reclama, pues la autorización supone el ingreso a terrenos que se encuentran bajo el régimen de propiedad indígena, que la comunidad reclama como propiedad suya, y en los cuales la empresa privada solicitante pretende realizar trabajos de exploración, lo que significa perforaciones y alteraciones del lugar, que tienen como propósito final la constitución de derechos de aprovechamiento de aguas.

De esta manera, carece de asidero lo planteado por la Dirección General de Aguas, al señalar que la propiedad ancestral indígena sobre las aguas no ha sido desconocida por el Servicio, tomando en cuenta que la solicitud de que se trata persigue obtener autorización para explorar el recurso hídrico y no para explotarlo, toda vez que obviamente, las labores de exploración tiene por finalidad la obtención de recursos hídricos.

OCTAVO: Que conforme con todo lo dicho, solo es posible concluir que la Dirección General de Aguas dependiente del Ministerio de Obras Públicas del Gobierno de Chile, al dictar

OOYEHJODZV

la Resolución Exenta N°181 de 03 de septiembre de 2019, habiendo omitido la consulta respectiva a la comunidad indígena, no ha cumplido con la obligación a que voluntariamente se sometió el Estado de Chile al ratificar el Convenio N° 169, vigente desde el 15 de septiembre de 2009, específicamente su artículo 6 N° 1 letra a) y N° 2, en relación con los artículos 2 y 10 de la Ley N° 19.253 y el Decreto N° 66 de 15 de noviembre de 2014 del Ministerio de Desarrollo Social; y en consecuencia dicha omisión torna ilegal la decisión de la Dirección de Aguas como también el procedimiento previo a su dictación, pues ha faltado la obligación de consulta que debía acatar la autoridad por imperativo legal, implicando la falta de validez del procedimiento y el acto administrativo impugnado.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en el artículo 5° de la Constitución Política de la República y 137 del Código de Aguas, y demás normas indicadas en esta sentencia, **SE ACOGE, sin costas, la reclamación judicial interpuesta y, en consecuencia, se deja sin efecto la Resolución Exenta N°181 de 03 de septiembre de 2019 dictada por la Dirección General de Aguas de la Región de Antofagasta**, como todos sus efectos posteriores, y también el procedimiento en el que fue dictada, el que deberá retrotraerse al estado de presentación de la solicitud de la Compañía Minera Zaldívar SpA, de modo que teniendo por presentada dicha solicitud, junto con ello deberá iniciar un proceso de Consulta Indígena con la Comunidad Indígena Atacameña de Peine, y cualquiera otra a quien pueda afectar la realización del proyecto solicitado, debiendo dicho proceso regirse por los estándares del Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, y por los artículos 12 y siguientes del Decreto N° 66 de 15 de noviembre de 2014 del Ministerio de Desarrollo Social, de tal

OOYEHJODZV

manera que se asegure la efectiva participación de la reclamante y de todos quienes se encuentren en una situación de susceptibilidad de afectación directa.

Se deja constancia que se hizo uso de la facultad contenida en el artículo 82 del Código Orgánico de Tribunales.

Regístrese y comuníquese.

Rol N° 14-2019. (Cont. Adm.)

Redacción del Ministro Titular Sr. Eric Darío Sepúlveda Casanova.

Juan Fernando Opazo Lagos
MINISTRO(P)
Fecha: 30/10/2020 17:07:09

Jasna Katy Pavlich Nunez
Ministro
Fecha: 30/10/2020 17:03:57

Eric Dario Sepulveda Casanova
MINISTRO
Fecha: 30/10/2020 17:13:16

OOYEHJODZV

Pronunciado por la Primera Sala de la C.A. de Antofagasta integrada por Ministro Presidente Juan Opazo L. y los Ministros (as) Jasna Katy Pavlich N., Eric Dario Sepulveda C. Antofagasta, treinta de octubre de dos mil veinte.

En Antofagasta, a treinta de octubre de dos mil veinte, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

OOYEHJODZV

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 06 de septiembre de 2020, 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