

Santiago, catorce de mayo de dos mil veinte

Vistos:

Se confirma la sentencia apelada de veintiséis de noviembre de dos mil diecinueve.

Acordada con el **voto en contra** del Ministro Sr. Muñoz, y Ministra Sra. Vivanco, quienes estuvieron por revocar la sentencia apelada y acoger el recurso de protección, por las siguientes razones:

Primero: Que el Decreto N° 236 del Ministerio de Relaciones Exteriores que promulga el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre pueblos indígenas y tribales, fue publicado el día 14 de octubre de 2008, de modo que, desde esta fecha, constituye una norma de aplicación obligatoria, cuyo artículo 6 N° 1, letra a) dispone: "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;".

Sobre esta última expresión, esta Corte ya ha emitido diversos pronunciamientos concernientes al sentido y alcance que a ella debe darse, indicando que la afectación de un pueblo "se produce cuando se ven modificadas sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual, las



tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y la posibilidad de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural" (CS Rol 16.817-2013, en el mismo sentido, CS Rol 817-2016).

Al respecto también se ha referido la doctrina, indicando que "lo que se requiere es que sea posible que la medida que se piensa adoptar tenga impactos en los derechos reconocidos a los pueblos indígenas, particularmente su integridad y supervivencia cultural y autonomía (...) si bien una interpretación literal de la norma conduciría a pensar que toda decisión pública debe ser consultada, pues de una u otra manera afectará a los pueblos indígenas, de lo que se trata es de garantizar los derechos de estos pueblos frente a cualquier 'decisión del Estado que pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad', pues la consulta previa es un mecanismo de visibilización de impactos en un contexto de interculturalidad" (Meza-Lopehandía, Matías y otros, Los Pueblos Indígenas y el Derecho, Editorial LOM Ediciones, 2013, páginas 397 y 398, citado en sentencia CS Rol 817-2016).

Segundo: Que, en relación a la procedencia de una consulta indígena en el marco de la solicitud de pertinencia, el recurrido Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental argumenta en su informe que, en el marco de la evaluación de impacto ambiental, es decir, en



el SEIA, la materialización de la obligación de consulta indígena se encuentra en el inciso segundo del artículo 4 de la Ley y artículo 85 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. El proceso de consulta indígena sólo procederá cuando dentro del área de influencia de un proyecto existe susceptibilidad de afectación directa sobre uno o más grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas. Esto, por cuanto, el propio Convenio 169 establece el deber de los gobiernos de consultar a dichos pueblos cada vez que se prevean medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectarlos directamente.

Plantea que, en este caso, no se trata de un procedimiento de evaluación de impacto ambiental, sino que de un procedimiento de consulta de pertinencia, cuyo término no genera efectos jurídicos vinculantes, por ende el acto mediante el cual se resuelve la pertinencia no genera afectación a pueblos indígenas, ni generan los efectos señalados en el artículo 11 letra c), d) y e) que, además, se encuadran dentro del SEIA.

Tercero: Que no resulta admisible el argumento de la autoridad administrativa, en orden a que la consulta indígena no procedería por tratarse aquí de una Solicitud de Pertinencia y no de un proyecto o actividad sometido al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, pues la sola existencia de dudas en relación a su posible afectación ha



debido activar los mecanismos de consulta que recoge el artículo 27 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, disposición que expresamente señala:

"Artículo 27.- Análisis de ingreso por susceptibilidad de afectación directa a grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas.

En caso que el proponente requiera ingresar mediante un Estudio de Impacto Ambiental por generar o presentar alguno de los efectos, características o circunstancias indicados en los artículos 7, 8 y 10 de este Reglamento y su proyecto afecte a uno o más grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, o bien existan dudas en relación a la afectación anterior, podrá, de manera previa a su presentación, dirigirse al Director Regional o al Director Ejecutivo del Servicio, según corresponda, a fin de obtener información acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que es necesario considerar para la presentación de su proyecto o actividad y su eventual proceso de consulta.

Para efectos del inciso anterior, el Servicio considerará los mecanismos de toma de decisiones propios de los grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, así como las costumbres y estructuras organizativas pertinentes. Asimismo, el Servicio realizará reuniones con los grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas localizados en el área en que se desarrollará el proyecto o



actividad, con el objeto de recoger sus opiniones y considerarlas en su pronunciamiento.

Para la implementación de los mecanismos a que se refiere este artículo, el Servicio podrá solicitar la colaboración de los órganos de la administración del Estado con competencia ambiental o con competencia en materia de desarrollo comunitario, social o indígena y/o de participación ciudadana.”

En efecto, si enfrentado a la duda de si una actividad o proyecto puede afectar a uno o más grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, el legislador permite al particular o proponente activar el proceso de consulta o participación que recoge el artículo antes citado, aquello surge como un imperativo para el Director Regional del Servicio de Evaluación Ambiental, como autoridad competente en la materia, atendido lo dispuesto en 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.

Cuarto: Que son hechos debidamente asentados en la recurrida Resolución Exenta N° 0207/2019, de fecha 07 de agosto de 2019:

1.- Respecto a la localización del Proyecto, es posible señalar que de acuerdo a las coordenadas proporcionadas por el Proponente y a la herramienta de análisis territorial



del Servicio de Evaluación Ambiental, la plataforma de sondaje que se pretende ejecutar se superpone con las siguientes áreas colocadas bajo protección oficial:

a) Acuíferos que alimentan vegas y bofedales de la Región de Antofagasta, según Resolución de la Dirección General de Aguas N° 87 de fecha 01 de junio de 2006 que Modifica resolución DGA N° 529 de 2003 en el sentido de actualizar identificación y delimitación de acuíferos que alimentan vegas y bofedales de la II región de Antofagasta.

b) "Zona de Interés Turístico Nacional (ZOIT) área de San Pedro de Atacama - Cuenca Geotérmica El Tatio" aprobada el 01 de agosto de 2002 mediante Resolución Exenta N° 775/2002 del Servicio Nacional de Turismo.

Sin perjuicio de aquello, en el polígono donde se emplazará el presente Proyecto, no existen atractivos turísticos y/o lugares de interés que los turistas visiten de forma recurrente. Las distancias aproximadas a los atractivos turísticos más cercanos al Proyecto son los siguientes:

- Santuario de la Naturaleza (límite polígono), Laguna Tebenquiche ubicada a 3,2 km.

_ Ojos del Salar ubicados a 5,2 km.

_ Laguna Cejar ubicada a 13 km.

_ Cordillera de la Sal ubicada a 17 km.

_ Llano de la Paciencia ubicada a 18 km.



2.- Que la Dirección Regional DGA de la Región de Antofagasta, mediante Oficio ORD N° 261 de fecha 23 de mayo de 2019, señaló lo siguiente:

"(...) 6.- En dicho sentido, se debe indicar lo siguiente:

- a) El proyecto se superpone con área que delimita el acuífero que alimenta vegas y/o bofedales, es decir, recae en área bajo protección oficial, a que se refiere la letra p) del artículo 10 de la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente.
- b) Si bien, el titular señala: "que la actividad de exploración que se somete consulta de pertinencia de ingreso al SEIA no tiene ninguna relación con el alumbramiento de aguas subterráneas, o el uso para algún fin en particular", en la práctica, el muestreo de salmuera implicará ciertamente el alumbramiento de aguas subterráneas, las cuales contienen la sustancia concesible.
- c) En dicho contexto, la ejecución de un sondaje de hasta 200 metros, implica la posibilidad cierta de alumbrar acuíferos confinados, que han sido reportados en el sector, con lo cual se genera incertidumbre en el manejo de tal situación, y por ende, de sus eventuales efectos, sobre los frágiles ecosistemas que se deben proteger.
- d) La posibilidad antes descrita, es independiente de la cantidad de sondajes, método de perforación, duración de la actividad, y cantidad de salmuera a muestrear.



7.- Todo lo anterior permite establecer, teniendo presente, además, el carácter preventivo del SEIA, que dada la cercanía de la plataforma de perforación con ecosistemas de alto interés, y a la incertidumbre en su ejecución hasta una profundidad de 200 metros, el proyecto "Campaña de exploración de minerales no metálicos en el Salar de Atacama" es susceptible de causar impacto ambiental."

3.- Que la CONAF de la Región de Antofagasta, mediante Oficio ORD. N° 42/2019 de fecha 27 de mayo de 2019, señaló lo siguiente:

"De acuerdo a las coordenadas UTM entregadas por el titular del Proyecto, la plataforma de sondaje se encuentra fuera de los límites de la ampliación del Sistema Hidrológico de Soncor (Sitio RAMSAR). Sin perjuicio de lo expuesto es de la mayor importancia señalar lo siguiente:

Respecto del proyecto que nos ocupa y sin perjuicio de los antecedentes expuesto por el Titular del Proyecto, en el informe antes señalado, es útil recordar que atendiendo sus características, la Formación Vegetal Desierto del Salar Atacama (Gajardo, R. 1994), [donde se localiza el proyecto en comento], es considerada como una Singularidad Ambiental, es decir que se trata de una formación vegetal única, escasa o de baja representatividad nacional, [abarca solamente la cuenca de nombre homónimo y tiene gran homegeneidad en cuanto a paisaje]; así como también se trata de una formación vegetal frágil, es decir que puede



deteriorarse con fragilidad, atendiendo entre otras causas que su existencia está ligada a la escasa presencia de agua en forma permanente. [Ver Gajardo, R 1994 y Guía de Evaluación Ambiental CONAF 2014].

El proyecto no señala las especies de flora y fauna que potencialmente se pueden encontrar en el área amagada y su "área de influencia", así como tampoco estos mismos componentes asociados al trazado de la ruta que ocupará.

Por otro lado, de acuerdo a lo informado por el titular del proyecto, las áreas bajo protección oficial, la ampliación del Sistema Hidrológico de Soncor (Sitio RAMSAR) y sector Tambillo (Bosque de Tamarugos) perteneciente a la Reserva Nacional Los Flamencos, se encuentran a 2, 11 y 16 km (esto último agregado por CONAF), respectivamente de la plataforma de sondaje; antecedentes relevantes por cuanto en dichas áreas habitan, se alimentan, descansan y se reproducen cada año, miles de aves silvestres, destacando entre éstas las tres especies de flamencos, las que se encuentran en categoría de conservación, así como también se dispone de un bosque de alrededor de 600 ha. de la especie Tamarugo (*Prosopis tamarugo*), la cual también se encuentra con problema de conservación.

Consistente con la anterior, importa recordar que proyecto no señala el período de la eventual ejecución del proyecto, cuestión de la mayor importancia por cuanto existen ciertos períodos del año (épocas reproductivas y



nidificación), que son especialmente sensibles para las miles de aves silvestres que habitan en los sistemas lacustres [y vegas asociadas a éstas], del salar de Atacama, donde cualquier alteración ambiental puede contribuir a poner en riesgo, en el largo plazo, la sobrevivencia de diversas especies de avifauna, reptiles, micro mamíferos entre las que destacamos los flamencos, así como también el bosque de Tamarugo, el que podría verse afectado por eventuales modificaciones de los acuíferos de los cuales se alimenta.

En virtud de los antecedentes expuestos, es de opinión de CONAF solicitar SEA que el proyecto "Campaña de exploración de minerales no metálicos en el salar de Atacama", presentado por la Cía. Wealth Minerals Chile SpA; ingrese a evaluación al SEIA."

4.- Que según indica el punto 2.- de su parte resolutive, la atacada Resolución Exenta ha sido elaborada sobre la base de los antecedentes proporcionados por el señor Marcelo Awad Awad en representación de Wealth Minerals Chile SpA, cuya veracidad es de su exclusiva responsabilidad.

Quinto: Que el proceso o mecanismo de consulta contemplado en el artículo 27 del Reglamento, procede ante la duda de si una actividad o proyecto pueda generar o presentar alguno de los efectos, características o circunstancias indicados en los artículos 7, 8 y 10 del



Reglamento y su proyecto afecte a uno o más grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas.

Por su parte, el artículo 8 del Reglamento dispone lo siguiente:

"Artículo 8.- Localización y valor ambiental del territorio.

El titular deberá presentar un Estudio de Impacto Ambiental si su proyecto o actividad se localiza en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos y glaciares, susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar.

Se entenderá que el proyecto o actividad se localiza en o próxima a población, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos, glaciares o a un territorio con valor ambiental, cuando éstas se encuentren en el área de influencia del proyecto o actividad.

Se entenderá por poblaciones protegidas a los pueblos indígenas, independiente de su forma de organización.

Se entenderá por recursos protegidos aquellos colocados bajo protección oficial mediante un acto administrativo de autoridad competente, con la finalidad de asegurar la diversidad biológica, tutelar la preservación de la naturaleza o conservar el patrimonio ambiental.



Se entenderá por áreas protegidas cualesquiera porciones de territorio, delimitadas geográficamente y establecidas mediante un acto administrativo de autoridad competente, colocadas bajo protección oficial con la finalidad de asegurar la diversidad biológica, tutelar la preservación de la naturaleza o conservar el patrimonio ambiental.

Se entenderá por humedales protegidos aquellos ecosistemas acuáticos incluidos en la Lista a que se refiere la Convención Relativa a las Zonas Húmedas de Importancia Internacional Especialmente como Hábitat de las Aves Acuáticas, promulgada mediante Decreto Supremo N° 771, de 1981, del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Se entenderá que un territorio cuenta con valor ambiental cuando corresponda a un territorio con nula o baja intervención antrópica y provea de servicios ecosistémicos locales relevantes para la población, o cuyos ecosistemas o formaciones naturales presentan características de unicidad, escasez o representatividad.

A objeto de evaluar si el proyecto o actividad es susceptible de afectar poblaciones protegidas, se considerará la extensión, magnitud o duración de la intervención en áreas donde ellas habitan.

A objeto de evaluar si el proyecto o actividad es susceptible de afectar recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos,



glaciares o territorios con valor ambiental, se considerará la extensión, magnitud o duración de la intervención de sus partes, obras o acciones, así como de los impactos generados por el proyecto o actividad, teniendo en especial consideración los objetos de protección que se pretenden resguardar.”

Sexto: Que, en cuanto a que la actividad o proyecto afecte a uno o más grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, cabe señalar que es el propio recurrido quien expresamente reconoce en su informe que en el marco de la consulta de pertinencia “se ingresaron dos cartas por el Sr. Sergio Cubillos Verasay, presidente del Consejo de Pueblos Atacameños con fecha 16 de mayo de 2019, otra carta ingresada por Ledy Osandón, en representación de la Comunidad Atacameña de Coyo, formulando observaciones a la Consulta de Pertinencia Wealth Minerals”.

Séptimo: Que, para que exista susceptibilidad de afectación directa en los términos exigidos por el Convenio N° 169 de la OIT, es necesario que se encuentre establecido en autos que se verifica alguno de los efectos, características o circunstancias indicados en los artículos 7, 8 y 10 del Reglamento, cuestión que en estos antecedentes efectivamente ocurre, por cuanto es un hecho establecido que la plataforma de sondaje se localizará “en o próxima” a áreas protegidas y humedales protegidos, lo que no fue discutido por el recurrido; y por su parte, la



eventual o potencial afectación a pueblos indígenas surge de las cartas que la propia recurrida reconoce haber recibido, lo que unido a lo informado tanto por la DGA como de CONAF, permiten concluir que en la especie existe o concurre al menos la duda en torno a que el proyecto pueda producir la afectación que los recurrentes reclaman, lo que hacía procedente acudir a los mecanismos de consulta indígena en los términos contemplados en el artículo 27 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

Octavo: Que, a la luz de lo ya razonado, encontrándose en concepto de estos disidentes establecido que resultaba procedente la realización de un proceso de consulta indígena, corresponde luego tener presente que todo proceso que derive en decisiones que puedan afectar alguna realidad de los pueblos originarios supone que sea ejecutado desde la particularidad, esto es, considerando que la adecuación ha de hacerse en dirección a ella, porque de obrarse de modo distinto no llegaría a considerar los intereses de tales minorías. Ello ha de ser así porque es claro que las medidas que se adopten deben orientarse a salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados. Esto es, ha de tratarse de resoluciones especiales, distintas de las que normalmente son acordadas para ámbitos sociales marcadamente diferentes. Tal característica de la medida, entonces, muy probablemente no será lograda de no



obrase de la manera referida. Es precisamente para asegurar lo anterior, que el artículo 4° del Convenio nombrado previene la obligatoriedad de las consultas y la participación de organizaciones representativas.

Noveno: Que, en virtud de todo lo expuesto, en concepto de quienes sostienen este voto particular, la recurrida Resolución Exenta N° 0207/2019 de fecha 07 de agosto de 2019, dictada por el Director Regional Servicio de Evaluación Ambiental Región de Antofagasta, deviene en ilegal y arbitraria al no considerar el mecanismo 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, afectándose con ello la garantía de igualdad ante la ley de los recurrentes que consagra el artículo 19 N° 2 de nuestra Carta Fundamental, razón por la cual son del parecer de acoger el recurso de protección intentado y, en consecuencia, dejar sin efecto la mencionada Resolución Exenta retrotrayendo el procedimiento administrativo sobre Consulta de Pertinencia de Ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental de la denominada "Campana de exploración de minerales no metálicos en el Salar de Atacama", de propiedad de la empresa Wealth Minerals Chile SpA, al estado de realizar el proceso de Consulta Indígena, consagrado en el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos



Indígenas y Tribales, que asegure la efectiva participación de la reclamante y de todos quienes se encuentren en una situación de susceptibilidad de afectación directa, en los términos del artículo 27 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo de la abogada integrante señora María Cristina Gajardo y la disidencia, de sus autores.

Rol N° 36.416-2019.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (a) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. Ángela Vivanco M., los Ministros Suplentes Sr. Juan Manuel Muñoz P. y Sr. Raúl Mera M., y la Abogada Integrante Sra. María Cristina Gajardo H. No firman, no obstante haber concurrido al acuerdo de la causa, los Ministros señores Muñoz Pardo y Mera por haber terminado su periodo de suplencia. Santiago, 14 de mayo de 2020.



En Santiago, a trece de mayo de dos mil veinte, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

