

Iberoamérica

Chile

Publicado en *Actualidad Jurídica Ambiental* el 28 de julio de 2020

[Sentencia Corte de Apelaciones de Antofagasta Rol N°3106-2019 y Corte Suprema "Sandón/Guajardo" Rol N°36416 - 2019, Consulta de Pertinencia y Consulta Indígena](#)

Autor: Pilar Moraga Sariego, Profesora Asociada, Katia Spoerer Rodrik, ayudante Centro de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile¹

Fuente: Sentencia Tercera Sala Corte Suprema Rol N°36416 - 2019, Corte de Apelaciones de Antofagasta Rol N°3106-2019

Palabras clave: Consulta Indígena. Convenio OIT. Consultas de Pertinencia. Área Colocada Bajo Protección Oficial.

Resumen:

Mediante sentencia de fecha 14 de mayo de 2020, la tercera sala de la Corte Suprema ("CS"), confirmó la sentencia apelada de fecha 26 de noviembre de 2019, que rechazó el recurso de protección presentado por 5 personas naturales de la comuna de San Pedro de Atacama (los "Recurrentes"), en contra de la Resolución Exenta 207/2019 (la "Resolución") del Director Regional del Servicio de Evaluación Ambiental de Antofagasta ("SEA"), que resolvió la consulta de pertinencia del proyecto "*Campaña de exploración de minerales no metálicos en el Salar de Atacama*" de propiedad de la empresa Wealth Minerals Chile SPA (el "Proyecto"), indicando que este último NO debía ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental ("SEIA"). El Proyecto consistiría en la realización de una campaña de exploración de minerales no metálicos en el Salar de Atacama, mediante la habilitación de una única plataforma de sondaje.

Cabe hacer presente que la Sentencia de la Corte Suprema fue acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Muñoz, y Ministra Sra. Vivanco, quienes estuvieron por revertir la sentencia apelada y acoger el recurso de protección, indicando que el Convenio 169 de la OIT se debería aplicar incluso en el proceso de Consulta de Pertinencia, de manera que estimaron que se debería haber dejado sin efecto la Resolución, retrotrayendo el procedimiento administrativo sobre Consulta de Pertinencia al estado de realizar el proceso de Consulta Indígena, consagrado en el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales.

En cuanto a los argumentos de las partes, los Recurrentes sostuvieron que la Resolución sería ilegal, ya que "*autorizó*" la ejecución de un Proyecto que debería ingresar al SEIA debido a que el Proyecto afectaría los recursos hídricos de la zona, poniendo en peligro la subsistencia de la Comunidad Atacameña de Coyo, compuesta de alrededor de 150 personas y del ecosistema del Salar de Atacama, dentro del cual se encuentran varios sitios emblemáticos y turísticos que constituyen "*áreas colocadas bajo protección oficial*". Además, indican que la Resolución sería ilegal por cuanto contraviene el Convenio 169 de la Organización

¹ Se agradece a los Centros Fondap N°1511019 y 1511009.

Internacional del Trabajo, la Constitución Política de la República (19 Ns 1, 2 y 8) y la normativa sectorial, en específico la Ley 19.300 y su reglamento, además de los principios de derecho administrativo, entre ellos el de contradictoriedad, contenido en el artículo 10 de la Ley 19.880 y el artículo 17 de la citada ley sobre los derechos de las personas. Por lo tanto, solicitan el ingreso del Proyecto al SEIA.

El SEA indicó que el Proyecto no utiliza agua, que utilizará huellas existentes, y durará solo 30 días, y que, en atención a las características y antecedentes indicadas por el Titular, este último no cumple con ninguna de las tipologías que lo obligarían a ingresar al SEIA. Además, agrega que el pronunciamiento que emite el SEA en el marco de las consultas de pertinencia de ingreso al SEIA no obsta a las facultades de la Superintendencia del Medio Ambiente (“SMA”) para requerir el ingreso de un proyecto o actividad que, conforme al artículo 10 de la Ley N° 19.300 y el artículo 3 del RSEIA, debe ingresar obligatoriamente al SEIA, lo cual es refrendado por el artículo 3° letra i) y j) de su Ley Orgánica de la SMA. Finalmente, indica que la resolución que se pronuncia respecto de una Consulta de Pertinencia, no tiene la naturaleza jurídica de ser un acto administrativo de autorización de funcionamiento, sino que solamente refleja la opinión del SEA, por ende, dicho acto administrativo no tiene el alcance necesario para vulnerar la garantía constitucional.

Considerandos Corte de Apelaciones de Antofagasta:

OCTAVO: Que desde el punto de vista sustantivo, la recurrida en la resolución impugnada determinó que el Proyecto no debía ingresar obligatoriamente al SELA, atendido a que no corresponde a ninguna de las tipologías del artículo 10 de la Ley 19.300, que se pormenorizan en el artículo 3 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, 40/2012 del Ministerio de Medio Ambiente, resultando ajustada a derecho, desvirtuando cada una de las alegaciones genéricas efectuadas por los recurrentes. En efecto, y compartiendo el criterio de la autoridad administrativa corresponde rechazar la alegación efectuada por el recurrente, ya que si bien el Proyecto se efectuará en un área que se encuentra bajo protección oficial, en la especie, “Acuíferos que alimentan vegas y bofedales de la Región de Antofagasta”, además de “Zona de Interés Turístico Nacional, cuenca geotérmica EL Tatio”, la recurrida consideró que no todo proyecto que se pretenda ejecutar en un área que se encuentra bajo protección oficial debe necesariamente someterse a SELA, sino que solamente aquellos proyectos que resulten relevantes desde el punto de vista ambiental que son susceptibles de provocar, considerando especialmente la magnitud del proyecto (sondaje que extraerá una muestra puntual de 90 litros de salmuera con una actividad reducida de agua), la duración de las actividades que corresponde a 20 días y las características del sondaje, constando el cumplimiento del Instructivo sobre Consulta de Pertinencia.

DÉCIMO: Que, en cuanto a la alegación efectuada por los recurrentes y que dice relación con la contravención al Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, al no haberse llevado a cabo consulta indígena, pues el proyecto se ubica en terrenos de propiedad de la Comunidad de Coyo, específicamente contemplada en el artículo 6° en relación con el artículo 15° del referido instrumento internacional. Al respecto, deberá desecharse dicha alegación, ya que en la especie no resulta obligado, pues no se trata de una Evaluación de Impacto Ambiental, además de la circunstancia que, conforme a los antecedentes que se tuvieron a la vista por la autoridad administrativa, parte del polígono del Sitio Ramsar, Sistema Hidrológico de Soncor, corresponde a una huella de uso público, que se encuentra emplazada en terrenos fiscales, pero en lo esencial porque se trata de una exploración minera temporal con un impacto propio y connatural al objetivo que de otra forma no se podría efectuar, sin que dicha exploración, lógica, jurídica y desde una máxima de experiencia, ponga siquiera en peligro algunas de las garantías expuestas por los recurrentes, en cuanto surja una amenaza, perturbación o privación de ello, será acotada en el tiempo, participarán un mínimo de personas y no pasará más de treinta días.

UNDÉCIMO: *Que, por lo anteriormente expuesto, no se advierte la arbitrariedad o ilegalidad en la dictación de la resolución recurrida y que por esta vía permitan la invalidación de la citada resolución. Por lo demás los recurrentes cuentan con las vías establecidas tanto en la Ley de 19.880 sobre Procedimientos Administrativos, correspondientes a los recursos administrativos de carácter general, estos son, los recursos de reposición y jerárquicos, ambos regulados en el artículo 59 de la referida ley, respecto de la continuación de las actividades de la empresa exploradora. Asimismo, los recurrentes disponen de la facultad de presentar denuncia ante la Superintendencia del Medio Ambiente solicitando el ingreso al SELA, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 21 y 47 de la Ley 20.047, la que incluso es posible recurrir ante el Tribunal Ambiental conforme lo establece el artículo 17 de la citada ley, en donde existe un procedimiento que podría establecer o reconocer derechos indubitados de los que aquí, por las características de este procedimiento, siquiera se vislumbran.*

Considerandos Corte Suprema:

PRIMERO: (...) *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).*

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 (...) 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.*

Comentario:

El fallo en comento resuelve una acción constitucional por la eventual vulneración del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (artículo 19 n°8 de la Constitución Política de la República, además del 19 n°1, n°2 y n°24), provocado por la decisión administrativa del Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental (SEA) que responde la Consulta de Pertinencia del proponente de una actividad, que se pretende desarrollar en un sitio bajo protección oficial.

El razonamiento argumentativo de los jueces refuerza, una vez más, la ambigüedad de la institución de la Consulta de Pertinencia, que tal como se ha afirmado sistemáticamente en la jurisprudencia, no genera un efecto vinculante y solo constituye una opinión del Servicio de Evaluación Ambiental, respecto de la necesidad de ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. En este sentido, tal procedimiento es voluntario para el proponente de la actividad y la respuesta que éste obtenga, de parte del SEA, no impedirá que terceros efectúen una denuncia a la Superintendencia ante la eventual elusión al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

En este sentido cabe recordar que el artículo 26 del Decreto Supremo N°40/2012 del Ministerio de Medio Ambiente (“Reglamento SEIA”) indica que los proponentes podrán dirigirse al Director Regional o al Director Ejecutivo del Servicio (“SEA”), según corresponda, a fin de solicitar un pronunciamiento sobre si, en base a los antecedentes proporcionados al efecto, un proyecto o actividad o su modificación, debe someterse al SEIA. Los antecedentes que debe entregar el titular y el procedimiento de la consulta de pertinencia ha sido regulado en Ordinario N°131456/2013 del SEA.

Por lo tanto y de acuerdo con lo afirmado por la Corte de Apelaciones de Antofagasta y confirmado por la Corte Suprema, los terceros no podrían sentirse amenazados por la decisión que resuelve la consulta de pertinencia, por cuanto dicha resolución en sí misma no puede afectarlos, ya que no es una “autorización” para la ejecución del proyecto, razón por la cual el recurso de protección no constituiría un mecanismo de impugnación idóneo en contra de la opinión del SEA. No es la conclusión del voto disidente de los Ministros de la Corte Suprema, que en relación a la Consulta Indígena del Convenio 169, sostienen el deber de la autoridad competente de dar curso a ese procedimiento, toda vez que existan dudas sobre la afectación de comunidades indígenas, independientemente que se trate de una decisión administrativa emitida en el marco de una Solicitud de Pertinencia o del SEIA.

Lo anterior nos hace cuestionarnos entonces sobre la utilidad de esta institución (“la Consulta de Pertinencia”), que, según la opinión mayoritaria de los jueces, no generaría efectos vinculantes, ni afectaría a terceros. Entonces ¿por qué los titulares tendrían interés en obtener una opinión de parte de la autoridad, que no tiene efectos en la práctica? Quizás el titular simplemente busca tener un antecedente para tomar una decisión informada, sin embargo ¿cómo la autoridad competente (SEA) puede determinar la necesidad de ingresar o no al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental sobre la base un estudio formal de antecedentes y características generales del proyecto (según lo indica Ordinario N°131456/2013 del SEA) que aporta el propio interesado y que, por ende, no toma en cuenta la opinión de terceros eventualmente afectados?

Por último, en relación al tipo de proyectos que deben evaluarse en el SEIA cuando se ejecuten dentro de áreas colocadas bajo protección oficial (artículo 10 letra p) de la Ley 19.300, este fallo confirma que ciertas actividades que no se encuentran mencionadas en dicho cuerpo legal, no tienen obligación de ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Lo anterior, plantea serias interrogantes sobre los mecanismos actuales destinados a evitar efectos adversos en dichas áreas de gran valor ambiental. En este sentido ya existen precedentes jurisprudenciales en los cuales se ha entendido la definición del artículo 10 de la ley 19.300 en un sentido amplio y no taxativo, sobre la base de una

interpretación sistemática a la luz del artículo 11 del mismo cuerpo legal. Pareciera ser que la aplicación del principio preventivo y la protección efectiva del bien jurídico medio ambiente exigen una comprensión cada vez holística de la legislación actual de manera a garantizar el respeto de las garantías constitucionales.

Enlace: [Sentencia Corte de Apelaciones de Antofagasta Rol N°3106-2019 y Corte Suprema “Sandón/Guajardo” Rol N°36416 – 2019, Consulta de Pertinencia y Consulta Indígena](#)