

Santiago, dieciséis de junio de dos mil veinte.

Al escrito folio N° 29.098-2020: estése al estado de la causa.

**Vistos:**

En estos autos rol N° 28.195-2018, sobre reclamación del artículo 17 N° 6 de la Ley N° 20.600, los reclamantes Esteban Araya Toroco y Comunidad Indígena Atacameña de San Francisco de Chiu-Chiu (procesos acumulados) dedujeron recursos de casación en el fondo en contra de la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental que rechazó las reclamaciones deducidas en contra de la Resolución Exenta N° 478 de 12 de mayo de 2017, del Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, que llevó a efecto el Acuerdo N° 1 de 24 de enero de 2017 del Comité de Ministros que rechazó la reclamación administrativa respectiva deducida en contra de la Resolución de Calificación Ambiental N° 22 de 20 de enero de 2016 de la Comisión de Evaluación de Antofagasta, que calificó favorablemente el proyecto "RT Sulfuros de la Corporación Nacional Chilena del Cobre División Radomiro Tomic" (RT Sulfuros").

**I.- Antecedentes relevantes de la Etapa Administrativa.**

a) El proyecto "RT Sulfuros", se emplaza en la Región de Antofagasta. Su objetivo es mantener los niveles de producción de la División Radomiro Tomic mediante la explotación de nuevas fases de minerales de la mina a rajo



abierto y su procesamiento en una nueva planta concentradora. Tiene una vida útil proyectada de 41 años. Los relaves serán transportados al tranque Talabre mediante disposición convencional hasta el 2021, año en que se iniciará la puesta en marcha de la planta con tecnología de relaves espesados, que entrará en régimen el 2023.

b) El proyecto ingresó al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental a través de Estudio de Impacto Ambiental (EIA) en agosto de 2013. Se realizaron tres Informes Consolidados de Solicitudes de Aclaraciones, Rectificaciones y/o Ampliaciones de la Autoridad ("ICSARAS") que fueron respondidos por el titular mediante las Adendas respectivas.

c) Se desarrolló un proceso de participación ciudadana ("PAC") y, además, se realizó un Proceso de Consulta Indígena ("PCI").

d) El referido proyecto fue calificado favorablemente a través de la RCA N° 22 de 20 de enero de 2016 de la Comisión de Evaluación de Antofagasta.

e) La RCA fue impugnada a través de reclamaciones administrativas presentadas al alero del artículo 29 de la Ley N° 19.300. Entre otros, reclamaron administrativamente, la Comunidad Indígena Atacameña de San Francisco de Chiu-Chiu (en adelante Comunidad Indígena) y Esteban Araya.

f) El Comité de Ministros rechazó ambas reclamaciones, decisión que se plasmó en la Resolución Exenta N° 478 de 12



de mayo de 2017 del Director Ejecutivo del SEA, que llevó a efecto el Acuerdo N° 1, de 24 de enero de 2017 del mencionado Comité.

## **II.- Reclamación Judicial.**

### **1.- Reclamación de la Comunidad Indígena.**

**A. Proceso de Consulta Indígena:** En lo pertinente al recurso en estudio, reclama la falta de consentimiento para ocupar tierra indígena toda vez que el proyecto se emplaza en territorios que habitan desde tiempos inmemoriales. Además, acusa que no se aceptaron los requerimientos planteados en el Proceso de Consulta Indígena, especialmente aquellos vinculados a la condición indispensable de que los relaves no fueran depositados en el tranque Talabre, cuestión que, estima, era plausible, razón por la que la comunidad se retiró del proceso de consulta.

**B. Acerca del PAC:** Se acusa una falta de análisis de riesgos por sismos, como también a la salud de los habitantes. Agrega que tampoco se analizan los efectos del proyecto sobre los recursos naturales el grupo humano, en las áreas y población protegida, paisaje-turismo y patrimonio cultural. Asimismo, refiere que no se examinan los impactos que producirá el proyecto más allá de 30 años, acusando falta de imparcialidad del Estudio de Impacto Ambiental. Vinculadas a tales materias, plantea 82 observaciones que se exponen y analizan en términos



genéricos en relación al marco normativo que rige cada una de las materias que son establecidas en el artículo 11 de la Ley N° 19.300 y que dan origen a las acusaciones vinculadas a la falta de consideración de aquellas.

**2.- Reclamación de Esteban Araya:** denuncia, en lo medular, una falta de análisis de efectos a la población protegida y en el patrimonio cultural, refiriendo la exclusión de los indígenas urbanos de Calama del Proceso de Consulta Indígena, cuestión que, a su juicio, constituye una ilegalidad, toda vez que aquellos son susceptibles de ser afectados directamente por el proyecto.

### **III.- Sentencia:**

**A.- Procedencia de la impugnación del Proceso de Consulta Indígena, mediante el artículo 20 en relación con el 29 de la Ley N° 19.300 y 17 N° 6 de la Ley N° 20.600:** este es el primer aspecto vinculado al recurso en estudio abordado por la sentencia. En esta materia, la sentencia realiza un examen normativo que lleva a los sentenciadores a concluir que la participación ciudadana es distinta de la consulta indígena, por lo que es improcedente impugnar a través de la presente acción aspectos relativos al Proceso de Consulta Indígena (PCI) que no se observaron directamente en el período de Participación Ciudadana (PAC).

En efecto, sostiene el fallo que la reclamación judicial del artículo 17 N° 6 de la Ley N° 20.600, es una



vía especial de impugnación para quienes han realizado observaciones en el procedimiento de evaluación ambiental, es la determinación acerca de si ellas han sido o no debidamente consideradas. Así, el conocimiento de materias relativas al Proceso de Consulta Indígena, que pueden llegar a conocimiento del Tribunal por dicha vía, deben guardar relación con observaciones realizadas en la etapa PAC.

En este escenario, sostiene que se está frente a una situación que no ha sido directamente abordada con anterioridad y cuyo conocimiento requiere comprender cómo se inserta el PCI en el contexto del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y cómo aquél se relaciona con la PAC y con su régimen recursivo especial.

Continúa sosteniendo que el Proceso de Consulta Indígena, en el marco de la evaluación ambiental de un proyecto, constituye la expresión de la obligación que tiene el Estado de garantizar la participación de los pueblos indígenas, derivada directamente del instrumento internacional antes referido. En el caso de autos, el PCI del proyecto –que se extendió desde agosto de 2013 a diciembre de 2015– se verificó en el marco de la calificación ambiental del mismo, rigiéndose, en lo correspondiente, por las normas procedimentales que al efecto establece el Reglamento del SEIA y, en lo sustantivo, por el Convenio 169 y el Reglamento de la



Consulta, a la luz de sus propias especificidades y fines, distintos en naturaleza y alcance a los perseguidos por la también realizada participación ciudadana.

Añade que el mecanismo de impugnación del PCI, es distinto a la PAC, que se funda en el criterio de debida consideración de las observaciones, que no resulta idóneo para ser aplicado al Procedimiento de Consulta Indígena a la luz del Convenio 169, que contempla una finalidad distinta que implica que las comunidades tengan la posibilidad de influir en la decisión que, finalmente, adoptará la autoridad.

Así, atendido lo dispuesto en el artículo 17 N° 8 de la Ley N° 20.600, norma de carácter residual que permite conocer las reclamaciones en contra de la resolución que resuelva un procedimiento de invalidación de un acto administrativo de carácter ambiental, resulta ser ésta la vía idónea para reclamar de los eventuales vicios del Proceso de Consulta Indígena, pues el estándar de revisión del Tribunal podrá ampliarse a ilegalidades con un alcance distinto a la debida consideración de las observaciones. En consecuencia, las materias que no se observaron en la PAC, deben ser impugnadas mediante la solicitud de invalidación conforme con el artículo 53 de la Ley N° 19.880, de cuyo resultado podrán reclamar judicialmente mediante el artículo 17 N° 8 de la Ley N° 20.600.



Concluye que la Comunidad Indígena no podía impugnar las materias del Proceso de Consulta Indígena que no observó directamente en la PAC, mediante la acción establecida en el 17 N° 6 de la Ley N° 20.600, esto es, la necesidad de su consentimiento para el proyecto por existir una demanda territorial presentada ante la CONADI y la validez del Proceso de Consulta Indígena a la luz de su retiro anticipado. En consecuencia, las alegaciones de la Comunidad Indígena que no formaron parte de las observaciones PAC no serán objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal, por resultar improcedentes.

**B.- Eventual falta de consideración de las observaciones.**

**1) Respecto de la posible susceptibilidad de "afectación directa" de los indígenas urbanos de Calama:** señala que la regulación de tal concepto es mencionado en el Convenio N° 169 y desarrollado en el Reglamento de la Consulta, dotándolo de contenido el Nuevo Reglamento del SEIA.

Continúa exponiendo que, a juicio del Tribunal, la Resolución Exenta N° 478/2017, no repara que las respuestas a las observaciones no fueron exhaustivas, pues se descarta la susceptibilidad de afectación directa por la falta de efectos significativos sobre las actividades agroganaderas de los indígenas urbanos de Calama, pero no por la falta de afectación de su patrimonio cultural, en cuanto al geoglifo



de Talabre, fundamento de la alegación de Esteban Araya. Añade que, si bien lo anterior constituye un vicio, no posee la entidad suficiente para disponer la nulidad del acto impugnado, debiendo aplicarse el principio de conservación, puesto que materialmente existe información en el expediente de evaluación que permite descartar efectos significativos al patrimonio cultural de los indígenas urbanos de Calama en cuanto afectaciones al geoglifo de Talabre, tal como lo explica y recoge, posteriormente, la RCA N° 22/2016, al establecer que el proyecto tiene contempladas obras que se ubicarán aproximadamente a 500 metros de distancia del geoglifo Talabre, no existiendo interacción entre las obras del proyecto y el geoglifo. No obstante ello, igualmente, debido a la importancia particular y regional del geoglifo, se presentaron medidas de protección voluntarias al Consejo de Monumentos Nacionales para su aprobación. Así, en el expediente se aborda y descarta la susceptibilidad de afectación directa de los indígenas urbanos de Calama.

**2) La posible contraposición del proyecto con el Área de Desarrollo Indígena de Alto El Loa:** la Resolución Exenta N° 478/2017 explica que el Estudio de Impacto Ambiental presentó la relación entre el Proyecto y el Área de Desarrollo Indígena Alto El Loa, detallándose que tal relación no produce efecto adverso significativo a la dimensión antropológica pues no existe ocupación indígena u





originaria efectiva sobre dicha zona. En esta materia, sostiene, existe suficiente información en el expediente del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental que justifica la afirmación de la Autoridad, sin que la Comunidad Indígena haya acompañado antecedentes que permitan acreditar alguna ocupación indígena en el sector.

**3) El posible vicio del Proceso de Consulta Indígena a la luz de la realización de procedimientos paralelos a diversas organizaciones del pueblo de San Francisco de Chiu Chiu:** expresa que la Resolución N° 478/2017 lo descarta señalando que el pueblo atacameño antes referido fue consultado a través de la Comunidad Indígena en su calidad de representante del mismo –sin convocarse a otras instituciones– pero que también se consultó a la Asociación Indígena de Agricultores y Regantes de Chiu Chiu y a la Junta de Vecinos N° 24 del Pueblo de Chiu Chiu debido a su solicitud expresa y persistente, no obstante sus esfuerzos para llevar adelante una única consulta. En este aspecto, el SEA acreditó que desplegó su acción en aras de lograr la cohesión, reconociendo el derecho a participar de las diversas organizaciones en razón de la negativa a actuar conjuntamente, comportándose conforme a los parámetros requeridos. Por tanto, sólo cabe descartar la existencia del vicio invocado.

**4) Respecto de la afectación a la actividad agroganadera de la Comunidad Indígena:** refiere que la



Resolución Exenta N° 478/2017 establece que se descartaron efectos sobre las actividades productivas por el aporte de material particulado respirable en las zonas agropecuarias de Chiu Chiu y Lasaña, lo que coincide plenamente con la información del expediente de evaluación ambiental del proyecto.

Sobre la posible afectación a la actividad agroganadera por el impacto al componente agua, la Resolución Exenta N° 478/2017 expone antecedentes y concluye que no hay relación entre las aguas claras del tranque Talabre y el río Loa y sus vertientes y por lo tanto, descarta la contaminación en este curso superficial. Realiza un análisis técnico de los resultados de los valores obtenidos en el monitoreo realizado en ese sector y en el río Loa y vertientes desde el año 2004 al 2012 y la descarta, agregando que no obstante lo señalado, consta en el proceso que, con el objeto de asumir un enfoque conservador y un criterio preventivo, se contempla la realización de un muestreo semestral de sustancias asociadas a procesos metalúrgicos. Para proteger los acuíferos o aguas subterráneas presentes aguas abajo del tranque de posibles filtraciones de sus aguas claras, se diseñó un sistema de control de éstas hasta la cota 2.500, consistente en cortinas cortafuga, constituidas por baterías de pozos de monitoreo y bombeo, para controlar, prevenir y evitar efectos sobre la calidad de las aguas



subterráneas. A continuación describe el monitoreo de la operación del sistema de control de filtraciones.

En virtud de lo expuesto, a juicio del Tribunal se ponderó y descartó la afectación significativa a las actividades agroganaderas especificadas por el proyecto, considerando la no afectación al componente agua, consignando que no hay relación alguna entre las aguas claras del relave y las aguas del río Loa y sus vertientes.

En relación a la posible afectación a la actividad agroganadera por el impacto al componente suelo, luego de describir la Resolución Exenta N° 478/2017, se realiza un análisis técnico. Así, concluye que se ponderó y descartó la afectación significativa al componente suelo, considerando las características geológicas del sector, su calidad y que el depósito de relaves se realizará sobre una superficie ya intervenida por relaves convencionales.

**5) Los posibles riesgos para la salud:** refiere que lo que se pretende en las reclamaciones es determinar la necesidad de realizar una línea de base de salud oncológica, oftalmológica, dérmica y respiratoria, a cómo se van a medir impactos a la salud de la Comunidad Indígena y a mecanismos de prevención, monitoreo, mitigación o compensación. La Resolución Exenta N° 478/2017 refiere calidad del aire y medidas. Luego, señala que las líneas de base específicas de salud oncológica, oftalmológica,



dérmica y respiratoria, no corresponden a un requisito establecido dentro del SEIA para los EIAs que generen o presenten riesgo para la salud de la población, refiriendo, además, que los riesgos sobre la salud de la población se encuentran reconocidos, evaluados y se establecieron medidas, cuestión que coincide plenamente con el expediente de evaluación del proyecto, de cuyo análisis se desprende que la ciudad de Calama y sus alrededores forman parte de una zona declarada saturada por MP10 como concentración anual, según lo establecido en el Decreto N° 57 de 2009 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, siendo ésta una de las razones por las cuales el proyecto se presenta bajo la vía de un Estudio de Impacto Ambiental, al tener el potencial de generar emisiones de material particulado respirable y gases en todas sus fases producto del movimiento de tierra, circulación de vehículos y maquinaria, y actividades mineras.

Expone un análisis técnico, refiriendo que los resultados obtenidos permitieron concluir que el impacto en la calidad del aire de las emisiones del proyecto era significativo, aunque el aporte de MP10 del mismo sobre Chiu Chiu en la fase de construcción y operación era despreciablemente inferior a la precisión de los equipos empleados para su monitoreo continuo, estableciéndose que se requerían medidas para hacerse cargo de aquella situación.



Las medidas de mitigación y compensación propuestas por el titular superan los aportes de emisiones del proyecto, resultando en una reducción neta de contaminación, generándose con ello un impacto positivo equivalente para el escenario más desfavorable en calidad del aire, además de contemplarse un plan de seguimiento en diversas estaciones de monitoreo, así como la actualización del informe de superficie erosionable.

Finalmente, el método de verificación de la eficiencia de las medidas de compensación –Adenda 3– consiste en la medición del contenido de material particulado de las calles en forma previa y posterior a la ejecución de la pavimentación. En caso que se verifiquen valores mayores a los medidos sin la aplicación de la medida, el titular se compromete a tomar las acciones necesarias para alcanzar los parámetros de eficiencia comprometidos.

**6) Los potenciales efectos a los recursos naturales:** da por reproducidas las consideraciones del acápite anterior sobre la afectación al aire, agua y suelo, conforme a las cuales se descartaron impactos significativos a las actividades productivas agroganaderas por el aporte de material particulado, así como por impactos al componente agua por infiltración y al componente suelo por material particulado sedimentable.

Añade un análisis de la resolución reclamada en cuanto a la afectación a la flora, vegetación y fauna terrestre,



sosteniendo que la Resolución Exenta N° 478/2017 establece que el Proyecto tiene la potencialidad de generar efectos adversos significativos sobre la cantidad de los recursos naturales renovables, en particular, sobre especies de fauna de baja movilidad en estado de conservación. Luego, realiza un análisis de estudios y concluye que los posibles efectos sobre los recursos naturales renovables fueron debidamente considerados.

**7) La posible afectación a acuíferos protegidos que alimentan vegas y bofedales de la Región de Antofagasta:**

expone que la Resolución Exenta N° 478/2017 establece que el Proyecto no considera la exploración ni explotación de aguas subterráneas en los acuíferos que alimentan las referidas vegas y bofedales, considera un programa de control y monitoreo de la calidad del agua subterránea la mantención del muestreo de calidad del agua subterránea en todos los pozos de monitoreo. Con esta información, se podrá verificar la no afectación de sistemas sensibles como vegas y acuíferos protegidos.

Así, a juicio del Tribunal, la Resolución Exenta N° 478/2017 no repara en que las respuestas a las observaciones ciudadanas no fueron exhaustivas, al no explicar con detalle por qué los pozos de monitoreo en los respectivos acuíferos protegidos no los afectarían, y al no referirse debidamente al sentido de la pregunta de la ciudadanía relativa al efecto fracking. Si bien lo anterior



constituye un vicio, en el caso concreto no posee la entidad suficiente para disponer la nulidad del acto impugnado, debiendo aplicarse el principio de conservación, puesto que existe información en el expediente de evaluación sobre el particular.

A lo ya expuesto en la Resolución impugnada, agrega que consta en el capítulo 4 del Estudio de Impacto Ambiental que se describe que el mecanismo que permitirá evitar que el efecto de las eventuales filtraciones de aguas de relaves desde el tranque Talabre afecte potencialmente sectores más lejanos del acuífero. Realiza un análisis técnico. Añade que el programa de control y monitoreo de la calidad del agua subterránea asociado al proyecto considera, en todo momento, la mantención del muestreo de calidad del agua subterránea en todos los pozos de monitoreo y no sólo en aquellos pozos que se encuentren bombeando. Con esta información se podrá verificar la no afectación de sistemas sensibles como vegas y acuíferos protegidos. Asimismo, se descarta que el salar de Talabre contenga aguas fósiles o milenarias.

De este modo, teniendo en cuenta los mecanismos preventivos y los resultados de los monitoreos antes indicados, no se esperan efectos en el agua, la biota del río Loa y las napas freáticas y bofedales protegidos.

Finalmente, en cuanto a la preocupación por la posible fractura de la capa de arcilla que constituye la formación



geológica que está debajo del tranque, fenómeno que aumentaría su permeabilidad, permitiendo la infiltración, análisis de respuesta y estudios, tanto en la respuesta a las observaciones como en el expediente de evaluación, se abordan y descartan los posibles efectos sobre las áreas que alimentan vegas y bofedales protegidas, debe ser desestimada.

**8) La afectación al paisaje y turismo:** expone el contenido de la Resolución Exenta N° 478/2017 el que se estima está en completa consonancia con el expediente de evaluación ambiental del proyecto, contemplándose un Plan de Manejo Arqueológico.

A continuación, describe el Plan de Medidas de Mitigación y Rescate, el titular, acogiendo la recomendación del Consejo de Monumentos Nacionales. Específicamente respecto del geoglifo Talabre (Adenda 1, IV. 4.a), si bien el proyecto contempla obras aproximadamente a 500 metros de distancia, sin que exista interacción, igualmente se comprometen medidas de protección voluntarias tales como registro, diagnóstico y resguardo del geoglifo mediante señalética y cerco, entre otros, a realizarse por un arqueólogo profesional.

Finalmente, en la misma línea, durante la evaluación ambiental, se analizó la potencial generación de impactos visuales sobre el área del proyecto, debido al interés turístico que presenta la zona, señalando que constan los





antecedentes que permiten concluir que la zona del sector tranque Talabre no presenta atractivos naturales o culturales que pudieran atraer flujo de visitantes, descartándose así el valor turístico del sector. Los atractivos culturales se encuentran a más de 500 metros de éste, no siendo visibles.

**9) La afectación al patrimonio cultural:** se remite a lo señalado en el acápite anterior.

**10) Los posibles riesgos por sismos:** refiere que los depósitos de relaves se diseñan para soportar aceleraciones máximas de acuerdo a la zona sísmica donde se encuentran, considerando eventos máximos creíbles, por lo cual el diseño de los muros está hecho para resistir sismos de acuerdo a modelos de simulación.

Así, a juicio del Tribunal, la Resolución Exenta N° 478/2017 no repara en que la respuesta entregada por la Autoridad a la pregunta ciudadana no fue suficiente, al no explicar con un lenguaje claro y accesible por qué el proyecto no generaría riesgos derivados de eventuales sismos. Sin embargo, tal vicio no posee entidad suficiente para disponer la nulidad del acto impugnado, debiendo aplicarse el principio de conservación, puesto que existe información en el expediente de evaluación sobre el particular.

Sostiene que los tranques de relaves deben resistir diversos eventos naturales durante un tiempo prolongado.



Para minimizar y controlar los riesgos asociados a su desarrollo, se debe prestar especial atención a las etapas de diseño, construcción y operación, además de una planificación para su adecuado cierre y posterior abandono. Se realiza un análisis técnico y normativo y concluye que, tal como se observa en el expediente, se realizó un análisis de estabilidad física del tranque provocada por un sismo de similares características al último gran terremoto del Maule, de febrero del 2010. Los resultados indican que el tranque cumple con las exigencias de estabilidad requeridas.

**11) La posible falta de predicción de impactos a más de 30 años:** alude a que la Resolución Exenta N° 478/2017 establece que el proceso de evaluación contempla exclusivamente la evaluación de las fases de construcción, operación y cierre de un proyecto. De esta manera, los posibles impactos a los que se refiere la recurrente, a cien o mil años más, no se recogen en el proceso de evaluación, pues ese período será posterior a la vida útil del Proyecto. Sin perjuicio de ello, y con el objeto de complementar la respuesta, se aclara que las fases de cierre están regidas por la Ley N° 20.551 que tiene entre sus objetivos asegurar la estabilidad física y química de los lugares donde se desarrollen actividades mineras. De esta forma, se controlan posibles impactos futuros, otorgando el debido resguardo a la vida, salud, seguridad



de las personas y medio ambiente, de acuerdo a la ley. Por otra parte, se reitera que, parte de los monitoreos hidrogeológicos se extenderán incluso en años posteriores al cierre del Proyecto.

El Tribunal sostiene que la Resolución Exenta N° 478/2017 yerra en su respuesta a la observación ciudadana, al no explicar, en el contexto de la evaluación ambiental, que existe una norma específica, la Ley N° 20.551 que Regula el Cierre de Faenas e Instalaciones Mineras, cuyo objetivo es la prevención de la generación de pasivos ambientales mineros, adoptando todas las medidas necesarias para evitar generar riesgos significativos para las personas y el medio ambiente, posteriormente al cierre de la faena minera, particularmente para instalaciones mineras remanentes, esto es que permanezcan y no puedan desmantelarse por su naturaleza. Sin embargo, tal vicio no posee la entidad suficiente para disponer la nulidad del acto impugnado, debiendo aplicarse el principio de conservación, puesto que existe información en el expediente de evaluación sobre el particular.

En efecto, la ampliación del tranque contempla un plan de cierre de faenas aprobado mediante Resolución N° 1.782/2009, por el SERNAGEOMIN, que complementa al Plan de Cierre de Faenas aprobado mediante Resolución N° 300/2009.

**12.- La parcialidad del Estudio de Impacto Ambiental, confeccionado por la consultora SGA S.A.:** expone que la



reclamante acusa que éste procura satisfacer interesadamente la demanda del titular, más que la objetividad e imparcialidad requerida por el bien público y el interés científico para el desarrollo sustentable (observación N° 2).

Respecto de esta materia, se sostiene que el Estudio de Impacto Ambiental y sus Adendas cumplieron con los contenidos mínimos o estándares requeridos para su presentación. Al respecto, debe considerarse que el propio sistema está construido sobre la base de que el titular es el responsable de la información que presenta, independiente de quién o quiénes hayan elaborado el Estudio de Impacto Ambiental, sin que sea factible hacerse cargo de afirmaciones o juicios, en tanto éstas no estén debidamente motivadas. Luego, es la autoridad evaluadora y los organismos sectoriales quienes refrendan las declaraciones hechas por el titular, descartando que se trate meramente de conjeturas subjetivas.

Así, las observaciones ciudadanas de los reclamantes previamente aludidas fueron debidamente consideradas en el expediente de evaluación ambiental, razón por la cual no procede dejar sin efecto la resolución reclamada. Asimismo, el pronunciamiento posterior del Comité de Ministros, que agotó la vía administrativa, también resulta conforme a derecho.



En contra de la referida sentencia los reclamantes, Comunidad Indígena Atacameña de San Francisco de Chiu-Chiu y Esteban Araya Toroco, dedujeron recursos de casación en el fondo.

Se trajeron los autos en relación.

**Considerando.**

**Primero:** Que, en primer lugar, se deduce recurso de casación en el fondo en representación de Esteban Araya Toroco, denunciando la infracción de los artículos 4 y 29, inciso tercero, de la Ley N° 19.300, en relación a los artículos 17 letra f) y 41 de la Ley N° 19.880, artículo 7 inciso tercero del Decreto N° 66, del año 2013, del Ministerio de Desarrollo Social, artículos 6 y 7 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República de Chile y artículos 1°, inciso segundo, y 34 de la Ley N° 19.253.

Luego de exponer doctrina en relación al principio de conservación, refiere que, para analizar el tema concreto, se debe hacer un juicio de ponderación entre los principios generales del derecho y el principio de legalidad. Así, sostiene que se consideran como principios justificantes de la conservación de un acto administrativo contrario al principio de legalidad el de la protección de los derechos adquiridos por una persona de buena fe, de legalidad



jurídica, de la confianza legítima y de la economía procesal.

En efecto, sostiene que se debe justificar debida y razonablemente la subsistencia de este acto viciado, por lo que la mera referencia al principio conservatorio no puede entenderse como argumento suficiente, pues se requiere que se contraste el bien superior que se quiere proteger con el principio de legalidad.

Asentado lo anterior, sostiene que la sentencia impugnada carece de la expresión y fundamentación clara en donde señale en virtud de qué norma o principio superior a la legalidad se aplica el principio de conservación, cuál es el bien superior por el cual se mantendrá un acto reconocidamente viciado.

A continuación, explica que la sentencia infringe las normas antes referidas al excluir a las comunidades indígenas urbanas de Calama del proceso de consulta indígena. Puntualiza que el Tribunal centra su argumentación respecto de la afectación asociada al "patrimonio cultural", asociándolo únicamente al geoglifo Gigante de Talabre sin considerar las alegaciones vinculadas a la falta de motivación de la RCA en materia de Consulta Indígena a los Indígenas Urbanos.

La afectación enunciada por su representado en su reclamación no sólo dice relación con el daño que se pudiera efectuar en los geoglifos, si no con la alteración



del paisaje, de los modos de vida de quienes pese a no vivir diariamente en el lugar, viven en lugares urbanos cercanos, pero son Atacameños que visitan frecuentemente el sector, manifestando reiteradamente su constante preocupación por el sector específico del "Gigante de Talabre" pero también por muchos otros que han evidenciado deterioro producto de la actividad minera de CODELCO en sectores que corresponden a territorios indígenas.

No se puede esperar que haya afectación sólo si el proyecto se instala al lado de su casa o sobre los geoglifos, hay afectación si lugares en los que ancestralmente han vivido o han desarrollado su vida los indígenas son invadidos por un Proyecto Minero, sin que exista seguridad que no se afecte la calidad de vida de su representado.

Sostiene que el tribunal avala que, a través del procedimiento administrativo de reclamación, se deben explicar todos los efectos o consecuencias negativas de envergadura que trae consigo el proyecto RT Sulfuros a los indígenas urbanos con domicilio en Calama, obviando que el proceso de Consulta sería el único medio a través del cual debería exponerse dicha problemática. Añade que la exclusión del Proceso de Consulta de los Indígenas Urbano de la etnia Atacameña sólo se funda en el hecho de no habitar en asentamientos indígenas, elemento que no es suficiente para justificar dicha exclusión.



En el caso particular de los indígenas urbanos de Calama, específicamente los pertenecientes a la etnia atacameña, tienen la característica de urbanos porque fueron parte de procesos migratorios que los afectaron a ellos y/o a sus ascendientes y/o a sus descendientes o bien porque el crecimiento de la población incorporó sus tierras originarias a esta ciudad. Sin embargo, son afectados directamente por el Proyecto RT Sulfuros al igual que lo son las comunidades que se emplazan en las cercanías o en la zona de influencia del proyecto, esto porque la cosmovisión indígena y su especial vinculación con la tierra y el patrimonio cultural, no se extingue por el hecho de habitar a 35 km. de las comunidades antes señaladas.

Para el SEA, cuestión que es reafirmada luego por el Comité de Ministros, lo determinante para calificar la afectación o no de una comunidad indígena es sólo el elemento geográfico, es decir, la proximidad a la zona de influencia del proyecto, obviando toda la vinculación y significación que le dan los indígenas al territorio y que va más allá de estar asentados o no en determinado lugar. Se obvia que lo que corresponde es que la autoridad les permita, a través de la Consulta Indígena, demostrar cómo el Proyecto RT Sulfuros les genera un impacto negativo significativo.





Refiere que los indígenas urbanos de Calama no pueden ser tratados como indígenas de segunda clase pues ello implica una transgresión a la igualdad ante la Ley consagrada en nuestra carta fundamental, artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República. El Estado tiene el deber de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de los pueblos indígenas, por ello debe evaluar preventivamente si las medidas administrativas o legislativas a adoptar puedan afectar, negativa o positivamente, o involucrar derechos o intereses de los pueblos indígenas, y en tales casos realizar los ajustes correspondientes.

**Segundo:** Que, por otra parte, se deduce recurso de casación en el fondo en representación de la Comunidad San Francisco de Chiu Chiu, acusando, en un primer acápite, la vulneración del artículo 17 N° 6 de la Ley N° 20.600, en relación al artículo 20 y 29 de la Ley N° 19.300, yerro jurídico que se produce al establecer que las cuestiones que ocurren en la consulta indígena, no observadas en el PAC, no pueden ser objeto de reclamación incoada en autos.

Además de lo anterior, se incurre en error de derecho al no determinar si en el proceso de Consulta Indígena se vulneró el artículo 6 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo en relación al principio de la buena fe y se conculcó el artículo 19 de la Declaración de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas y los principios



establecidos mediante el control de convencionalidad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto al estándar del consentimiento previo, libre e informado de los pueblos originarios.

Refiere que la Consulta Indígena constituye parte del sistema de evaluación ambiental, pues es la misma Ley N° 19.300 la que tiene entre sus objetivos la búsqueda de una participación informada de la sociedad.

Hace presente que, si bien es cierto la participación indígena no estuvo contemplada dentro de las hipótesis primitivas de participación, no es menos efectivo que la misma ley pretende una participación más activa y más amplia, que por la vía reglamentaria y la adopción del Convenio 169, hacen que estos espacios como la Consulta Indígena, se conviertan tácitamente como integrantes del sistema de evaluación ambiental.

Añade que ambos mecanismos de participación, tanto la PAC como la Consulta Indígena, buscan con sus especificidades un ambiente de participación integral y completa, debiendo ambas ser consideradas como manifestaciones del derecho a la participación y, por ende, dentro del régimen de recursos que contempla la legislación ambiental.

Sostiene que pretender que su parte no tiene derecho a recurrir por esta vía, la deja en una evidente indefensión y posibilita decisiones contradictoras, toda vez que como



se puede razonar, se puede dar la hipótesis de procesos paralelos, posibilitándose una eventual de cosa juzgada o de litis pendencia. Por lo que, en aplicación de la economía procesal, eficiencia y del debido acceso al derecho a la justicia se hace necesario que se ventilen todas las cuestiones en un solo procedimiento.

Asentado lo anterior, explica, respecto de la necesidad de consentimiento previo de la Comunidad, que hay una infracción del artículo 19 de la Declaración de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas y lo estimado mediante el parámetro de control de convencionalidad que ha impuesto la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ha establecido que hay una diferencia entre consulta y consentimiento, por ejemplo en caso "Saramaka con Surinam".

Refiere que el Estado tiene la obligación no sólo de consultar, sino que debe obtener el consentimiento libre, previo e informado. Esto es relevante, puesto que desde el caso "Almonacid Arellano VS Chile", se ha establecido que los órganos de los Estados que son partes de nuestro sistema interamericano, deben hacer el control de convencionalidad respecto a lo que la Corte Interamericana ha fallado, de tal manera que pasa a ser derecho interno también lo que este alto tribunal determina.

En este sentido, sostiene, es plenamente aplicable lo determinado en el caso Samaraka al juicio de autos, ya que efectivamente el territorio es indígena, como se señaló en



el informe de Conadi. Así, se está en presencia de un proyecto a mayor escala, por lo que debió el Estado obtener el consentimiento previo, libre e informado de su representada.

**Tercero:** Que, en un segundo capítulo de casación, se acusa la infracción del 19 N° 26 de la Constitución Política de la Republica, al estimar que las observaciones de la empresa estaban bien ponderadas. En este aspecto sostiene que se incurre en el error de derecho denunciado al asentar en los considerandos vigésimo octavo al centésimo cuadragésimo segundo, que las observaciones hechas por su parte han sido debidamente consideradas en el expediente ambiental.

Refiere el principio de seguridad de los derechos y de la no afectación de los derechos en su esencia, sosteniendo que un derecho es afectado en su esencia cuando se le priva de aquello que le es consustancial, de tal manera que deja de ser reconocible y que se impide su libre ejercicio. En tal sentido, sostiene: "como puede verse la sentencia recurrida al hacer una análisis técnico ambiental se olvida de los derechos especialísimos que le asisten a mi representada en su calidad de sujeto colectivo indígena, así las cosas por ejemplo su derecho a las tierras colectivas artículo 13, 14, 15, respecto de la cultura artículo 23, del convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo que es derecho vigente en Chile;



además del artículo 31 también sobre las prácticas culturales, artículo 12, respecto a prácticas religiosas, de la declaración de Naciones Unidas sobre pueblos indígenas. Todo este catálogo de derechos se ven lesionados en su esencia en circunstancias que son asegurados por nuestra constitución al ser parte del bloque de constitucionalidad que deviene de una correcta aplicación del artículo 5 inciso segundo de nuestra carta fundamental".

Finaliza sosteniendo "no es baladí decir que los pueblos tienen este derecho por ejemplo a sus prácticas culturales o religiosas si no que el Estado tiene la obligación de asegurarlo y esta sentencia le priva de este derecho al estimar, por ejemplo, que estar el tranque de relaves a 500 metros del Gigante de Talabre (sitio arqueológico relevante para el pueblo atacameño), está salvaguardado por la distancia y las medidas de seguridad que propone el titular, tiene más bien con la afectación espiritual y no técnica que debe tenerse en consideración para evaluar si está bien ponderada o no la observación".

**Cuarto:** Que, comenzando con el análisis del recurso deducido en representación de Esteban Araya, se debe señalar que éste presenta serias deficiencias de formalización que merman su viabilidad. En efecto, luego de exponer extensamente cuestiones dogmáticas vinculadas al principio de conservación, acusa su conculcación Empero, no



desarrolla de modo alguno cómo es que en específico se vulnera tal principio, tampoco se vincula aquello con una norma jurídica y, en lo que es realmente trascendente, no indica en qué materia específica de aquellas tratadas por el fallo se produce el yerro, debiendo recordar que el Tribunal Ambiental realiza un análisis científico y técnico en relación a distintas variables medioambientales que se acusó no fueron debidamente consideradas en la RCA y en la decisión del Comité de Ministros, por lo que se estimaba que las observaciones realizadas en el periodo PAC no fueron debidamente advertidas, razón por la que, más allá que Esteban Araya no realizó reclamo de ninguna materia que no fuera la falta de consulta a los denominados indígenas urbanos de la ciudad de Calama, lo cierto es que si pretendía cuestionar la decisión adoptada por el tribunal en estas materias, era imprescindible que al menos las señalara y consignara la forma en que se produce el error de derecho en relación a ellas, entregando un marco jurídico que permitiera realizar el análisis de legalidad vinculado al recurso de casación deducido.

Así, la falta de desarrollo del error de derecho en las materias antes referidas, impide un mayor análisis del recurso, que atendida su naturaleza de derecho estricto que exige la denuncia de infracción de normas concretas, debiendo cumplir el arbitrio de casación las exigencias que se disponen en el artículo 772 del Código de Procedimiento



Civil, que debe entenderse en armonía con lo previsto en los artículos 764 y 767 del mismo Código. De acuerdo a dichos preceptos se permite como único sustento de la invalidación de la sentencia censurada el quebrantamiento de una o más normas legales contenidas en la decisión. Por ello es menester que al interponer el recurso de la especie la recurrente cumpla lo requerido por la disposición en análisis, esto es, expresar en qué consisten el o los errores de derecho de que adolece la resolución recurrida, siendo innegable que el arbitrio en estudio no cumple con los mencionados requisitos.

Tanto la jurisprudencia como la doctrina hacen consistir esos yerros en aquellos que pudieron originarse por haber otorgado los sentenciadores un alcance diferente a una norma legal respecto del establecido por el legislador, ya sea ampliando o restringiendo el mandato de sus disposiciones; o por haber aplicado una ley a un caso no previsto en ella o, por último, por haber dado aplicación a un precepto legal en una situación ajena a la de su prescripción. Lo anterior, claramente no se cumple en la especie, toda vez que, como se reseñó, no determina las materias específicas y la forma en que se conculca el principio de conservación, menos aún señala normas vinculadas al análisis técnico jurídico realizado por el Tribunal Ambiental.



Atento a lo expresado, resulta innegable que el recurso que se analiza carece de razonamientos concretos, lógicos y precisos dirigidos a demostrar los errores de derecho en que habrían incurrido los sentenciadores, aspecto que no se condice con la exigencia impuesta por el legislador. La circunstancia de no cumplirse la exigencia referida hace imposible entrar al análisis de la infracción de los preceptos supuestamente infringidos. En efecto, el nulo desarrollo de los errores de derecho denunciados atenta contra tal labor por cuanto realizarla en tales condiciones importaría dejar a la discrecionalidad de esta Corte la determinación del yerro jurídico en que pudiera incurrir la sentencia, cuestión que atañe a un asunto que la ley ha impuesto a la parte agraviada.

**Quinto:** Que, por otro lado, se acusa en el recurso la infracción de las normativa que, en lo medular, regula el proceso de consulta indígena, construyendo el yerro jurídico sobre la base de una idea fundamental, esto es, que no sólo se debió consultar a las personas de las comunidades Chiu Chiu y Lasana, sino que además se debió extender la consulta a todo el pueblo atacameño que se encuentra radicado en la región de Atacama, toda vez que los mismos no sólo pertenecen a la etnia atacameña, sino que tienen lazos efectivos con las referidas comunidades.

Para analizar tal materia, se debe tener presente que el artículo 6 N°1 del Convenio N°169 de la OIT dispone que





*"Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:*

*a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;*

*b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;*

*c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin".*

Es la misma OIT la que ha establecido los estándares mínimos que debe cumplir un proceso de consulta para ser considerado adecuado, sosteniendo que: *"los gobiernos deben garantizar que los pueblos indígenas cuenten con toda la información pertinente y puedan comprenderla en su totalidad"* y que *"será apropiado el procedimiento que genere las condiciones propicias para poder llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas*



*propuestas, independientemente del resultado alcanzado"* (Comprender el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169), Manual para los mandantes tripartitos de la OIT, página 16).

Así lo ha entendido también esta Corte, al señalar que *"el Convenio N° 169 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"* (CS Rol 11.040-2011, considerando Quinto).

Por su parte, el Tribunal Constitucional destaca en una de sus sentencias *"la diferencia esencial que tiene la consulta a que se refiere el artículo 6°, N° 1°, letra a), de la Convención N° 169, con aquellas otras que se establecen en el actual ordenamiento positivo. Para*



*demostrarlo baste señalar que si bien la respuesta a la consulta a que se refiere el tratado no tiene un carácter vinculante stricto sensu si tiene una connotación jurídica especial que se encarga de precisarla el N°2° del mismo artículo 6° que dice: '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'" (Rol 309-2000, considerando 7°). Agrega el fallo que "La participación a que se refiere el tratado, en esta parte, debe entenderse en el marco de lo que dispone el artículo 1° de la Constitución, que consagra el deber del Estado de 'asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional'" (considerando 72°).*

**Sexto:** Que, en este orden de consideraciones, el artículo 2° del Decreto Supremo N° 66 del Ministerio de Desarrollo Social que establece el Reglamento que regula el Procedimiento de Consulta Indígena, dispone: "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".*

En lo pertinente, el artículo 8° refiere: "La resolución de calificación ambiental de los proyectos o actividades que ingresan al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, de conformidad a lo establecido en el artículo 10 de la ley N° 19.300, y que requieran un proceso de consulta indígena según lo dispuesto en dicha normativa y su reglamento, se consultarán de acuerdo a la normativa del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, dentro de los plazos que tal normativa establece, pero respetando el artículo 16 del presente instrumento en lo que se refiere a las etapas de dicha consulta". Agrega el inciso segundo: "La evaluación ambiental de un proyecto o actividad susceptible de causar impacto ambiental que deba cumplir con la realización de un proceso de consulta indígena acorde a la ley N° 19.300 y su reglamento, incluirá, en todo caso, las medidas de mitigación, compensación o reparación que se presenten para hacerse cargo de los efectos del artículo 11 de la ley N° 19.300".

**Séptimo:** Que, de lo hasta ahora expuesto, fluye que la participación de los pueblos afectados por un proyecto en el PCI les permite ser parte de un intercambio de información relevante acerca de las obras a realizar y la forma en que ellas influirán en sus sistemas de vida, la



exposición de los puntos de vista de cada uno de los potenciales afectados de manera de determinar la forma específica en que el proyecto les perturba, el ofrecimiento de medidas de mitigación, compensación y/o reparación por parte del titular del proyecto, las que el Servicio de Evaluación Ambiental debe examinar en su mérito y, finalmente, la formalización de acuerdos en un plano de igualdad.

Sólo así es posible el cumplimiento de la obligación consagrada legalmente en el artículo 4° de la Ley N° 19.300, que dispone que "Los órganos del Estado, en el ejercicio de sus competencias ambientales y en la aplicación de los instrumentos de gestión ambiental, deberán propender por la adecuada conservación, desarrollo y fortalecimiento de la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y culturales de los pueblos, comunidades y personas indígenas, de conformidad a lo señalado en la ley y en los convenios internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes", otorgando a los pueblos indígenas la posibilidad de influir de manera real y efectiva en las decisiones públicas que sean de su interés.

Ahora bien, lo importante para resolver las materias propuestas por el arbitrio, se vincula a que, de la normativa antes señalada, fluye que debe seguirse el PCI en tanto de los antecedentes del proyecto aparezca la



existencia de una susceptibilidad de afectación directa a pueblos indígenas, toda vez que éste es el estándar empleado para determinar su obligatoriedad. Así, lo que corresponde es dilucidar el contenido de tal concepto, para cuyos efectos resulta pertinente, por así disponerlo el artículo 8 del Decreto Supremo N° 66, acudir al Decreto Supremo N° 40 del Ministerio del Medio Ambiente que establece el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental que, en sus artículos 7 y 8, contiene referencias al proceso de consulta indígena que permiten asentar el concepto de susceptibilidad de afectación directa. En específico, el inciso segundo del último cuerpo normativo señalado dispone: "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". Añade el inciso tercero: "Se entenderá por poblaciones protegidas a los pueblos indígenas, independiente de su forma de organización". Agrega su inciso penúltimo: "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".



En el mismo orden de ideas, expone el artículo 85 del referido reglamento "En el caso que el proyecto o actividad genere o presente alguno de los efectos, características o circunstancias indicados en los artículos 7, 8 y 10 de este Reglamento, en la medida que se afecte directamente a uno o más grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, el Servicio deberá, de conformidad al inciso segundo del artículo 4° de la ley, diseñar y desarrollar un proceso de consulta de buena fe, que contemple mecanismos apropiados según las características socioculturales propias de cada pueblo y a través de sus instituciones representativas, de modo que puedan participar de manera informada y tengan la posibilidad de influir durante el proceso de evaluación ambiental. De igual manera, el Servicio establecerá los mecanismos para que estos grupos participen durante el proceso de evaluación de las aclaraciones, rectificaciones y/o ampliaciones de que pudiese ser objeto el Estudio de Impacto Ambiental".

A su turno, el inciso segundo agrega: "En el proceso de consulta a que se refiere el inciso anterior, participarán los pueblos indígenas afectados de manera exclusiva y deberá efectuarse con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento. No obstante, el no alcanzar dicha finalidad no implica la afectación del derecho a la consulta".



Es así como, de una forma clara, el Reglamento determina la susceptibilidad de afectación directa con un elemento de índole territorial vinculado al área de influencia de un proyecto específico. En efecto, el artículo 2° del mencionado decreto define al área de influencia: "El área o espacio geográfico, cuyos atributos, elementos naturales o socioculturales deben ser considerados con la finalidad de definir si el proyecto o actividad genera o presenta alguno de los efectos, características o circunstancias del artículo 11 de la Ley, o bien para justificar la inexistencia de dichos efectos, características o circunstancias".

Empero, el área de influencia de un proyecto es sólo el primer elemento, de índole geográfico, que permite determinar si en la especie se puede verificar una susceptibilidad de afectación, por lo que se debe determinar si en el área de influencia de un proyecto determinado existe además un grupo humano indígena o tierras indígenas o áreas de desarrollo indígena que puedan verse afectadas por la actividad que se pretende desarrollar al producir alguno de los efectos establecidos en el artículo 11 de la Ley N° 19.300 y artículos 7, 8 y 10 referido Reglamento.

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).

**Octavo:** Que lo hasta ahora expuesto permite descartar el yerro jurídico acusado en el libelo, toda vez que al contrario de lo expuesto en él, la obligatoriedad del proceso de consulta indígena, está vinculada a la afectación de comunidades o personas de etnia indígena y sus territorios, que se encuentren ubicadas en el área de influencia de un determinado proyecto en conformidad a lo establecido en el artículo 11 de la Ley N° 19.300, sin que en la especie se deba atender únicamente al factor humano, esto es la pertenencia a una etnia específica, menos aún al análisis genérico de la área de influencia, lo que determina la obligatoriedad del PCI. Es por tal razón que sólo cabe concluir que los sentenciadores han realizado una



correcta interpretación de la ley al establecer que el PCI se cumplió, al realizarse la consulta a las comunidades de Chiu-Chiu y Lasana, que fueron aquellas que específicamente se encontraban en la hipótesis de susceptibilidad de afectación, sin que fuera obligatorio realizar un proceso de consulta específico a los denominados indígenas urbanos asentados en la ciudad de Calama, puesto que las personas pertenecientes a etnias originarias radicadas ahí no podían verse afectadas directamente por el proyecto "RT Sulfuros" al no producirse a su respecto aquellos efectos contemplados en el artículo 11 de la Ley N° 19.300.

Lo anterior no implica realizar una discriminación arbitraria, más aún, es el mismo argumento del recurrente el que permite descartarla, toda vez que según aduce, los indígenas atacameños que residen en Calama tienen fuertes lazos con sus comunidades de origen, razón por la que, justamente, atendidas todas las facilidades entregadas por la autoridad, que priorizó la realización de reuniones con el Directorio y Asambleas, en horarios adecuados para facilitar la participación de dirigentes y miembros de la Comunidad que residen tanto en San Francisco de Chiu-Chiu, como aquellos que residen en la ciudad Calama, realizándose las actividades los fines de semana y en horarios nocturnos, razón por la que las personas pertenecientes a la etnia atacameña, vinculadas a la comunidad de Chiu Chiu se encontraban en condiciones de participar en el proceso



de su comunidad, que es la que se encuentra enfrentada a eventuales efectos adversos del proyecto evaluado ambientalmente.

**Noveno:** Que corresponde ahora hacerse cargo del primer capítulo de casación de la Comunidad Indígena, que apunta, en lo medular, a demostrar el error de derecho vinculado a la decisión de establecer la improcedencia de la reclamación del artículo 17 N° 6 de la Ley N° 20.600, en relación al artículo 29 de la Ley N° 19.300, toda vez que a través de ella no se pueden revisar los cuestionamientos vinculados a la consulta indígena, que no fueron parte de las observaciones realizadas en el PAC, situación en la que se encontrarían dos aspectos específicos: a) Necesidad de obtener el consentimiento de la comunidad por existir una demanda territorial ante la CONADI; b) Validez de la Consulta Indígena atendido el retiro anticipado de la comunidad del proceso.

**Décimo:** Que, para resolver, es preciso tener presente que el artículo 17 de la Ley N° 20.600 contiene las diversas acciones de impugnación -denominadas reclamaciones- en cuya virtud la jurisdicción puede ejercer el control de legalidad de actos administrativos y/o de normas regulatorias de tipo ambiental. Específicamente el numeral 6 prescribe, en lo que interesa, lo siguiente: "Los Tribunales Ambientales serán competentes para: (...) 6) Conocer de las reclamaciones que interponga cualquier



persona natural o jurídica en contra de la determinación del Comité de Ministros o Director Ejecutivo que resuelva el recurso administrativo cuando sus observaciones no hubieren sido consideradas en el procedimiento de evaluación ambiental, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 29 y 30 bis de la Ley N° 19.300, en relación con el artículo 20 de la misma ley. Será competente para conocer de esta reclamación el Tribunal Ambiental del lugar en que haya sido evaluado el proyecto por la correspondiente Comisión de Evaluación o el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, en su caso”.

Asimismo, conviene recordar que el artículo 20 de la Ley N° 19.300 dispone que: “(...) En contra de la resolución que rechace o establezca condiciones o exigencias a un Estudio de Impacto Ambiental, procederá la reclamación ante un comité integrado por los Ministros del Medio Ambiente, que lo presidirá, y los Ministros de Salud; de Economía, Fomento y Reconstrucción; de Agricultura; de Energía, y de Minería. Estos recursos deberán ser interpuestos por el responsable del respectivo proyecto, dentro del plazo de treinta días contado desde la notificación de la resolución recurrida.

“(…) De lo resuelto mediante dicha resolución fundada se podrá reclamar, dentro del plazo de treinta días contado desde su notificación, ante el Tribunal Ambiental, de



conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y siguientes de esta ley”.

En lo que interesa al punto en análisis, resulta necesario atender a lo preceptuado en el artículo 29 de la ley antes referida que dispone, en su inciso primero: “Cualquier persona, natural o jurídica, podrá formular observaciones al Estudio de Impacto Ambiental, ante el organismo competente, para lo cual dispondrán de un plazo de sesenta días, contado desde la respectiva publicación del extracto”. Agrega en los incisos tercero y cuarto: “El Servicio de Evaluación Ambiental considerará las observaciones como parte del proceso de calificación y deberá hacerse cargo de éstas, pronunciándose fundadamente respecto de todas ellas en su resolución. Dicho pronunciamiento deberá estar disponible en la página web del servicio con a lo menos cinco días de anticipación a la calificación del proyecto.

Cualquier persona, natural o jurídica, cuyas observaciones señaladas en los incisos anteriores no hubieren sido debidamente consideradas en los fundamentos de la resolución de calificación ambiental establecida en el artículo 24, podrá presentar recurso de reclamación de conformidad a lo señalado en el artículo 20, el que no suspenderá los efectos de la resolución”.

**Undécimo:** Que la referida norma, contenida en el Párrafo 3°, Título II, denominado “De la Participación de



la Comunidad en el Procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental" es una concreción el principio de participación ciudadana que, entre otros, orienta la Ley N° 19.300, que regula el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, reconocido como una garantía constitucional en el numeral 8 del artículo 19 de la Constitución Política de la República. Respecto de este principio, el Mensaje con el que el Presidente de la República envió el proyecto de ley señala: "(...) el proyecto establece el principio participativo. Este principio es de vital importancia en el tema ambiental, puesto que, para lograr una adecuada protección del medio ambiente, se requiere de la concurrencia de todos los afectados en la problemática. Por ello, el principio de la participación ciudadana se encuentra presente en todo el desarrollo del proyecto (...).

El principio de la participación se puede apreciar en muchas de las disposiciones. En primer término, procurando que las organizaciones locales puedan informarse y, en definitiva, hasta impugnar los nuevos proyectos en proceso de autorización por causar un impacto ambiental significativo y negativo sobre el ambiente. Se pretende que terceros distintos de los patrimonialmente afectados puedan accionar para proteger el medio ambiente, e incluso obtener la restauración del daño ambiental (...).

En este aspecto, el artículo 4° de la ley citada expresa: "(...) es deber del Estado facilitar la



participación ciudadana y promover campañas educativas destinadas a la protección del medio ambiente, mientras que el artículo 26, dispone: "...Corresponderá a las Comisiones de Evaluación o el Director Ejecutivo, según el caso, establecer los mecanismos que aseguren la participación informada de la comunidad en el proceso de calificación de los Estudios de Impacto Ambiental y de las Declaraciones cuando correspondan...".

A su turno, el mensaje del proyecto de ley que más tarde se convertiría en la Ley N° 20.417, señaló como uno de los ejes estructurantes de su propuesta la participación ciudadana, indicando: "una de las críticas habituales al actual modelo institucional es la insuficiencia de participación ciudadana. (...) Un sistema de participación ciudadana transparente, informado y público puede contribuir a una mejor calidad de las decisiones, pero también a una adecuada gobernabilidad ambiental".

En doctrina, la participación ciudadana ha sido definida como "(...) el conjunto de directrices, principios y normas dispuestas por la ley y la autoridad competente que permiten a las personas, naturales y jurídicas, y a las organizaciones sociales y comunitarias afectadas o interesadas en alguna forma por distintos eventos de relevancia ambiental ser incorporadas formalmente al proceso decisonal que lleva a la adopción de políticas y medidas de carácter medioambiental, a la autorización de



actividades que importan un compromiso ambiental, a la dictación de regulaciones pertinentes y a la resolución de los conflictos que se presenten (...)” (Moreno Santander, Carlos, Participación ciudadana en la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, LexisNexis, Santiago, 2004, p.47).

En el procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental el referido principio se traduce en el ejercicio, por parte de la comunidad: a) del derecho a la información, que se manifiesta en la obligación legal que pesa sobre el proponente a publicar, a su costa, un extracto del proyecto o actividad sometida a la Evaluación de Impacto Ambiental, tanto en el Diario Oficial como en algún periódico de circulación nacional o regional, según corresponda (artículos 27, 28 y 31); b) del derecho a opinar responsablemente, que se traduce en las observaciones fundadas que las personas naturales directamente afectadas como los representantes de las entidades ciudadanas con personalidad jurídica pueden realizar al proyecto o actividad sometida al Estudio de Impacto Ambiental (artículo 29) y; c) del derecho a reclamar, que surge cuando la autoridad ambiental no cumple con su deber de ponderar debidamente las observaciones que la ciudadanía formuló en tiempo y forma, y que se materializa mediante la interposición del recurso de reclamación consagrado en el artículo 29 de la ley en comento.





Se ha referido que la participación ciudadana en el procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental constituye "(...) una concreción del principio de cooperación de los ciudadanos con la Administración, puesto que en ocasiones la acción de ésta resulta insuficiente para la tutela efectiva del ambiente, de modo que a la ciudadanía corresponde un activo rol de colaboración en dicha función de interés público...Desde esta óptica, para algunos autores la participación ciudadana presenta carácter dual, esto es, constituye tanto un derecho como un deber de la ciudadanía (...)" (Mirocevic Verdugo, Camilo, La participación ciudadana en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental y las reformas introducidas por la Ley N° 20.417, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVI (Valparaíso-Chile, 2011, 1er semestre, pág.282).

**Duodécimo:** Que es evidente la trascendencia reconocida a la participación de los ciudadanos en el procedimiento de Evaluación del Impacto Ambiental de los proyectos presentados al sistema pertinente, otorgando el legislador a estos terceros no sólo el derecho a realizar observaciones, obligando a la autoridad a pronunciarse fundadamente respecto de aquellas, sino que, además, entrega el derecho a deducir, primero, reclamación en sede administrativa ante el Comité de Ministros, según se dispone en el artículo 29 de la Ley N° 19.300 en relación



al artículo 20 del mismo cuerpo legal y, luego, en sede judicial, conforme lo dispone el artículo 17 N° 6, en relación al artículo 18 N° 5, ambos de la Ley N° 20.600.

Ahora bien, según se expuso en los fundamentos quinto a noveno precedentes, nuestro ordenamiento jurídico contempla además la participación de los pueblos originarios que pueden verse afectados directamente por un proyecto, a través del procedimiento de Consulta Indígena obligatoria, que responde a la regulación internacional, contenida en el Convenio N° 169, ratificado por Chile, que constituye una norma obligatoria no sólo por aplicación del artículo 5 de la Carta Fundamental, sino que además tiene un desarrollo directo en la regulación interna que busca materializar en términos concretos la referida normativa internacional.

**Décimo tercero:** Que, si bien ambas instituciones - Participación Ciudadana y Consulta Indígena-, son distintas, no puede desconocerse que tienen un objeto común, esto es, permitir que la comunidad pueda plantear sus observaciones y cuestionamientos desde la perspectiva medioambiental respecto de proyectos que deben ser evaluados ambientalmente por producir alguno de los efectos contemplados en el artículo 11 de la ley N° 19.300.

Tal como lo asienta el fallo impugnado, es efectivo que existe una laguna legal, toda vez que no existe un mecanismo específico para llevar a cabo el control de



legalidad respecto de aquellas materias vinculadas a la Consulta Indígena, puesto que, a diferencia de lo que acontece con las observaciones PAC que no fueran debidamente consideradas, respecto de las cuales se contempla una reclamación administrativa ante el Comité de Ministros -artículo 29 de la Ley N° 19.300- que a su turno abre la reclamación judicial contemplada en el artículo 17 N° 6 de la Ley N° 20.600, en este caso no se contempla una acción específica.

Lo anterior determina que se deba realizar un proceso de integración legal, para efectos de entregar la tutela efectiva. En esta labor resulta adecuado recurrir a la misma ley para llenar el vacío normativo, aplicando el principio de analogía, que permite establecer la regulación contemplada para un caso semejante, debido a que entre ambos existe identidad de objeto. Así, resulta adecuado atender a las semejanzas que existen entre el proceso de Participación Ciudadana y el proceso de Consulta Indígena, en relación a las razones que determinan su procedencia y los objetivos buscados, cuestión que determina la procedencia de la reclamación ejercida en autos para impugnar aquellas materias que se estima no fueron resueltas por el Comité de Ministros, vinculadas a la Consulta Indígena.

En este punto, es útil recordar que esta Corte ha sostenido reiteradamente que *"la competencia del Comité de*



*Ministros establecido en el artículo 20 de la Ley N° 19.300 es amplia y le permite, basado en los elementos de juicio que apareje el reclamante y en los que el mismo recabe, revisar no sólo formalmente la decisión reclamada sino que, además, puede hacerlo desde el punto de vista del mérito de los antecedentes, circunstancia que le habilita, a su vez, para aprobar un proyecto inicialmente rechazado, aplicándole, si lo estima necesario, condiciones o exigencias que, a su juicio, resulten idóneas o adecuadas para lograr los objetivos propios de la normativa de protección medioambiental, incluyendo entre ellas medidas de mitigación o compensación que tiendan a la consecución de ese fin y, especialmente, a la salvaguardia del medio ambiente y de la salud de la población que podrían ser afectadas por el respectivo proyecto" (sentencias pronunciadas en causa roles N° 6563-2013, N° 32.368-2014 y N° 34.281-2017).*

Es incuestionable que, dada su importancia, la decisión que se adopte en relación a la Consulta Indígena, debe ser objeto de revisión administrativa y de control jurisdiccional respecto de la actividad administrativa, más aún si aquella comunidad que deduce la reclamación ha participado activamente en todas las instancias del proceso de evaluación ambiental del proyecto, como asimismo ha ejercido oportunamente los recursos administrativos contemplados en el ordenamiento jurídico.



Así, surge con nitidez que, como ha ocurrido en la especie, aquellas personas que revisten la calidad de indígenas que formularon observaciones al proyecto en la etapa de participación ciudadana, en este caso una comunidad indígena, se hallaban legitimadas para reclamar administrativamente ante el Comité de Ministros no sólo la falta de consideración de sus observaciones, sino que también, junto a ellas, las materias vinculadas a las deficiencias de la Consulta Indígena, como asimismo, estaba facultada para requerir la invalidación de la decisión del Comité de Ministros en tanto se estima que ésta no satisface el requisito de legalidad.

En este aspecto se debe enfatizar que, si la comunidad aduce cuestiones que no están directamente vinculadas a las observaciones ciudadanas, sino que además promueve cuestionamientos que se relacionan con ilegalidades del proceso de Consulta Indígena llevado a cabo, es indudable que aquello debe ser conocido y resuelto por el Comité de Ministros al alero de la reclamación administrativa prevista en el artículo 29 de la Ley N° 19.300, sin que pueda abstenerse de decidir so pretexto de no existir una reclamación administrativa específica para tales efectos. En consecuencia, resulta lógico que tal decisión, a su turno, pueda ser impugnada, en su integridad, a través de la reclamación prevista en el artículo 17 N° 6 de la ley N° 20.600.



**Décimo cuarto:** Que, efectivamente, una vez que se emite un pronunciamiento por parte del Comité de Ministros respecto de las reclamaciones deducidas en sede administrativa en contra la RCA, surge el derecho a impugnar lo decidido, incluyendo aquellos aspectos vinculados a la Consulta Indígena cuestionados por la comunidad recurrente, sin que sea procedente soslayar un pronunciamiento fundado en la inexistencia de una acción específica.

Tampoco es adecuado plantear que la acción idónea para recurrir es aquélla contemplada en el artículo 17 N° 8 de la Ley N° 20.600, toda vez que aquello implica obligar a la Comunidad Indígena que participó activamente en el proceso de evaluación ambiental, a solicitar la invalidación de la RCA, recurriendo a un proceso invalidatorio que, sólo una vez resuelto, posibilitaría la procedencia del control jurisdiccional. Tal decisión, además de carecer de sustento normativo, atenta contra la debida y eficiente administración de justicia, al obligar a una duplicidad de procedimientos, sin perjuicio de que, además, vulnera el principio de tutela efectiva.

**Décimo quinto:** Que, en efecto, la interpretación que los juzgadores hacen del artículo 17 de la Ley N° 20.600 restringe el derecho a la acción de la reclamante en un segundo sentido, en tanto conculca la facultad que la norma le otorga para elegir la vía que considere más adecuada



para hacer valer su pretensión. En ese sentido la actora sostiene que la acción prevista en el N° 6 del citado artículo 17 resulta idónea para sostener su petición, cuestión que, sin duda, es efectivamente la más adecuada, en atención a que ella, además, realizó observaciones en el PAC, por lo que no es adecuado obligarla a solicitar la invalidación consagrada en el artículo 53 de la Ley N° 19.880, sin que corresponda, como lo ha hecho el tribunal, imponer al interesado una determinada herramienta procesal por sobre otra.

Por último, es necesario subrayar que la aludida interpretación restrictiva que los falladores hacen del citado artículo 17 N° 6 de la Ley N° 20.600, que determina el rechazo de la acción deducida, implica desconocer la competencia del Tribunal Ambiental para resolver el asunto sometido a su conocimiento, imposibilitando de este modo que la reclamante, obtengan un pronunciamiento acerca del fondo del asunto litigioso vinculado a los cuestionamientos respecto de la Consulta Indígena realizada durante el proceso de evaluación ambiental, privando, como se señaló, de la tutela efectiva de sus derechos.

**Décimo sexto:** Que, en consecuencia, es efectivo que los sentenciadores incurrieron en los errores de derecho que se les atribuyen en el primer capítulo del recurso de casación en examen, en tanto han vulnerado lo estatuido en el artículo 17 N° 6 de la Ley N° 20.600 al restringir el



derecho a la acción de quienes han participado en el procedimiento de evaluación ambiental. Sin embargo, esto no es suficiente para acoger el arbitrio en estudio, toda vez que el yerro jurídico denunciado carece de influencia en lo dispositivo del fallo, en los términos del artículo 767 del Código de Procedimiento Civil, conforme al cual el recurso de casación en el fondo procede contra sentencias que se hayan pronunciado con infracción de ley, cuando esta vulneración haya influido substancialmente en lo dispositivo del fallo, requisito que, como se adelantó, no se cumple en la especie.

**Décimo séptimo:** Que, en efecto, si esta Corte acogiera el recurso de casación, debería dictar separadamente una sentencia de reemplazo, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, razón por la que debería analizar las materias que fueron objeto de reclamación respecto de las cuales el tribunal ambiental no se pronunció, esto es, si era necesario el consentimiento de la Comunidad Indígena para calificar de forma favorable el proyecto RT Sulfuros y si el retiro del proceso de la comunidad determina la invalidez de la consulta indígena. En ambas materias, según se analizara, esta Corte confirmaría lo resuelto por el Comité de Ministros, toda vez que, efectivamente, en la especie es innecesario el consentimiento de la comunidad respecto de las medidas de mitigación propuestas como





tampoco su retiro temprano del proceso de consulta determina la ilegalidad del mismo.

Lo anterior es, sin perjuicio que, analizada con detención la reclamación administrativa promovida ante el Comité de Ministros, ésta no contiene en términos claros un reproche vinculado a la necesidad de obtención del consentimiento de la Comunidad Indígena, toda vez que aquellas materias que podrían ser vinculadas se exponen en un capítulo II, de antecedentes generales, sin que se verifique a su respecto una impugnación directa en la materia, cuestión que por sí sola obstaría a la procedencia de la reclamación judicial, pues se vulneraría el principio de congruencia al analizar materias que no fueron objeto de reclamación administrativa y que, en consecuencia, no fueron resueltas por el Comité de Ministrso en la resolución impugnada.

**Décimo octavo:** Que, ahora bien, esta Corte considera relevante analizar la materia considerando que, eventualmente, el reproche pudo estar contenido en el capítulo de antecedentes generales y, en consecuencia, el Comité de Ministros debería haberlo analizado. Pues bien, en este escenario, el Convenio N°169, en su artículo 6, N° 1, letra a), señala que los gobiernos al aplicar el Convenio deberán 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. Agrega en su letra b), que se deben establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, en todos los niveles que contempla la adopción de decisiones en instituciones electivas como de organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan.

Se establece en el N° 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.

El artículo 16 del referido Convenio dispone, en su numeral 2, que cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados.



A su turno, el artículo 6° del Decreto N° 66 que establece el Reglamento del Procedimiento de la Consulta Indígena, dispone: "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". El inciso segundo dispone: "Una vez efectuada la convocatoria de conformidad con el artículo 15 del presente reglamento, cada pueblo deberá determinar libremente sus instituciones representativas, tales como las organizaciones indígenas tradicionales, comunidades indígenas o asociaciones reconocidas en conformidad a la ley N° 19.253".

La Ley N°19.253, en su artículo 12, señala las tierras que tienen la calidad de indígenas. En la enumeración del artículo, en lo que es atingente a la controversia, el Numeral 2° consigna: "Aquellas que históricamente han ocupado y poseen las personas o comunidades mapuches, aimaras, rapa nui o pascuenses, atacameñas, quechuas, collas, kawashkar y yámana, siempre que sus derechos sean inscritos en el Registro de Tierras Indígenas que crea esta ley, a solicitud de las respectivas comunidades o indígenas titulares de la propiedad".

El artículo 26 del texto normativo citado, señala: "El Ministerio de Planificación y Cooperación, a propuesta de la Corporación, podrá establecer áreas de desarrollo



indígena que serán espacios territoriales en que los organismos de la administración del Estado focalizarán su acción en beneficio del desarrollo armónico de los indígenas y sus comunidades”.

Finalmente, el artículo 34 de esta ley dispone: “Los servicios de la administración del Estado y las organizaciones de carácter territorial, cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas, deberán escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas que reconoce esta ley”.

**Décimo noveno:** Que, asentado lo anterior, se debe señalar que, conforme se describe claramente en las disposiciones legales citadas, el procedimiento contemplado por los países que ratifican el Convenio N° 169, debe estar diseñado para propender a la obtención del consentimiento libre e informado de los pueblos originarios, pero que entreguen efectivamente tal consentimiento, no es indispensable. En efecto, lo que se debe es “propender” a obtenerlo, es decir buscarlo, cuestión que se asentó con el objetivo de evitar que se consideraran procedimientos de consulta meramente formales, cuestión que contraría la buena fe que se consagra expresamente como principio orientador del proceso. Así, además se ha establecido que la buena fe es incompatible con prácticas tales como los intentos de desintegración de la cohesión de las comunidades afectadas.



La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sistematizando los estándares internacionales sobre los derechos de los pueblos indígenas, concluyendo que la obtención del consentimiento de los pueblos indígenas adquiere carácter obligatorio cuando: a) Se trate de proyectos de inversión que impliquen desplazamiento y reubicación permanente de pueblos o comunidades indígenas. b) El consentimiento deviene en obligatorio, si se trata de un proyecto de inversión o desarrollo o de concesión de explotación, cuya ejecución privaría a los pueblos indígenas de la "capacidad de usar y gozar de sus tierras y de otros recursos naturales necesarios para su subsistencia" (Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales). c) En el evento en que se deposite o almacenen materiales "peligrosos en tierras o territorios indígenas" (Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09 30 de diciembre de 2009. Pág.125-126).

En el Manual para los Mandantes Tripartitos de la Organización Internacional del Trabajo de Ginebra, en su sección 2: Consulta y participación se expresa que: "Como lo estipula el Artículo 6 (2), las consultas deberán efectuarse de buena fe y con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. En este sentido, el Convenio núm. 169 no



proporciona un derecho a veto a los pueblos indígenas, ya que alcanzar un acuerdo o lograr el consentimiento es el propósito al iniciar el proceso de consulta, y no un requisito independiente”.

Y se agrega en relación al artículo 16 N°2, que: “El Convenio núm. 169 en su Artículo 16, párrafo 2, establece el “consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa por parte de los pueblos indígenas en los casos en que su traslado y reubicación de estos pueblos fuera de las tierras que ocupan se considere excepcionalmente necesario”. (Manual para los Mandantes Tripartitos, Comprender el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, Organización Internacional del Trabajo, 1989 (núm. 169), 1° Edición, 2013, pág. 17).

**Vigésimo:** Que, en este contexto, se debe enfatizar que la autoridad administrativa tiene el deber de efectuar la consulta a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, para lo que deberá establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente. Sin embargo, ni la legislación internacional como tampoco nuestro ordenamiento jurídico interno establecen la necesidad de obtener obligatoriamente y como requisito previo el consentimiento de la comunidad indígena en un caso con las características del sub lite.



En efecto, en el caso concreto no se ha alegado la hipótesis de traslado, y reubicación de las comunidades que es la hipótesis en que directamente se requiere el consentimiento en el mencionado Convenio N° 169. Así, como se expuso en el fundamento precedente, la Corte Interamericana ha establecido claramente cuáles son los criterios que determinan la necesidad de obtener el consentimiento, sin que en la especie se cumpla alguno de los criterios toda vez que el proyecto no provoca el reasentamiento de la comunidad recurrente, como tampoco afecta directamente tierras que tengan el carácter de indígena, en los términos del artículo 12 de la Ley N° 19.253, pues no existe una inscripción de las referidas tierras, que se aduce se ocupan de manera ancestral, a nombre de la comunidad, sin que cambie tal circunstancia el hecho de emplazarse parte del proyecto en un Área de Desarrollo Indígena, toda vez que ésta es una institución jurídica que no se vincula estrictamente con la propiedad indígena, circunstancia que, por lo demás, es reconocida por la recurrente, quien aduce que existe una demanda para declarar que se trataría de tierras indígenas, sin que hasta la fecha se haya obtenido tal declaración.

Lo anterior es relevante, pues descartada la necesidad de consentimiento, la circunstancia de haberse retirado anticipadamente la comunidad del proceso de consulta, no determina la nulidad del mismo. Es más, se debe precisar



que tanto los organismos internacionales como la doctrina están contestes en que la consagración del derecho de consulta indígena no implica otorgar a las comunidades un derecho a veto, pues aquello igualmente atentaría contra los principios que orientan el procedimiento.

Tampoco se puede establecer que el proceso de consulta se haya llevado a cabo contrariando el principio de buena fe, toda vez que se acreditó que la administración aunó esfuerzos para llevar a cabo el proceso de consulta con la comunidad, pero, dada la insistencia de otras dos organizaciones comunitarias que requirieron ser escuchadas de forma independiente, no existía la posibilidad de negarles el derecho, por lo que no es efectivo que haya sido la autoridad que, de mala fe, instara por la división de la comunidad atacameña.

**Vigésimo primero:** Que, en razón de lo expuesto, atendido que las dos circunstancias vinculadas a las deficiencias de la consulta indígena, que a juicio de la reclamante determinaban defectos que impedían tenerla por cumplida, son descartadas por esta Corte, surge que el error de derecho denunciado, vinculado a la improcedencia de la acción para revisar tales aspectos, carezca de influencia en lo dispositivo del fallo, razón por la que se debe rechazar el primer capítulo de casación deducida por la Comunidad Indígena atacameña.





**Vigésimo segundo:** Que, finalmente, respecto del segundo capítulo de casación del arbitrio en estudio, se debe precisar que éste incumple los requisitos mínimos de formalización toda vez que en él no se desarrolla de modo alguno el error de derecho denunciado. En efecto, se acusa únicamente la infracción del artículo 19 N° 26 de la Carta Fundamental norma que establece la denominada garantía de las garantías, toda vez que consagra la no afectación de la esencia de los derechos fundamentales asentado por la Carta Magna. Es más, no señala en relación a qué materia específica se produce la violación de la garantía, limitándose a señalar que "Estimamos que los considerandos vigésimo octavo al centésimo cuadragésimo segundo al estimar en general que las observaciones hechas por mi parte han sido debidamente consideradas en el expediente ambiental, ponen una infracción a este artículo de nuestra Constitución". Como es obvio, tal mención no cumple las exigencias que fueron expuestas en el fundamento cuarto, máxime si, como se explicó en la parte expositiva, los sentenciadores se hacen cargo de todas las observaciones que se denunció no fueron debidamente consideradas por el Comité de Ministros, realizando un extenso análisis técnico y normativo en relación a la información que constaba en el voluminoso expediente ambiental, para asentar de forma fehaciente que los temores de la comunidad en relación a los efectos en la salud, recursos naturales, grupo humano,



áreas y población protegida, paisaje y turismo, patrimonio cultural y aquellos riesgos derivados de sismos, carecían de sustento, toda vez que tales aspectos fueron correctamente evaluados desde el punto de vista medioambiental.

Sin embargo, nada dice el recurrente en relación al aspecto específico que el análisis es errado o incompleto, tampoco se exponen argumentos que permitan entender por qué, eventualmente, los razonamientos de los sentenciadores en tales materias es errado, menos aún como aquello se vincularía con la norma jurídica que se acusa conculcada. Así, como se asentó en el fundamento cuarto, la falta de desarrollo del error de derecho impide la viabilidad del capítulo en estudio, atendida la naturaleza de derecho estricto del recurso de casación, que exige la denuncia de infracción de normas concretas, debiendo cumplir el arbitrio de casación las exigencias que se disponen en el artículo 772 del Código de Procedimiento Civil, que debe entenderse en armonía con lo previsto en los artículos 764 y 767 del mismo Código.

La circunstancia que el capítulo que se analiza, carezca de razonamientos concretos, lógicos y precisos dirigidos a demostrar los errores de derecho en que habrían incurrido los sentenciadores, hace imposible entrar al análisis de la infracción del único precepto supuestamente infringido, pues aquello, importaría dejar a la



discrecionalidad de esta Corte la determinación del yerro jurídico en que pudiera incurrir la sentencia, cuestión que atañe a un asunto que la ley ha impuesto a la parte agraviada.

**Vigésimo tercero:** Que, por lo expuesto, los recursos de casación en estudio no podrán prosperar.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 764, 767, 772 y 805 del Código de Procedimiento Civil, **se rechazan** los recursos de casación en el fondo deducidos en lo principal de los escritos fojas 664 y 684, ambos en contra de la sentencia de diecisiete de agosto de dos mil dieciocho, escrita a fojas 562.

Acordada con el **voto en contra** del Ministro señor Muñoz, quien fue de parecer de acoger los recursos de casación interpuesto por Esteban Araya Roroco y por la Comunidad Indígena Atacameña de San Francisco de Chiu - Chiu, en contra de la sentencia de diecisiete de agosto de dos mil dieciocho dictada por el Segundo Tribunal Ambiental, en cuanto rechazó las reclamaciones por ellos interpuestas y anular dicha sentencia, la que procedería reemplazar por un pronunciamiento que acoja tales acciones en contra de la Resolución Exenta N° 478, de 12 de mayo de 2017 del Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, que llevó a efecto el Acuerdo N° 1 de 14 de enero de 2017 del Comité de Ministros, en que se rechazó la reclamación administrativa contra la Resolución de



Calificación Ambiental N° 22, de 20 de enero de 2016, de la Comisión de Evaluación de Antofagasta, que calificó favorablemente el Proyecto "RT Sulfuros de la Corporación Nacional del Cobre, División Radomiro Tomic ( RT Sulfuros)", que se deja sin efecto, por las siguientes consideraciones:

1°.- El recurso de casación en el fondo de Esteban Araya Toroco, conforme se expone en el fundamento primero de este fallo, denuncia la infracción de las disposiciones legales, convencionales, constitucionales y reglamentarias que indica, reprochando el antecedente sobre el cual el tribunal ambiental establece la efectividad de los hechos en que se sustenta la reclamación, expresando que en el acto impugnado concurre un vicio de nulidad, sin embargo, aplicando el principio de conservación, entiende que tal antecedente invalidatorio no puede entenderse como argumento suficiente para anular el pronunciamiento, manteniendo su eficacia. Para sustentar su argumentación expresa que el respeto al principio de legalidad es el que debe inspirar a los tribunales, sin que el tribunal ambiental indique en su sentencia los argumentos que ante la colisión de los principios de legalidad y de conservación deban primar los efectos de este último, mencionando el bien superior en virtud del cual mantiene un acto que reconoce como viciado.



Insiste a continuación en los argumentos de su reclamación, los cuales no ha sido en los hechos reconocidos, consistentes en que se excluyeron de una consideración efectiva las comunidades indígenas urbanas de Calama, que se hicieron presente en el proceso de consulta indígena. Erradamente, sostiene, se centra el tribunal en la afectación del patrimonio cultural vinculado al geoglifo Gigante de Talabre, olvidando la falta de argumentación y respuesta a las observaciones, tales como la alteración del paisaje, determinando como único factor para rechazar su alegación el que carece de efecto significativo por un factor geográfico, despojándole de derechos que le corresponde, afectando su garantía de igualdad ante la ley.

2°.- Respecto de tal arbitrio, se debe señalar que, en primer lugar, se constata que efectivamente el tribunal ambiental reconoce que en la RCA y en el análisis del Comité de Ministros existió una falta de consideración de las observaciones que detalla y que, sin embargo, a su juicio no determina la invalidación en razón del principio de conservación.

Como lo ha asentado esta Corte, la Ley N° 19.880, Ley de Base de Procedimientos Administrativos se aplica supletoriamente al procedimiento de Evaluación Ambiental regulado en la Ley N° 19.300, cuestión que fluye del texto del artículo 1° del primer cuerpo normativo que establece que, en caso de existir procedimientos especiales, ella se



aplicará ante la falta de un actuar expresamente reglado por la ley especial.

En doctrina se distinguen tres grados o niveles de supletoriedad de la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos: a) La de primer grado, se presenta cuando el legislador no regula un procedimiento específico para un acto administrativo así como su régimen jurídico aplicable; b) La de segundo grado, se da cuando la ley regula en forma parcial un procedimiento administrativo o bien cuando la regulación abarca parte del régimen jurídico del acto; c) La de tercer grado, se configura en el evento que la norma legal regula en forma completa el procedimiento y el régimen jurídico del acto, desde el inicio de su elaboración hasta su extinción y revisión. (Cordero Vega, Luis, "Lecciones de Derecho Administrativo", Ed. Legal Publishing Chile, año 2015, pág. 355 y 356).

En el caso concreto, al encontrarse regulado el procedimiento de Evaluación Ambiental, la Ley N° 19.880 sólo se aplica en aspectos en que exista un vacío normativo que no pueda ser resuelto a través de la normativa especial debiendo integrarse los preceptos de ambas leyes, primando aquellos de la ley especial, más aún en este caso, en que este cuerpo normativo, al igual que la ley antes mencionada, ostenta el carácter de Ley de Bases del Medio Ambiente.



Refuerza la argumentación relacionada con la aplicación supletoria de la Ley N° 19.880, la circunstancia de ser ésta una "ley de bases", las que en doctrina han sido definidas como aquellas "que buscan consolidar, unificar e integrar un determinado microsistema, de modo tal que su contenido sea empleado de manera supletoria frente a la aplicación de una ley especial o una colección de leyes. Dentro de sus funciones está servir de sustento a los jueces y legisladores, para que sea considerada por los primeros al momento de resolver algún caso vinculado con la materia específica (herramienta de interpretación judicial) y, por los segundos, a la hora de dictar nuevos preceptos, vinculándolos con aquellas". (Gómez González, Rosa; "Rol e importancia de las leyes de bases en el Derecho Administrativo chileno", Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile, volumen 29 N° 2, Valdivia, diciembre de 2016).

Lo relevante es que las leyes de bases establecen reglas y principios esenciales que se deben aplicar de forma imperativa, sirviendo no sólo para llenar vacíos legales en materias carentes de regulación expresa sino que además deben orientar cualquier interpretación de normas ambiguas relacionadas con la materia regulada por ellas. En este aspecto, si bien ambos cuerpos tienen el carácter de leyes de bases -Ley N° 19.880 y Ley N° 19.300- lo relevante es que la primera tiene ese carácter en relación a una



materia específica distinta a la segunda, esto es, de los procedimientos administrativos de los actos de la Administración del Estado, mientras que la segunda es ley de base en una materia específica, esto es, el medio ambiente. Así, en materia procedimental rige la ley especial, esto es la Ley N° 19.300, empero sus vacíos en este aspecto deben integrarse con los principios de la Ley N° 19.880, respetando siempre los principios medio ambientales establecidos en la primera ley aludida (CS 12.907-2018).

**3°-** Asentado lo anterior, se debe recordar que el artículo 13 inciso segundo de la Ley N° 19.880 dispone que: "El vicio de procedimiento o de forma sólo afecta la validez del acto administrativo cuando recae en algún requisito esencial del mismo, sea por su naturaleza o por mandato del ordenamiento jurídico y genera perjuicio al interesado".

Tal norma consagra el principio de conservación del acto administrativo. En efecto, la invalidación de los actos administrativos se rige por el principio de conservación consagrado en el artículo 13 de la Ley N° 19.880, toda vez que el vicio que permite anular un acto o procedimiento administrativo, debe ser grave y esencial, pues éste es un remedio excepcional que opera frente a la ilegalidad de un acto burocrático. En este aspecto, se ha reconocido que subyacen en aquél, otros principios





generales del Derecho como la confianza legítima, la buena fe de los terceros, el respeto a los derechos adquiridos y la seguridad jurídica.

Por otro lado, el principio de trascendencia, gobierna la declaratoria de nulidad, pas de nullité sans grief, según el cual no hay nulidad sin perjuicio. Aquél determina que no basta con denunciar irregularidades o que éstas efectivamente se presenten en un proceso, sino que se debe demostrar que inciden de manera concreta en el quebranto de los derechos de los sujetos procesales. Tal principio, si bien ha sido desarrollado a propósito de vicios de procedimientos de carácter jurisdiccional, indudablemente, tiene una vinculación con aquel principio desarrollado en el párrafo precedente, esto es, en la teoría de la nulidad administrativa.

4°- El razonamiento esbozado por tribunal, indudablemente, vulnera lo establecido en el artículo 13 de la Ley N° 19.880, toda vez que constata que las respuestas dadas por el titular del proyecto y luego analizadas por el Comité de Ministros, no son exhaustivas, como tampoco se entregan con un lenguaje que sea comprensible, en las siguientes materias: a) Respecto de la posible susceptibilidad de "afectación directa" de los indígenas urbanos de Calama, en todos los aspectos que no se vinculan con la actividad agroganadera; b) La posible afectación a acuíferos protegidos que alimentan vegas y bofedales de la



Región de Antofagasta, al no explicar con detalle por qué los pozos de monitoreo en los respectivos acuíferos protegidos no los afectarían, y al no referirse debidamente el sentido de la pregunta de la ciudadanía relativa al efecto fracking; c) Los posibles riesgos por sismos; d) La posible falta de predicción de impactos a más de 30 años.

En efecto, el tribunal constata que las respuestas a las observaciones, entregadas en el marco del PAC, no son suficientes; sin embargo, haciendo aplicación del principio de conservación, no invalida la Resolución al hacer un análisis particular y técnico de los antecedentes acompañados en el proceso de evaluación ambiental que determina que el riesgo acusado deba ser descartado. Tal proceder determina el desconocimiento de la dinámica de funcionamiento del mecanismo de participación ciudadana, cuyas principales características fueron expuestas en los fundamentos décimo a duodécimo del fallo de casación que antecede y determina la procedencia del error de derecho denunciado en el arbitrio de Esteban Araya.

En este aspecto es fundamental tener presente que el artículo 29 de la Ley 19.300 dispone, que cualquier persona puede realizar observaciones al proyecto sometido a evaluación, y que el Servicio de Evaluación Ambiental debe considerarlas como parte del proceso de calificación, por lo que deberá hacerse cargo de éstas, pronunciándose fundadamente a su respecto en la resolución de calificación



ambiental. Es por tal motivo que se asienta que todo aquel, cuyas observaciones no hubieren sido debidamente consideradas, tiene el derecho a presentar la reclamación ante el tribunal ambiental.

Así, no resulta procedente que el tribunal ambiental constate la falencia de la RCA y del análisis del Comité de Ministros de las reclamaciones administrativas, en orden a no contener una debida ponderación de las observaciones ciudadanas, empero decida aplicar el principio de conservación, toda vez que tal proceder, en primer lugar, desconoce lo mandado en el artículo 29 de la Ley N° 19.300, pues no es una circunstancia antojadiza el hecho de que las respuestas a las observaciones y la debida ponderación consten en el instrumento de calificación ambiental pues ello obedece a una razón esencial, esto es que esa respuesta forma parte del instrumento y, en consecuencia, de los compromisos asumidos expresamente por el titular cuya RCA sea aprobado, lo que despeja cualquier duda que se suscite durante la ejecución del proyecto respecto de la forma en que determinada materia debía ser abordada.

En este sentido, no se puede soslayar que el principio de participación ciudadana, en el marco del SEIA, tiene por objetivo central hacer partícipes a las personas, naturales o jurídicas, de las decisiones vinculadas al desarrollo de proyectos que generan impactos o riesgos ambientales,



contribuyendo así a la adecuada evaluación del mismo, colaborando con la Administración en la detección de todas aquellas variables que eventualmente están relacionadas a la ejecución de determinado proyecto y que pueden no haber sido debidamente abordadas por el titular.

Es por tal razón que nuestro ordenamiento jurídico reconoce la importancia de la participación de los ciudadanos en el procedimiento de Evaluación del Impacto Ambiental, otorgando el derecho a cualquier persona no sólo a realizar observaciones, sino que obliga a la autoridad a pronunciarse fundadamente respecto de aquellas, cuestión que se encuentra protegida con el establecimiento de una reclamación específica que puede ser deducida en sede administrativa ante el Comité de Ministros, según se dispone en el artículo 29 de la Ley N° 19.300 en relación al artículo 20 del mismo cuerpo legal y, luego, en sede judicial, conforme lo dispone el artículo 17 N° 6, en relación al artículo 18 N° 5, ambos de la Ley N° 20.600.

**5°.-** Sobre la base de lo expuesto, la ponderación de los diferentes aspectos de la observación, no fue exhaustivo, tanto por haber ponderado algunos aspectos, los cuales deja especificados la sentencia recurrida, por ser desarrollados de manera general, sin profundidad y obviando el antecedente de quien efectúa la observación requiere una respuesta que reúna la primera exigencia de toda respuesta a la participación ciudadana, como es el entendimiento, a



lo cual se puede agregar el hecho que ellos fueron estudiados de manera aislada, al deducir que algunos de ellos, individualmente considerados no tienen la aptitud de producir sus vicios la nulidad de la resolución administrativa que los responde, pero si son ponderados en conjunto ciertamente que adquieren una connotación que afecta sustancialmente los derechos, dado que los temas referidos en los numerales 1, 7, 10 y 11 de la parte expositiva (III.- Sentencia), esto es, privar a una comunidad de su derecho a observar por el lugar en que se encuentra emplazada, dejar sin medidas de mitigación efectivas a un acuífero protegido que alimenta vegas y bofedales, no explicar adecuadamente la razón por la cual se descartan los riesgos de sismos y las medidas que se tendrán en consideración a más de 30 años de instalación del proyecto importa en conjunto la afectación de derechos.

6°- Que, por otro lado, se debe precisar que existen materias que si bien el tribunal ambiental reconoce fueron debidamente abordadas por la Resolución del Comité de Ministros y la RCA, lo cierto es que su análisis deja al descubierto la fragilidad del examen realizado, no sólo porque el análisis ambiental realizado deja en evidencia que existen impactos medioambientales originados por el proyecto que no fueron debidamente enfrentados a través de medidas específicas, sino porque, además, al analizar los efectos que se genera en relación a las comunidades



indígenas, restringe equivocadamente no sólo la necesidad de consulta previa, sino que, además, desatiende la circunstancia de estar en presencia de terrenos indígenas respecto de los actuales actualmente existe una demanda de reivindicación que es avalada por la CONADI.

7°- Que, quien disiente, comparte el análisis de la sentencia de casación respecto de la Participación Indígena, sin embargo se difiere en la conclusión que en este caso no se requiere el consentimiento de la comunidad que representa los pueblos originarios en relación al proyecto RT Sulfuros, por cuanto si bien este no implicará el desplazamiento y reubicación permanente de pueblos o comunidades indígenas, pero sí su ejecución privará a los pueblos indígenas de la "capacidad de usar y gozar de sus tierras y de otros recursos naturales necesarios para su subsistencia", como también se depositarán o almacenarán en materiales "peligrosos en tierras o territorios indígenas", puesto que la CONADI expresó que efectivamente el proyecto se asentará en un sector territorial en que parte de las tierras son indígenas, según se señala a fojas 508.

Además, surge igualmente el antecedente que el artículo 12 de la Ley 19.253, que declara que tienen esta calificación aquellas tierras que históricamente han ocupado y poseen las personas o comunidades, entre otras, aimaras y atacameños, diferencia que implica una distinción legislativa que resulta del todo relevante, dado que



solamente es posible requerir la inscripción en el Registro de Tierras Indígenas en los casos que se alega posesión, pero cosa distinta debe considerarse para la ocupación ancestral, que es el hecho en que descansa la alegación de la comunidad recurrente. En todo caso, de plantearse este tema, nada obsta al análisis en concreto de esta situación, sin que la titular del proyecto y la reclamada hayan negado aquella circunstancia, todo lo contrario, reconocen que el proyecto se ejecutará en un territorio que parcialmente constituye tierras indígenas respecto de las cuales existe una demanda de reivindicación por ocupación ancestral, según se extrae de los escritos presentados a fojas 513 y 544, respectivamente, en los que se expresa que 3,88 hectáreas constituyen tierras que la CONADI ha referido como tierras indígenas y que se superpone con el proyecto.

**8°.-** En esta materia, no se puede olvidar que el artículo 13° N° 2, del Convenio N° 169, define al concepto de territorio indígena como "la totalidad del habitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna manera". Tal definición, amplia, no se vincula con el concepto tradicional de ocupación efectiva. Se ha referido al respecto, que son "Áreas que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades sociales, económicas y culturales, de manera que el territorio indígena no se agote en aquellas tierras que efectivamente ocupan o explotan, sino que también comprende aquellos terrenos



ocupados ocasionalmente para labores de pastoreo, subsistencia o realización de ceremonias religiosas" (Fernández, Andrés, y de la Piedra, Christian, "Implementación y evolución de los derechos contenidos en el Convenio OIT 169: Aporte de la jurisprudencia y pronóstico de desarrollo futuro de sus implicancias ambientales y regulatorias", Estudios Públicos, 2011, p. 81)

Es así como se señala que "La mayoría de los pueblos indígenas tiene una relación especial con la tierra y los territorios que habitan. Son los lugares donde vivieron sus ancestros y donde se desarrollan su historia, conocimientos, prácticas de sustento y creencias. Para gran parte de los pueblos, el territorio tiene un significado sagrado o espiritual, que va mucho más allá del aspecto productivo y económico de la tierra. (Organización Internacional del Trabajo, "Una Guía sobre el Convenio N° 169 OIT", 2009, p. 91). El mismo texto refiere que la tierra y los recursos naturales existentes en ellos son "la fuente principal del sustentamiento económico, cohesión social y cultural, y del bienestar social de muchos de estos pueblos"(p. 20), por lo que se debe respetar la cosmovisión y especial importancia que los pueblos originarios tienen con sus territorios ancestrales.

El artículo 14° del Convenio 169, establece la obligación de reconocer a los pueblos indígenas "el derecho





de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan”, estableciendo que los Estados deben adoptar medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos originarios de utilizar la tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. Especialmente enfático es el Numeral 2.- del referido artículo, que dispone: “Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión”, Agregando el numeral 3.- que deberán contemplarse procedimientos adecuados en al marco jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras. En el caso concreto, la labor de determinación de territorios indígenas atacameños, ha sido llevada a cabo por un órgano del Estado, la CONADI, quien luego de estudios que se han desarrollado desde la década de los 90, ha concluido que parte de los terrenos en que se ejecutará el proyecto en estudio, está ubicado en tierras indígenas ancestrales, por lo que es indudable que existe una afectación directa de las comunidades, quienes debieron ser escuchadas más allá de la formalidad en relación a sus requerimientos.

El artículo 6° N° 2 del Convenio 169 dispone que la Consulta Indígena de realizarse de buena fe y de manera



apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo. En efecto, la buena fe, consagrada como principio esencial del desarrollo de una Consulta Indígena, determina que ésta sea llevada a cabo buscando un real entendimiento, para lo cual es indispensable no sólo que la información que se entrega a la Comunidad debe ser asible y entendible, sino que además el proceso se debe llevar a cabo escuchando los requerimientos y cuestionamientos de los miembros de aquélla, entendiendo su especial cosmovisión. Lo importante es que debe existir una real participación informada de los pueblos originarios, debiendo la autoridad y el titular del proyecto atender los requerimientos entregando razones fundadas para rechazarlos, las que no pueden reducirse a un mero cálculo económico. Así, no basta señalar que el lugar específico en el que se desarrollarán obras no se encuentra habitado por los pueblos originarios, sino que se debe atender a las distintas actividades y a la especial significancia de la tierra para la comunidad específica.

En este aspecto, se establece que "El Convenio núm. 169 reconoce a los pueblos indígenas y tribales el derecho a ser consultados y a expresar sus puntos de vista. Les brinda la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones y de influir en ellas. Dispone el espacio necesario para que los pueblos indígenas y tribales puedan negociar para proteger sus derechos". (Organización



Internacional Del Trabajo, "Convenio Número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales: Un Manual", Ginebra, p. 17).

Así, más allá que para quien sostiene este voto particular, en el caso de autos, sí era necesario obtener el consentimiento de la Comunidad San Francisco de Chiu-Chiu, toda vez que se informó por parte de la CONADI que el proyecto se contemplan actividades dentro de su área de influencia y específicamente en relación a la ejecución de obras, en tierras indígenas, lo relevante es que existe una afectación directa de la Comunidad que no ha sido debidamente atendida por el titular del proyecto, toda vez que, sólo a modo ejemplar, se debe señalar que se constata que el monumento arqueológico, geoglifo de 17 metros de alto y 26 metros de ancho, se encuentra a 500 metros de la zona en que se realizaran trabajos y, sin embargo, sólo se contemplan medidas que el titular del proyecto comprometió de forma voluntaria, toda vez que se estimó, incomprensiblemente, que tal distancia no determinaba una afectación en los términos del artículo 1 letra f) de la Ley N° 19.300.

9°- Por otro lado, como se anunció, existen reparos esenciales al análisis de las respuestas dadas a las observaciones ciudadanas, pues no puede olvidarse que las medidas de mitigación han sido consideradas especialmente a la luz de los principios preventivo y precautorio, tanto para anticiparse a un escenario adverso y contemplar, desde



luego, los cursos de acción que se implementarán, que no es más que tener contemplada una planificación efectiva ante ciertos eventos negativos, como por el hecho de brindar cautela previa para evitar la afectación posterior, en todo lo cual ciertamente es relevante el establecimiento de distintos sistemas de monitoreo para evidenciar la posible concreción del riesgo que se pretende evitar, pero indudablemente este monitoreo no es una medida de mitigación en sí misma, deben contemplarse las que corresponda para superar la contingencia que se originará si se concreta el riesgo previsto y remediar sus efectos. Es así que en la afectación a la actividad agroganadera de la comunidad indígena se señala que los mayores relaves que originará el proyecto sí afectarán una zona, pero ésta ya se encuentra intervenida con este propósito, por lo cual, en concepto de los sentenciadores recurridos, nada impide que se la siga afectando, sin medidas para revertir lo hecho o disponer del material de relave que se depositará en el Tranque Talabre hasta 2021, pero lo que es más negativo sin hacerse cargo de los efectos que originará la instalación de la Planta con Tecnología a partir de 2023. A todo lo cual se deja sin respuesta lo que sucederá ante un copamiento del tranque y dónde se dispondrán de los sedimentos en el año 2022, al no existir continuidad entre ambas soluciones.



Igualmente en los posibles riesgos a la salud por instalarse el proyecto en una zona saturada de MP10 - D.S. N° 57, de 30 de mayo de 2009- se califica el proyecto como positivo, sin embargo no se explicitan las medidas que se implementarán si aumenta el MP10 de los niveles recomendados por la normativa respectiva -D.S N°59, de 1998, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia- como se ha dicho para enfrentar la crisis que originará, bajar los índices y reducir los efectos que producirá, sin que la medida de mitigación propuesta, esto es, pavimentar las calles de Calama, pueda ser considerado como suficiente para revertir aquellos efectos eventuales.

En fin, para los diferentes aspectos consultados se contemplan ciertas medidas en escenarios de normalidad, pero no se explicitan las que se ejecutarán en el evento que ellas no sean suficientes y se sobrepasen los niveles adecuados de afectación. Es más, en el evento que tales riesgos se llegan a explicitar en el proyecto y en la sentencia, éstos se minimizan. Así, por ejemplo, respecto de la posible afectación a acuíferos protegidos que alimentan vegas y bofedales de la Región de Antofagasta, se señala que "la Resolución impugnada agrega que consta en el capítulo 4 del Estudio de Impacto Ambiental que se describe que el mecanismo que permitirá evitar que el efecto de las eventuales filtraciones de aguas de relaves desde el tranque Talabre afecte potencialmente sectores más lejanos



del acuífero". Luego describe el sistema de monitoreo contemplado el que se vincula con el estudio de "Modelamiento Hidráulico del tranque Talabre, y su relación con los acuíferos y cauces superficiales", concluyendo que así se estudiará la evolución de las características hidrogeológicas en el sistema de acuífero de Calama para verificar los efectos de la cortina hídrica, los que se entregarán una vez al año a la autoridad, cuestión que, a todas luces, resulta insuficiente en relación al riesgo de impacto detectado, que implica la posible fracturación de la cerámica de los acuíferos, que puede significar la filtración y escurrimiento de las aguas subterráneas. Este evento tan relevante resulta inexplicable que todas las autoridades estatales lleguen a representarse este riesgo como una posibilidad y no exijan medidas definitivas tendientes a descartarlo absolutamente, por los desastrosos efectos que podría tener en toda la zona. Aquí se puede comprender la cosmovisión de los pueblos originarios, en este caso de la Comunidad Atacameña, la cual no está relacionada con beneficios específicos, cuida a toda la naturaleza, puesto que toda ella es interdependiente. Pero igualmente, al vivir en la zona por siglos, cuidan de la tierra por generaciones, de quienes ponen en riesgo su ecosistema y lo único que solicitan es entender; entender la razón que los guía y aquella que encierran sus respuestas, todo lo cual, este disidente entiende que no es



mucho pedir, en lo cual les ampara la legislación que señalan ha sido infringida.

**10°.-** En razón de lo expuesto, se constata que se infringen los artículos 17 N° 6 de la Ley N° 20.600, en relación a los artículos 20, 29 y 30 bis de la Ley N° 19.300, incurriendo los sentenciadores en los errores de derecho denunciados en el arbitrio de nulidad sustancial de la Comunidad Indígena, razón por la cual éste debió ser acogido, dictándose la consiguiente sentencia de reemplazo que acogiera las reclamaciones incoadas, dejando sin efecto la Resolución Exenta N° 478, de 12 de mayo de 2017 del Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, que se rechazó la reclamación administrativa contra la Resolución de Calificación Ambiental N° 22, de 20 de enero de 2016, de la Comisión de Evaluación de Antofagasta, que calificó favorablemente el Proyecto "RT Sulfuros de la Corporación Nacional del Cobre, División Radomiro Tomic.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro señor Muñoz.

Rol N° 28.195-2018.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (a) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. María Eugenia Sandoval G., Sr. Carlos Aránguiz Z., y Sra. Ángela Vivanco M., y el Abogado Integrante Sr. Antonio Barra R. No firman, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, el Ministro señor Aránguiz por



estar con licencia médica y el Abogado Integrante señor Barra por estar ausente. Santiago, 16 de junio de 2020.





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

