

EN LO PRINCIPAL: Recurso de Protección. **OTROSÍ:** Acompaña Mandato.

ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA

██████████, abogada, chilena, cédula nacional ██████████ según consta en mandato judicial otorgado ante Notario Público que se adjunta en un otrosí, en representación de ██████████ cédula nacional de identidad ██████████, como presidente y representante de la COMUNIDAD INDÍGENA ATACAMEÑA DE CAMAR, rol único tributario ██████████ a registro número 15 del Registro de Comunidades Indígenas de CONADI de San Pedro de Atacama, domiciliada ██████████ a SS. Itma, respetuosamente digo:

Que encontrándome dentro de plazo, vengo en virtud del artículo 20 de la Constitución Política de la República, en recurrir de protección en contra del Ministerio de Minería, representado, por su Ministro don Juan Carlos Jobet Eluchans, con motivo de la dictación y publicación del Decreto N°23 de fecha 27 de julio de 2021, del Ministerio de Minería que “Establece Requisitos y Condiciones del Contrato Especial de Operación para la Exploración, Explotación y Beneficio de Yacimientos de Litio que el Estado de Chile Suscribirá, Conforme a las Bases de Licitación Pública Nacional e Internacional que se Aprobarán para Estos Efectos”, y publicado en el Diario Oficial de fecha 13 de octubre de 2021, por cuanto dicho acto administrativo, priva, perturba y amenaza el derecho constitucional consagrado en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, este es el derecho de igualdad ante la Ley al haber dictado el Decreto Supremo N°23 de 2021, antes singularizado, sin consultar a los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados por el mencionado acto administrativo, en especial a la comunidad que represento vulnerando con ello lo dispuesto en el artículo 6 N°1 letra a) y N°2 del Convenio Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes N°169 de la Organización Internacional del Trabajo OIT, en adelante el Convenio 169 de la OIT, promulgado mediante el Decreto Supremo N°236 del Ministerio de Relaciones Exteriores de fecha 02

de octubre de 2008 y el Decreto Supremo N°66 de fecha 15 de noviembre de 2013 del Ministerio de Desarrollo Social que Aprueba Reglamento que Regula el Procedimiento de Consulta Indígena en Virtud del Artículo 6 N°1 Letra a) y N°2 del Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo y Deroga Normativa que Indica, en adelante el Reglamento de la Consulta a los Pueblos Indígenas, por las razones de Hecho y Derecho que se expondrán a continuación.

HECHOS

El Decreto impugnado Establece Requisitos y Condiciones del Contrato Especial de Operación para la Exploración, Explotación y Beneficio de Yacimientos de Litio que el Estado de Chile Suscribirá, Conforme a las Bases de Licitación Pública Nacional e Internacional que se Aprobarán para Estos Efectos, extracción de litio, la cual se llevará a cabo en los salares del norte del país. En ese sentido, este Decreto afecta a las comunidades en tanto se ha establecido el objeto y la forma relativa a la extracción de litio, que se desarrollará en los ecosistemas que habitan, sin que se les haya consultado.

De conformidad al artículo 7 del Reglamento de la Consulta a los Pueblos indígenas, son, referido a las Medidas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas. Expresa que:

Los órganos de la Administración del Estado señalados en el artículo 4º de este reglamento, deberán consultar a los pueblos indígenas cada vez que se prevean medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectarles directamente.

Por su parte en inciso tercero de la misma disposición expresa que:

“Son medidas administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas aquellos actos formales dictados por los órganos que formen parte de la Administración del Estado y que contienen una declaración de voluntad, cuya propia naturaleza no reglada permita a dichos órganos el ejercicio de un margen de discrecionalidad que los habilite para llegar a acuerdos u obtener el consentimiento de los pueblos indígenas en su adopción, y cuando tales medidas sean causa directa de un impacto significativo y específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales, afectando el ejercicio de sus

tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas.

Sin duda estamos en presencia de un acto administrativo, en los términos señalados en el artículo 3 de la Ley N°19.880 que Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, su contenido y desarrollo es no reglado y permite un margen de discrecionalidad para realizar un proceso de consulta y llegar a acuerdos u obtener el consentimiento de los pueblos indígenas.

Un debido amparo y cautela de la garantía constitucional de igualdad ante la ley, no solo enmienda una omisión flagrante e inexcusable de la obligación que tiene el Estado de consultar a los pueblos indígenas ‘cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente’, sino que niega abiertamente el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados en una materia tan relevante como la protección jurídica de sus territorios, la afectación de su identidad y cultura.

Así, este acto es susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas y en especial a la Comunidad de Camar, como se pasará a exponer. A continuación, se explica la relación de la comunidad de Camar con el salar de Atacama, para que se comprenda por qué es importante que ella y otras comunidades participen mediante un Proceso de Consulta Indígena:

1.- La cuenca hidrológica del Salar de Atacama

La cuenca hidrológica del Salar de Atacama es una cuenca endorreica de características singulares y únicas, que, debido a su dinámica, forma un sólo ecosistema de interconexión hidrogeológica, en donde cualquier efecto en el sistema de aguas dulces/interfase salina/núcleo salino a causa de extracción de agua subterránea y/o salmueras, afecta el equilibrio natural de la cuenca e influye en todas las zonas ecológicas de este ecosistema.

La cuenca está compuesta por un sistema de lagunas, una zona de mezcla o interfase y un núcleo salino que corresponde a la salida por evaporación de las aguas que afluyen a la cuenca.

Como tal, este ecosistema único y frágil debe ser debidamente resguardado no sólo en términos de sustentabilidad ambiental sino también por la sustentabilidad económica que las bases de licitación buscan promover.

Y en este aspecto ha habido una ausencia del Estado en su rol de planificador y custodio de las aguas y la cuenca salar propiamente tal, por cuanto desde que empezaron las explotaciones tanto de minería no metálica como de agua subterránea en la parte sur, no ha generado ni monitoreos de las variables relevantes del sistema ni modelos conceptuales o matemáticos que le permitan tomar decisiones fundadas sobre la explotación de los recursos naturales de dicha cuenca.

Es tan paradójica esta situación, que recién hoy al año 2021 se está formulando un modelo matemático único que considere la integralidad del salar y sus componentes, el que aún no está disponible para su operación y uso en temas de planificación.

Es más, los organismos con competencia sectorial y ambiental han tenido que basar sus decisiones en información y modelos desarrollados por los privados para sus proyectos económicos, los que además han sido fragmentados sin considerar la interacción con los proyectos de explotación aledaños. Lo mismo ocurre respecto de la información en la que se basa la autoridad para tomar decisiones, la que ha sido íntegramente generada por las empresas privadas en el salar.

Frente a eso resulta arbitrario y contrario a la legalidad que se llame a licitación de explotación sin tener un conocimiento cabal acerca de qué significará o qué impactos tendrá en el salar la explotación de las cuatrocientas mil toneladas de litio metálico comercializable, que además significa, con las eficiencias que tiene la explotación de litio de las dos empresas hoy en día, que se debe extraer por lo menos el doble de esa cantidad para esa producción, quedando todo el volumen de descarte de sales en el mismo territorio del salar.

La actuación y desempeño de la autoridad competente ha sido, por decirlo menos, errática y poco consistente, ya que, en el caso de la DGA, ha ido variando sus criterios técnicos en el tiempo y lo que es peor, manteniendo el concepto de fragmentación de este cuerpo único y frágil.

En efecto, la DGA ha modificado siete veces las delimitaciones de los acuíferos en el salar entre el año 1997 y 2014, y en ese tiempo ha ido tomando decisiones acerca de la constitución de derechos de aprovechamiento de aguas y aprobaciones ambientales. Ello da cuenta de que el Estado no ha sido oportuno en la generación de información sobre la cual basar sus determinaciones y lo que es peor, ha decidido sobre ello y luego ha cambiado su análisis sin retrotraer las decisiones administrativas equivocadas.

En el caso de los sectores hidrogeológicos de aprovechamiento común¹, que le permite a la DGA gestionar el ejercicio de los derechos de agua en los acuíferos, ese organismo definió una primera sectorización en el año 1977 (CHI-535 CORFO-1977: INVESTIGACIÓN DE RECURSOS HIDRÁULICOS EN EL NORTE GRANDE. Enseguida, definió una nueva sectorización acuífera del salar en el año 1999 (MINUTA TÉCNICA N°60: EVALUACIÓN DE LA DISPONIBILIDAD DE RECURSOS HÍDRICOS PARA CONSTITUIR DERECHOS DE APROVECHAMIENTO EN LAS SUBCUENCAS AFLUENTES AL SALAR DE ATACAMA).

Luego, en el año 2010 reformula nuevamente dicha sectorización (SIT N°210 DGA/GCF-2010: ACTUALIZACIÓN DE LA EVALUACIÓN DE LA DISPONIBILIDAD DE RECURSOS HÍDRICOS PARA CONSTITUIR DERECHOS DE APROVECHAMIENTO EN LAS SUBCUENCAS AFLUENTES AL SALAR DE ATACAMA), para posteriormente, en el año 2012 volver a modificar esos sectores (SDT N°234 DGA-2012: EVALUACIÓN DE LOS RECURSOS HÍDRICOS SUBTERRÁNEOS DEL ACUÍFERO DEL SALAR DE ATACAMA. DEPARTAMENTO DE ADMINISTRACIÓN DE RECURSOS HÍDRICOS.

Aun cuando la geomorfología del salar y sus dinámicas no son en absoluto tan variables en tan corto tiempo, la DGA vuelve a cambiar la sectorización el año 2013 (SDT N°339 DGA-2013: ANÁLISIS DE LA OFERTA HÍDRICA DEL SALAR DE ATACAMA)

Nuevamente, y tan sólo un año después, vuelve a modificar dicha delimitación (SIT N°357 DGA/ICASS-2014: ANÁLISIS DE LOS MECANISMOS DE EVAPORACIÓN Y EVALUACIÓN DE LOS RECURSOS HÍDRICOS DEL SALAR DE ATACAMA).

¹ Artículo 54 letra g) del DTO MOP 203, APRUEBA REGLAMENTO SOBRE NORMAS DE EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE AGUAS SUBTERRÁNEAS, 2013

De lo expuesto, se tiene una situación insólita en donde un órgano del Estado ha sido incapaz de determinar las características y estructuras del salar de manera concreta y adecuada, y lo que es peor, ha tomado decisiones en base de esas aproximaciones sucesivas sobre un tema y un sistema que no tiene una dinámica que genere variaciones anuales que ameriten tantas actualizaciones o reformulaciones sobre su estructura y composición. Se recuerda que el salar y la cuenca endorreica son producto de procesos geológicos que han tomado miles y millones de años.

Por la misma razón antes señalada, el Salar de Atacama ha estado al arbitrio de las empresas privadas y a un actuar ineficiente del Estado que ha impedido que se le considere adecuadamente como lo que es, un cuerpo de agua único, no fragmentado y en donde se encuentran las comunidades que lo habitan y los ecosistemas asociados, empeorando esta situación por el hecho de que las comunidades indígenas no son consultadas por las formas que establece la ley, respecto a estas decisiones que tendrán consecuencias que recaen sobre sus territorios.

Por ello es que toman cada vez más importancia que los análisis que se hagan acerca de la caracterización o de la evaluación de impactos sobre ese ecosistema único, consideren la integralidad de sus componentes, en especial todos los cuerpos de agua emplazados en el Territorio que permiten el desarrollo, no sólo de la Comunidad de Camar, sino de todas las comunidades atacameñas que habitan en el salar, en base del concepto fundamental de continuidad de ese cuerpo de agua que sostiene la vida y la supervivencia de comunidades y ecosistemas en toda la cuenca salar del Salar de Atacama.

Esto es una materia que no solo tiene que ver con impactos ambientales, por lo que no sirve dejarlo para el análisis de una evaluación de impacto ambiental, sino que tiene que ver con políticas económicas, públicas y territoriales, respecto de las cuales los pueblos originarios sobre cuyos territorios van a recaer estas actividades, tienen derecho a ser consultados bajo los estándares del Convenio N°169 OIT.

2.- Sistemas de vida y patrimonio cultural de la Comunidad Indígena Atacameña de Camar

De acuerdo con los estudios hechos por nuestro equipo asesor, y que se adjunta en un otrosí, la Comunidad Atacameña de Camar da cuenta que el Salar de Atacama es parte de su territorio, tal cual lo reconoce la Contraloría General de la República en el dictamen N°25667/2019, que estimó procedente la realización de una consulta indígena para efectos de otorgar la autorización con ocasión de las solicitudes de SQM, de autorización

para ocupar los terrenos fiscales en la “ADI Atacama la Grande” y ésto relacionado con el artículo N° 15 del Convenio N° 169 de la OIT:

Considerando que “Además, los predios requeridos al MBN -en donde se encuentran los citados puntos de extracción de aguas se localizan en el sector denominado "Atacama La Grande", comprendido en la anotada comuna, el cual fue declarado como Área de Desarrollo Indígena (ADI), a través del Decreto N° 70, de 1997, del entonces Ministerio de Planificación y Cooperación. Así mismo, que los considerandos del citado decreto N° 70 señalan que esa ADI constituye un territorio habitado ancestralmente por comunidades atacameñas con alta densidad de población de esa etnia, manteniendo esas agrupaciones una estrecha vinculación con el medio ambiente debido a sus actividades agropecuarias, con un aprovechamiento racional del recurso hídrico, con actividades de pastoreo en zonas de vegas y bofedales y, en general, con el uso del territorio en la forma de ocupación de pisos ecológicos complementarios. Sumado a que según lo que señala el artículo 15, N° 1, consigna que los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente, comprendiendo su participación en la utilización, administración y conservación de los mismos. Su N° 2 señala que “En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras”.

De esta manera, cabe destacar que la territorialidad andina de la comunidad de Camar es el resultado de un complejo proceso histórico, socio natural y de conocimiento ambiental indígena, a través del cual sus habitantes han establecido estrategias de satisfacción de necesidades productivas, sociales y simbólicas, que requieren la consulta del Estado a la hora de autorizar o establecer el desarrollo de proyectos de extracción, ya que cualquier

actividad que afecte los recursos naturales emplazados en el hábitat de la comunidad, afectaría su forma de vida.

La afectación de los proyectos de extracción de litio u otros que se hagan en el Salar, se concreta principalmente en los aspectos que se describen a continuación:

- **Mediante la alteración de un piso ecológico del territorio ancestral de la Comunidad de Indígena de Camar:**

Durante el periodo prehispánico, el conocimiento de la diversidad ecológica de esta zona geográfica permitió a los pueblos indígenas tener acceso a múltiples y variados **pisos ecológicos** para la satisfacción de sus necesidades. Los pueblos andinos como Camar, adoptaron una estrategia de “complementariedad” de diferentes pisos ecológicos, la cual corresponde al uso productivo y simultáneo de una diversidad de microclimas dispersos en diferentes altitudes geográficas o etapas ecológicas de la región. El antropólogo especialista del mundo andino, John Murra, en su libro “El control vertical de un máximo de pisos ecológicos en la economía de las sociedades andina” (1972) explica que el control vertical por parte de comunidades andinas corresponde a una forma de empleo de diferentes pisos ecológicos a través de un circuito de nichos ecológicos o islas, ubicadas a diferentes alturas, pero que están asociadas a un mismo espacio central, en este caso, la comunidad.

De esta forma, el conocimiento sobre una naturaleza diversa, marcada por los animales, las plantas y los ciclos estacionales, ha resultado en inversiones ambientales que toman la forma de prácticas productivas específicas para el medio ambiente andino al determinar los tipos de ganado, cultivos, plantas y medicinas en cada uno de los diferentes espacios ecológicos (Castro, 2002)².

Camar ocupa un territorio dispuesto en diferentes pisos ecológicos que, en sus partes más altas en dirección este, supera los 5.000 m.s.n.m, mientras que, en las partes más bajas, en dirección oeste, se aproxima a los 2.300 m.s.n.m. En relación a ello, y en consecuencia, *“la economía de Camar, históricamente ha estado ligada a los usos de los pisos ecológicos y a los intercambios que se podían realizar entre los diferentes pueblos del sur del salar de Atacama, con la puna argentina y de Bolivia”*. En estos espacios, los comuneros han podido obtener *“las materias primas destinadas a la elaboración de artesanías, extracción de leña y sal, que servían para el*

² Castro, G. 2002. Naturaleza, sociedad e historia en América Latina. 18 p.

intercambio; huevos de parinas destinados para sustento alimenticio, sistemas agrícolas de cosecha intensiva en formas de terrazas y melgas, campos de pastoreos de llamas, ovejas, cabras y burros”.

En este sentido, como lo señala un miembro de la Comunidad: “*El salar fue parte del sistema que nos dio la vida a nosotros. El salar, la cordillera, todo lo que es el agua de la cordillera, Turbaca, todo el tema. Porque allá era donde se producían las estancias, los viejos tenían los animales, allá estaba el agua*” (Fundación Desierto de Atacama, 2018³).

Esta forma de comprender el ecosistema Salar, por parte de la comunidad Camar, es necesario que sea integrada al momento de analizar su legitimación activa como parte de este proceso.

Asimismo, se sostiene que las lagunas y su vegetación circundante están íntimamente relacionadas desde el Sur hacia el borde Norte, y viceversa. Es un continuo integrado e interrelacionado, que requiere una comprensión como ecosistema Salar.

- **Permeabilidad de límites territorial en la actividad de trashumancia de los comuneros de Camar**

Es necesario tener en cuenta que los límites territoriales de las comunidades del Salar no constituyen espacios rígidos, sino que, por definición, son permeables al tránsito humano y animal. Esto es de gran relevancia frente al carácter trashumante de la actividad pastoril de Camar, donde la movilidad espacial es una actividad recurrente que no se ciñe estrictamente a un límite fijo y preestablecido.

De acuerdo con lo señalado en este punto, ha existido un desplazamiento de animales por fuera del límite territorial de la comunidad a causa de disminución de la vegetación que los alimenta, causada a su vez por la disminución de los cuerpos de agua del Salar. De esta forma, se da cuenta de los cambios que se producen en este sistema integral como el Salar, repercuten en sus distintos sectores y se producen cambios en las actividades tradicionales e identitarias que se realizan.

- **Usos de la comunidad de Camar en el Territorio:**

³ Fundación Desierto de Atacama. Línea de Base Medio Humano Comunidad Indígena Atacameña de Camar. 2018.

Es de gran relevancia tener presente que la Comunidad Indígena de Camar conserva un uso intenso y ancestral del Salar de Atacama que históricamente constituye un espacio estrechamente vinculado a los modos de vida y costumbre de la Comunidad.

Es posible identificar tres tipos de usos del Salar de Atacama: Productivo, medicinal y cultural que se pueden resumir en:

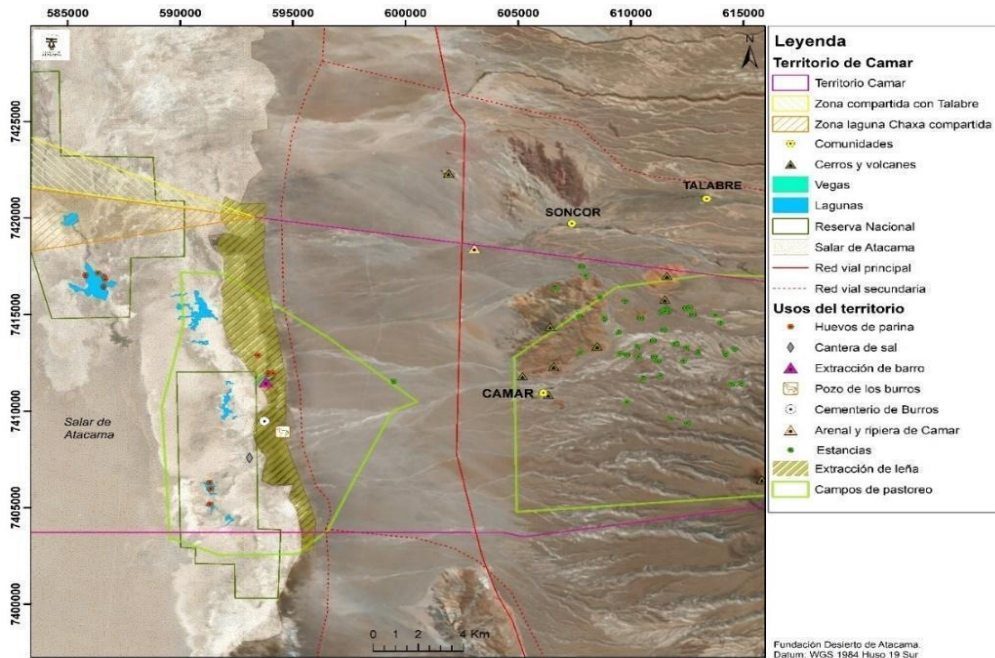
- Productivo. (Relacionado principalmente a actividades de forraje y pastoreo, lo que fue la recolección de huevos de parina, y lo que significa recolección de leña, sal, paja, barro y arena ha permitido contribuir tanto a alimentación humana, generación de energía y construcción de viviendas en Camar.)
- Medicinal. (Los usos de carácter medicinal identificados por los habitantes de la comunidad de Camar corresponden principalmente a plantas recolectadas y, en menor grado, a animales de uso medicinal)
- Cultural. (La práctica de actividades como el pastoreo, la recolección de leña o de búsqueda de plantas medicinales, sirve para generar momentos de intercambio de conocimientos y saberes entre los comuneros, lo cual forma parte de su estilo de vida. También en este lugar, estas instancias existen para el encuentro de amigos o de parejas que disfrutaran momentos de recreación alejados del pueblo. En este sentido, el Salar es un lugar donde se reproduce la cultura y tradición de los comuneros de Camar.)

De estas actividades es necesario destacar que la perspectiva cultural y el sentido de su desarrollado por los comuneros de Camar, por lo que se puede considerar que el Salar de Atacama es parte fundamental de la cosmovisión andina del espacio. Al constituir piso ecológico que da cuenta de una verticalidad en la utilización del territorio ancestral (de Este a Oeste), el Salar y toda su biodiversidad, son componentes de la identidad de los habitantes del pueblo. Además, es importante tener presente que, este espacio es igualmente un depositario de la historia reciente y pasada de Camar, en tanto que allí se realizaban actividades como la recolección de huevos de parina y se establecían rutas de intercambio con otras comunidades. En este sentido, las *“diferencias tienen que ver con las formas en que sus habitantes han forjado su identidad ligadas a su territorio y geografía; desde las especies que se cultivan en Camar hasta las variaciones de estilos en las ceremonias y tradiciones del Salar”* (Fundación Desierto Atacama, 2018).

En consecuencia, los comuneros de Camar conservan y ejercen sus tradiciones, costumbres, actividades productivas ancestrales, prácticas religiosas, culturales y/o espirituales, en su territorio mediante los usos descritos, específicamente en la siguiente

imagen se puede observar la espacialización de los usos mencionados anteriormente por parte de la Comunidad Indígena Atacameña de Camar en el Salar de Atacama.

Figura 3. Usos del territorio de Camar en el Salar de Atacama



DERECHO

Es necesario señalar que el decreto impugnado es un acto de la administración del Estado que regula las bases para un contrato de licitación que tendrá efectos directos y significativos en las costumbres de mi representada, porque la forma en que se concrete va a repercutir sobre el territorio que forma parte del ecosistema que habita la comunidad, cuando opere para extraer litio. Sin embargo, para aprobar este decreto no se llevó a cabo ningún proceso de Consulta Indígena, vulnerando lo dispuesto en el Convenio N°169 OIT. Esto es especialmente relevante, debido a que la extracción de litio se llevará a cabo en ecosistemas habitados por pueblos originarios y es necesario que ellos puedan incidir en los preceptos establecidos en este Decreto, tanto en relación a los objetivos del contrato (pues

les va a influir), como en los derechos que tendrán las partes del contrato y la forma en que las comunidades indígenas afectadas van a ser parte o no de este relacionamiento.

En este sentido, el Convenio N° 169 OIT fue suscrito por Chile precisamente como una forma de hacer valer los derechos de los pueblos originarios y darles un trato de igualdad ante la ley. Al vulnerarse este Convenio, se produce una infracción al derecho de igualdad ante la ley de la comunidad a la cual represento, que no ha podido participar de forma alguna en las condiciones que está aprobando este decreto.

El decreto señala:

Artículo 2°. Objeto del Contrato. El objeto del Contrato será facultar al Contratista para explorar, explotar y beneficiar una cuota de ochenta mil (80.000) o dos cuotas por un total de ciento sesenta mil (160.000) toneladas de litio metálico comercializable en cualquier área del territorio nacional. Las cuotas antes mencionadas, serán medidas y controladas en términos de los productos de litio metálico comercializable que produzca el Contratista, según la tabla de equivalencias que el Ministerio de Minería fijará para estos efectos en el Contrato.

Asimismo, el Contratista deberá comercializar en el país o exportar los productos de litio metálico comercializable, en los términos y condiciones que contempla el artículo 7o del presente instrumento. La o las cuotas, en su caso, que sean adjudicadas conforme al proceso de licitación, serán indivisibles, y el Contrato Especial de Operación será cedible solamente si cuenta con la autorización previa del Ministerio de Minería en los términos dispuestos en el artículo 10o del presente instrumento.

El Contratista asumirá todos los costos y riesgos inherentes a la exploración, explotación y beneficio del litio metálico comercializable que fueren necesarias. También, serán de exclusivo cargo y riesgo del Contratista, la obtención de todas las autorizaciones y/o permisos sectoriales o ambientales que sean necesarios para los efectos de llevar adelante las labores objeto del o de los Contratos.

En caso de que un mismo Contratista sea adjudicatario de dos cuotas de ochenta mil (80.000) toneladas de litio metálico comercializable, tendrá la opción de celebrar un Contrato independiente por cada cuota con el Ministerio de Minería o bien un solo Contrato por una cuota única de ciento sesenta mil (160.000) toneladas. La cuota o cuotas no podrán ser divididas una vez ejercido el derecho de opción.

Como puede observarse, el objeto del es parte de lo aprobado por este decreto, sin que las comunidades hayan podido influir de forma alguna en esta decisión, a pesar de que los efectos de este contrato serán directos en el territorio que habita. Los pueblos originarios que habitan los salares del norte de nuestro país, tienen derecho a ser consultados respecto del acto administrativo que determina cuál debe ser el objeto del contrato, derecho que se ve infringido en esta situación, vulnerando el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República.

El deber de realizar un Proceso de Consulta Indígena

La Consulta Indígena regulada en el Convenio N°169 de la OIT y el Decreto Supremo N°66 del Ministerio de Desarrollo Social

La consulta a los pueblos indígenas es un mecanismo de participación basado en el diálogo entre el Estado y los pueblos indígenas que, a su vez, pone por delante el reconocimiento de la diversidad cultural. Ante todo, es un derecho de los pueblos indígenas y un deber del Estado que proviene del Convenio 169 y que procede cada vez que se adopten medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlos directamente. Según la propia OIT, el deber de consulta previa es la piedra angular del Convenio 169, deber que irradia todas sus normas y que supone una forma específica por la que el Estado se debe relacionar con los pueblos indígenas.

El deber de los Estados a consultar a los pueblos indígenas interesados es una manifestación del derecho a la participación política y a la identidad cultural de los pueblos indígenas.

“Todo lo anterior, la Consulta, el derecho a la participación política, se relaciona directamente con el derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas, en la medida en que la cultura y las formas de vida de los pueblos

indígenas pueden resultar afectadas por las decisiones que se someten a consulta.

Porque, tanto el Convenio 169 como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas establecen que es deber del Estado respetar, proteger y promover las tradiciones y costumbres de los pueblos indígenas y tribales, por ser éstas un componente intrínseco de la identidad cultural de las personas que conforman tales pueblos. De esta obligación estatal surge la necesidad de adoptar medidas especiales para proteger este derecho a la identidad cultural, basado en una forma de vida intrínsecamente ligada al territorio.”⁴

Normativamente, el deber del Estado de aplicar el mecanismo de la Consulta Indígena emana del artículo primero de la Constitución Política, el cual asegura en su inciso segundo: “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”. En ese sentido, la Excelentísima Corte Suprema ha fallado, en causa Rol N° 10.090/2011:

Quinto: Que conviene dejar consignado 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

⁴ ASTUDILLO, Fernando. ¿Cumple Chile los Estándares Internacionales en materia de consulta a los pueblos indígenas? (Una breve revisión a los D.S. N°66 del Ministerio del Desarrollo Social y N°40 del Ministerio del Medio Ambiente [en línea] Revista SCIELO, Estudios Constitucionales, vol.15 no.1, Santiago, 2017. ISSN 0718-5200. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002017000100005> [última revisión: 31/08/2020]

deben orientarse a salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, la cultura y el medio ambiente de los pueblos interesados.

Mismo criterio se reproduce en causa Rol N° 258/2011 del máximo Tribunal. Como puede observarse, en este caso, se afecta la realidad de los pueblos originarios mediante los objetivos que el contrato de litio va a perseguir, sin que se les haya consultado.

Asimismo, el deber del Estado de realizar consultas previas está consagrado en el artículo 6°, 7° y 15 del Convenio 169 y a nivel interno, el reconocimiento del Convenio se encuentra a nivel constitucional en el artículo 5° inciso segundo de la CPR, que obliga al Estado al respeto de los derechos esenciales que emanan de los tratados internacionales ratificados por Chile. A nivel reglamentario radica en el Decreto Supremo N° 66/2013 del Ministerio de Desarrollo Social que regula el procedimiento de consulta indígena. Ambas normas son complementadas por una serie de instrumentos internacionales que establecen la correcta interpretación y aplicación de los derechos humanos de los pueblos indígenas. Al respecto, el artículo 6° del Convenio N°169 mandata 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. 2. 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.”

En la misma línea, el artículo séptimo del Convenio señala:

“Artículo 7

1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”.

El año 2000, el Tribunal Constitucional (TC) durante la tramitación legislativa del Convenio N°169, debió pronunciarse sobre su constitucionalidad a solicitud de un grupo de parlamentarios. En esa oportunidad, el TC declaró que la vigencia del Convenio N°169 era plenamente compatible con la CPR y específicamente respecto al derecho a la consulta indígena determinó que: “Esta norma, a juicio del Tribunal, tiene el carácter de autoejecutable o de aplicación directa, tanto por los términos perentorios en que se encuentra redactada como, porque, como bien lo afirma el Presidente de la República en su contestación, el artículo 22 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional regula *“La facultad de las comisiones [se refiere a las comisiones legislativas – para solicitar informes u oír a las personas o instituciones que estimen convenientes en el procedimiento legislativo] es un procedimiento apropiado”*⁵. Así, el año 2000 se declara directamente aplicable el Convenio N°169 y sus normas autoejecutables.

En nuestro ordenamiento interno, sin perjuicio de que el Tribunal Constitucional ha declarado, específicamente sobre la norma de la Consulta establecida en el artículo 6°, N° 1, letra a) del Convenio N°169, su carácter de “autoejecutable o de aplicación directa”, se ha reconocido expresamente el deber de consulta indígena en el Decreto Supremo N° 66, del Ministerio de Desarrollo Social, del año 2014 (DS 66). En particular, este decreto dispone en su artículo 2° que:

“La consulta es un deber de los órganos de la Administración del Estado y un derecho de los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados directamente por la adopción de medidas legislativas o administrativas, que se materializa a través de un procedimiento apropiado y de buena fe, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas susceptibles de afectarlos directamente y que debe realizarse de conformidad con los principios recogidos en el Título II del presente reglamento.”

Dado que la consulta indígena fue incorporada directamente a nuestro ordenamiento jurídico, su procedencia se determina caso a caso, en tanto se configuren copulativamente dos requisitos que pasaremos a revisar i) que exista una “medida administrativa o legislativa” y ii) que dicha medida sea “susceptible de afectar directamente” a los pueblos indígenas siendo esta la causal material de procedencia del derecho a consulta.

En esta situación, las comunidades que serán afectadas por las condiciones en que se extraiga el litio, tienen derecho a ser consultadas respecto de los objetivos que persigue el contrato según este Decreto 23/2021. Tienen derecho a opinar sobre las cuotas de extracción, pues se extraerán de sus territorios, y además, de incorporar otros elementos

⁵ Tribunal Constitucional, Causa Rol 309- 200, considerando séptimo.

en el objetivo de este contrato. También tienen derecho a opinar sobre otros asuntos, tales como la administración, la vigencia o causales de cesación del contrato, considerando elementos propios de la realidad de los pueblos originarios en el sector.

i. Que exista una medida administrativa o legislativa

Señala el Decreto Supremo N°66 del Ministerio de Desarrollo Social en su artículo 7°:

“[...] Son **medidas administrativas** susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas aquellos actos formales dictados por los órganos que formen parte de la Administración del Estado y que contienen una declaración de voluntad, cuya propia naturaleza no reglada permita a dichos órganos el ejercicio de un margen de discrecionalidad que los habilite para llegar a acuerdos u obtener el consentimiento de los pueblos indígenas en su adopción, y cuando tales medidas sean causa directa de un impacto significativo y específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales, afectando el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas”.

En la especie, nos encontramos frente a un Acto Administrativo, tanto en los términos del artículo 3° de la ley. 19.880, como del DS 66 del Ministerio de Desarrollo Social. En particular, la Resolución, cuya susceptibilidad de afectar directamente a pueblos indígenas viene dada por la extracción de litio en el Salar que es parte de su territorio y contiene decisiones que afectan directamente a los pueblos originarios, particularmente a la Comunidad de Camar.

ii. Que dicha medida sea susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas.

Sobre el segundo requisito, es el mismo artículo 7° antes citado el que entrega indicios sobre qué debemos entender por medida susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas.

Lo serán “cuando tales medidas sean causa directa de un impacto significativo y específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales, afectando el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas”. En el mismo sentido la Corte Suprema, en su fallo de la causa Rol 16.817-2013, ha sostenido que:

"Decimotercero: Que esta Corte ya ha emitido diversos pronunciamientos sobre el sentido y alcance que debe darse a dicha expresión, indicando que la

afectación de un pueblo se produce cuando se ven modificadas sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual, las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y la posibilidad de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural”.

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"*.⁶⁷

Así, al menos estaremos frente a una medida susceptible de afectar a los pueblos indígenas cuando esta pueda tener impactos en sus sistemas de vida (costumbres

⁶ Meza Lopehandía, Matías y otros, *Los Pueblos Indígenas y el Derecho*, Editorial LOM Ediciones, 2013, páginas 397 y 398.

⁷ Asimismo, el Convenio N° 169 no exige una afectación directa sino que una susceptibilidad de afectación. Es decir, que exista una probabilidad de afectación; en contraposición a las exigencias impuestas por el titular y el SEA en el caso. Dicha flexibilidad del Convenio tiene como antecedente directo en la protección de los derechos de los pueblos originarios. Debiéndose, ante la duda de afectación, gatillarse de todos modos un proceso de consulta.

En ese sentido se ha señalado: “En efecto, la discusión en Chile parece haber obviado, en especial a propósito de la procedencia de un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) en lugar de una Declaración de Impacto Ambiental (DIA), según se den o no los criterios de afectación del artículo 11 de la Ley N° 19.300 para hacer aplicable la consulta previa en el marco de la participación ciudadana del EIA, que el artículo 6 del Convenio 169 no se refiere solo a la afectación directa, sino que a la susceptibilidad de ella. Dicho término se refiere a la "cualidad de susceptible" de una persona o cosa, la que a su vez significa en su primera acepción del DRAE "capaz de recibir modificación o impresión", cuestión que entendemos en el sentido que son pueblos interesados aquellos capaces de ser afectados directamente por una medida que se prevea dictar, no aquellos que necesariamente vayan a ser afectados. Ello sería consecuente con: i) la especial protección que se pretende dar a los pueblos indígenas y a la diversidad cultural; ii) el plano de cierta postergación que han sufrido los pueblos indígenas, cuestión que dificultaría que acrediten en sede judicial o administrativa cómo les afecta una determinada medida; iii) que no siempre los pueblos indígenas conocerán con certeza todos los alcances y efectos de una medida que pueda afectarles, de modo que justamente se hace necesario realizar la consulta previa y desplegar los esfuerzos para la acabada comprensión del punto, tanto desde la perspectiva del Estado como de los propios pueblos indígenas; y iv) el texto del Convenio 169 y lo sostenido por el Relator en cuanto a que se trate de medidas que puedan afectar a los pueblos indígenas. Así las cosas, ante la duda acerca de si procede o no realizar la consulta previa, deberá tenerse presente que si la medida es susceptible de afectar a los pueblos indígenas, deberá gatillarse tal procedimiento”. En: Astudillo, Luis Fernando. “Cumple Chile los estándares internacionales en materia de consulta a los pueblos indígenas? Una breve revisión de los D.S. N°66 del Ministerio de Desarrollo Social y D.S. N°40 del Ministerio del Medio Ambiente. En: SciELO [versión On-line] ISSN 0718-5200, disponible en:

https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002017000100005 [última revisión 29/04/2020]

ancestrales y prácticas religiosas, espirituales o culturales) y cuando esta pueda afectar su integridad y supervivencia cultural y autonomía, tal como podría resultar de la afectación de sus tierras, aguas y recursos naturales en general, por la vinculación económica y espiritual que los pueblos indígenas tienen con ellos.

Respecto a la actividad de extracción de minerales (en este caso litio), la jurisprudencia ha señalado que es una actividad susceptible de afectar a la ciudadanía, y por tanto, con mayor razón es necesario reconocer su afectación a pueblos originarios que habitan el ecosistema de los salares.

En este sentido, la Corte Suprema ha señalado (55203-2016, Mina Invierno, reiterada actualmente en sentencia de la Corte Suprema rol 5295 –2021):

“Décimo Cuarto: Que en este escenario y conforme a lo antes expresado, tratándose de un proyecto sometido a una DIA, que versa sobre la forma de extracción de un mineral, es una actividad sometida al SEIA que generará, en mayor o menor medida, un beneficio o utilidad social, suficiente para cumplir con la exigencia del artículo 30 bis de la Ley N°19.300, por lo que debió darse lugar al proceso de participación ciudadana, por cuanto concurren las demás exigencias que ha establecido el legislador.”

Añade luego, en el considerando décimo quinto inciso final, lo siguiente:

“Por lo que debe concluirse: que el proyecto de autos no debió quedar excluido del proceso de participación ciudadana contemplado en el artículo 30 bis de la Ley N°19.300, y que el recurso de protección deberá ser acogido, enmendando desde luego un aspecto que afecta negativamente un procedimiento en desarrollo, el que, de no efectuarse esta corrección, se verá cuestionado en su legalidad posteriormente. Décimo”.

Si bien los considerandos anteriores se refieren a la afectación a la ciudadanía en general que produce la extracción de un mineral, esto con mayor razón debe aplicarse al contexto de una comunidad indígena que habita el territorio del Salar de Atacama y que tiene derecho a ser consultada respecto de las condiciones que se fijan para el contrato de extracción de litio, condiciones que se establecen y regulan en el decreto 23/2021 impugnado.

Una de las razones que ha provocado conflictos entre los proyectos de extracción de litio y las comunidades indígenas, es que no se les tiene en cuenta en instancias oportunas como esta (la dictación del decreto), y el Estado espera a que los proyectos ya estén decididos o en pleno proceso de evaluación ambiental para consultar a los pueblos originarios.

Esto es una vulneración de sus derechos, concretamente a su igualdad ante la ley, toda vez que ellos no tienen por qué ser consultados sólo en materias ambientales, sino que es necesario que se les consulte también en todos los ámbitos que puedan afectarles como el económico y de política territorial, respecto de cuál es la forma en que las comunidades creen que debería regularse la extracción de un mineral que se encuentra en un ecosistema tan importante para ellos como lo es el Salar de Atacama (u otros salares).

Como hemos dicho en lo precedente, el Decreto 23/2021 es un acto administrativo que tiene que ver con políticas económicas, públicas y territoriales, respecto de las cuales los pueblos originarios sobre cuyos territorios van a recaer estas actividades, tienen derecho a ser consultados bajo los estándares del Convenio N°169 OIT.

De esta forma, el derecho a la igualdad ante la ley el Estado debe "contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible", y "promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional" (Constitución 1980, art.1).

Así, y en razón del derecho planteado en el libelo, en el marco de las responsabilidades del Estado de Chile, sus órganos y servicios, respecto de la aplicación Convenio N° 169 y relativas al derecho a la Consulta, se da cuenta que la dictación del decreto 23/2021, constituye un acto arbitrario e ilegal de autoridad pues:

-La omisión del derecho de consulta por parte de la autoridad es arbitrario, contrario a derecho y genera una privación del legítimo derecho que tienen los pueblos indígenas a ser consultados, pues, sin justificación alguna no permite y le niega que manifiesten su opinión, que participen sobre una materia que compromete sus vidas, territorio e identidad cultural.

-Este acto por tanto es ilegal, pues, la autoridad competente desconoce en los hechos el imperativo legal que de acuerdo a lo preceptuado en la actual Constitución, obliga a todos los órganos del Estado a someter su acción a ésta, y a las normas dictadas conforme a

ella, como es el deber de consulta consagrado en el Convenio N°169 de la OIT y desarrollado en el Decreto Supremo N° 66, en particular.

POR TANTO, considerando lo contenido en el artículo 19 N° 2 y 20 de la Constitución Política de la República, los artículos 6°, 7° de Convenio 169 OIT y el Decreto 66 del Ministerio del Desarrollo Social y demás normas pertinentes;

A S.S. ILTMA, SOLICITO: Acoger el presente recurso de protección, dejar sin efecto el Decreto N°23 de fecha 27 de julio de 2021 del Ministerio de Minería que “ESTABLECE REQUISITOS Y CONDICIONES DEL CONTRATO ESPECIAL DE OPERACIÓN PARA LA EXPLORACIÓN, EXPLOTACIÓN Y BENEFICIO DE YACIMIENTOS DE LITIO QUE EL ESTADO DE CHILE SUSCRIBIRÁ, CONFORME A LAS BASES DE LICITACIÓN PÚBLICA NACIONAL E INTERNACIONAL QUE SE APROBARÁN PARA ESTOS EFECTOS”, publicado en el Diario Oficial con fecha 13 de Octubre de 2021, por vulnerar el derecho de mi representada reconocido en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, de igualdad ante la ley, ordenando que se realice un Proceso de Consulta Indígena en los términos del Convenio N°169 OIT, de forma tal que se restaure el orden del Derecho.

OTROSÍ: Solicito a S.S. Iltma tener por acompañado mandato donde consta mi representación.

