

ANT.: Recurso de Protección presentado por la Comunidad Indígena Atacameña de Camar, ante la Corte de Apelaciones de Antofagasta Rol N° 11174-2021 caratulado [REDACTED]

MAT.: Emite Informe

SANTIAGO, 10 de diciembre de 2021

INFORME JURÍDICO

El 16 de noviembre de 2021, la Subsecretaría de Minería ha tomado conocimiento del recurso de protección interpuesto por la Comunidad Indígena Atacameña de Camar, ante la Itma. Corte de Apelaciones de Antofagasta, en contra de la dictación y publicación del decreto supremo N° 23, de 27 de julio de 2021, del Ministerio de Minería, que establece los 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, "sin que se haya hecho una consulta a los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados por el mencionado acto administrativo"

El citado decreto, fue tomado de razón por la Contraloría General de la República, el 29 de septiembre del año en curso, y publicado en el Diario Oficial, el 13 de octubre pasado.

Por lo tanto, estando dentro del plazo otorgado por la Itma. Corte de Apelaciones, el Ministerio de Minería procede a emitir el presente informe, solicitando el rechazo en todas sus partes, de la acción cautelar en comento, sobre la base de los siguientes argumentos.

1. Estatuto Jurídico Minero en Chile

El marco normativo vigente en nuestro ordenamiento jurídico, se encuentra contemplado principalmente, bajo lo dispuesto en los incisos sexto a décimo del artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República, en la ley N° 18.097 Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras, en el Código de Minería, y en cuanto, al litio, en el decreto ley N° 2.889, de 1979, que estableció la reserva del Estado de la singularizada sustancia mineral.

En términos generales, el inciso sexto del citado numeral 24 del artículo 19, dispone el dominio del Estado de Chile sobre todas las minas, con una naturaleza pública especial, y que reviste el carácter de absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible sobre todas ellas. Se desprende su naturaleza especial, debido a que, sobre las minas pueden constituirse concesiones mineras, otorgadas por el Poder Judicial, para poder explorarlas o explotadas, quedando los terrenos superficiales sujetos a las obligaciones y limitaciones que la ley haya establecido, para facilitar las labores de exploración, explotación y beneficio de los minerales.

Luego, el inciso séptimo, de la citada norma constitucional, consagra que, una ley -que reviste el carácter de orgánica constitucional- determinará cuáles sustancias minerales podrán ser objeto de concesiones mineras, de exploración o de explotación, es decir, que serán sustancias concesibles, exceptuándose los hidrocarburos líquidos o gaseosos. Agrega que, las concesiones mineras se concederán por resoluciones judiciales, siendo dicha materia una competencia exclusiva de los tribunales ordinarios, incluyendo declarar la extinción de las concesiones y conocer las controversias que se generen producto de la caducidad o extinción de las mismas. Tales concesiones, tendrán una vigencia o duración, y conferirán los derechos y obligaciones, que la ley establezca, siendo aquella, la citada ley N° 18.097, Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras. Concluye este inciso, estableciendo una carga que obliga a cada concesionario minero, a efectuar o desarrollar la actividad necesaria que justifica el otorgamiento de la concesión, lo que se traduce en el régimen de amparo, pudiendo su incumplimiento acarrear la caducidad de las concesiones.

El inciso noveno del numeral 24 del artículo 19, dispone el derecho de propiedad sobre la concesión minera, y, por ende, queda protegida por la referida garantía constitucional.

En el inciso décimo, se establece un dominio patrimonial del Estado de Chile, sobre sustancias minerales y yacimientos mineros que han sido declarados, sea por la propia Constitución Política, o por el resto del ordenamiento jurídico minero aplicable, como inconcesibles, es decir, que se trata de sustancias que quedan excluidas del régimen de concesiones mineras, que son otorgadas por los tribunales ordinarios de justicia. En este sentido, el citado inciso dispone:

“La exploración, la explotación o el beneficio de los yacimientos que contengan sustancias no susceptibles de concesión, podrán ejecutarse directamente por el Estado o por sus empresas, o por medio de concesiones administrativas o de contratos especiales de operación, con los requisitos y bajo las condiciones que el Presidente de la República fije, para cada caso, por decreto supremo. Esta norma se aplicará también a los yacimientos de cualquier especie existentes en las aguas marítimas sometidas a la jurisdicción nacional y a los situados, en todo o en parte, en zonas que, conforme a la ley, se determinen como de importancia para la seguridad nacional. El Presidente de la República podrá poner término, en cualquier tiempo, sin expresión de causa y con la indemnización que corresponda, a las concesiones administrativas o a los contratos de operación relativos a explotaciones ubicadas en zonas declaradas de importancia para la seguridad nacional.”

De lo expresado por la Constitución, se desprende que la exploración, explotación y beneficio de sustancias minerales que no son objeto de concesiones mineras, sólo pueden ser ejecutadas por el propio Estado de Chile, por alguna de sus empresas, o, por medio de concesiones administrativas o de contratos especiales de operación, estos últimos mecanismos, bajos las exigencias, requisitos y condiciones que se fijen por decreto supremo.

2. Tipos de sustancias minerales

Cabe hacer presente que, la regla general en nuestro ordenamiento jurídico, es que todas las sustancias minerales son concesibles, y por ende, se les aplica el régimen concesional de carácter administrativo, otorgado en sede judicial.



Existen otras sustancias minerales, como el torio y el uranio que, dado su valor estratégico, aunque son concesibles, existe en favor del Estado de Chile, un derecho de primera opción de compra.

Finalmente, conforme lo dispuesto en el artículo 3° de la Ley N° 18.097 y en el artículo 7° de Código de Minería, existen sustancias minerales que no son objeto de concesión minera o denominadas inconcesibles, y que corresponden a los hidrocarburos líquidos y gaseosos; a los yacimientos mineros de cualquier especie que se ubiquen en las aguas marítimas, y que no pueda accederse a ellos directamente desde el territorio continental; a los yacimientos mineros existentes en zonas declaradas de importancia para la seguridad nacional, con efectos mineros; y el litio.

En cuanto al litio, el citado decreto ley N° 2.889, de 1979, dispone en su artículo 3° que, se excluye a dicha sustancia del listado de la riqueza minera concesible, quedando reservado al Estado, por exigirlo el interés nacional, lo que armoniza con lo expresado, con posterioridad, por el artículo 3° inciso cuarto de la ley orgánica constitucional sobre concesiones mineras y el artículo 7° del Código de Minería, antes señalados.

3. Aprovechamiento del Litio

Todas las sustancias minerales inconcesibles, siendo una de ellas el litio, sólo pueden ser objeto de exploración, explotación o beneficio, mediante alguno de los mecanismos que el inciso décimo del artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República establece.

Como se hizo presente, dos de ellas pueden ser ejercidas por el propio Estado de Chile, y, tratándose de concesiones administrativas o de contratos especiales de operación, pueden ser otorgadas o suscritas con los particulares. Así, si las figuras corresponden a estas dos últimas figuras, antes de su otorgamiento o suscripción, según corresponda, debe dictarse un decreto supremo, por parte del Presidente de la República que, de manera previa, fije los requisitos y condiciones para explorar, explotar y beneficiarse de las sustancias inconcesibles.

4. Decreto Supremo N° 23, de 2021, del Ministerio de Minería.

El decreto con fuerza de ley N° 302, de 1960, del Ministerio de Hacienda, que aprueba las disposiciones orgánicas y reglamentarias del Ministerio de Minería, dispone en su artículo 1° que, *“El Ministerio de Minería tendrá a su cargo toda la intervención que realiza actualmente el Estado a través de sus diversas reparticiones en las actividades de la Minería.*

Le corresponderá, especialmente, la planificación y ejecución de la política de fomento minero y de protección de las riquezas mineras nacionales, conforme a las disposiciones que imparta el Presidente de la República.” En tal sentido, lleva adelante diversas políticas para fomentar la actividad minera y proteger las sustancias minerales nacionales, siendo una de ellas el litio, cuya exploración, explotación y beneficio está reservado al Estado de Chile.

En este orden de ideas, el literal i) del artículo 5° del citado decreto con fuerza de ley N° 302, dispone que corresponde al Ministro de Minería, suscribir en representación del Estado, previo informe favorable del Consejo de la Comisión Chilena del Cobre, con los requisitos y bajo las condiciones que el Presidente de la República fije por decreto supremo, los contratos especiales de operación a que se refiere el inciso décimo del número 24 del artículo 19 de la Constitución Política, que tengan por objeto sustancias minerales metálicas o no metálicas no susceptibles de concesión, con exclusión de los hidrocarburos y los materiales atómicos naturales. Agrega que,



debe ejercer, directamente o por intermedio de un organismo o empresa del Estado, funciones y derechos que el decreto supremo y el correspondiente contrato especial de operación antes mencionado le señalen, y celebrar, en representación del Estado, previo informe favorable del Consejo de la Comisión Chilena del Cobre, los contratos de servicios que tengan por objeto la ejecución de determinados trabajos relacionados con la exploración de yacimientos que contengan sustancias no susceptibles de concesión.

En cuanto al litio, nuestro país posee importantes recursos de dicha sustancia mineral, a nivel mundial. Como se ha expresado, el litio fue considerado como sustancia de interés nacional, para posteriormente reconocerse como una sustancia no susceptible de concesión minera.

Asimismo, de acuerdo a lo establecido en el decreto supremo N° 19, de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que faculta a los Ministros de Estado para firmar por orden del Presidente de la República, en su artículo 1°, número VII, al referirse al Ministerio de Minería, en el punto 4, señala que la *“Fijación de los requisitos y condiciones especiales de los contratos de operación para la exploración, explotación o beneficio de los yacimientos que contengan sustancias no susceptibles de concesión”*, deben ser aprobados mediante decreto supremo suscrito por el Ministerio de Minería, bajo la fórmula *“Por orden del Presidente de la República”*.

Por lo tanto, el Ministerio de Minería, tomando en consideración el rol que le compete, los importantes recursos y reservas de litio que posee nuestro país; la actual demanda internacional de litio, que se presume que seguirá en alza; los nuevos desarrollos tecnológicos en el uso de la sustancia mineral, especialmente, en energías limpias y renovables, así como también en lo que respecta a la electromovilidad, tomó la decisión de llevar a cabo un proceso de licitación nacional e internacional, que traerá como consecuencia, que futuros oferentes o interesados, puedan adjudicarse la suscripción de un contrato especial de operación de litio (*“CEOL”*).

Dicha decisión, además, se enmarca en la política y decisión de incrementar el desarrollo de la industria del litio en Chile, con el objeto de reforzar la participación estratégica en los mercados internacionales, atendida la mencionada creciente demanda proyectada de la sustancia mineral en comento. Detrás de esta política, se ha considerado la necesidad de contar con minerales críticos para lograr la transición desde el uso de combustibles fósiles al uso de energías renovables, dentro de los cuales el litio es un insumo esencial, todo dentro de un marco internacional de metas de carbono neutralidad, para frenar el cambio climático.

Como se ha manifestado, cuando el aprovechamiento de sustancias minerales no concesibles se lleve a cabo a través de contratos especiales de operación, de forma previa, se deberá dictar un decreto supremo, que establezca los requisitos y las condiciones para llevarlo a cabo. Es así como, se dictó el decreto supremo N° 23, de 27 de julio de 2021, del Ministerio de Minería, que estableció los 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 base de licitación pública, nacional e internacional, que se aprobarán para tales efectos, y el cual, fue sometido al examen previo de legalidad ante la Contraloría General de la República, siendo tomado de razón con fecha 29 de septiembre de 2021, y publicado en el Diario Oficial el 13 de octubre de 2021.

Por tanto, el decreto supremo N° 23, de 27 de julio de 2021, del Ministerio de Minería tiene su origen en el texto expreso del artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República. Ello, por cuanto tratándose de la suscripción de contratos especiales de operación, para explorar, explotar y beneficiarse de sustancias minerales inconcesibles, antes de su firma y

perfeccionamiento, se deben fijar, con antelación, los requisitos y condiciones que regularán su ejecución.

Además, cabe tener presente que la total tramitación del decreto supremo, por sí sola, no trae aparejada la suscripción de los contratos, sino que éstos serán el resultado de un procedimiento licitatorio de cuotas de extracción de litio, al cual personas jurídicas, chilenas y/o extranjeras, o consorcios en el que participen personas jurídicas podrán postular, ser evaluados y, eventualmente, adjudicados, para suscribir un CEOL con el Estado de Chile. En efecto, el artículo único del decreto supremo N° 23, de 2021, del Ministerio de Minería, dispone que **quienes celebren los CEOL con el Estado de Chile, serán aquellos contratistas que se adjudiquen la licitación pública.**

5. Licitación Pública Nacional e Internacional para suscripción de CEOL

Una vez que se encontró totalmente tramitado el decreto supremo N° 23, de 2021, el Ministerio de Minería, autorizó el llamado y aprobó las bases de la licitación pública, nacional e internacional para suscribir CEOL para explorar, explotar y beneficiarse de yacimientos de litio. En consecuencia, las bases se pusieron a disposición de los interesados, en la página web del Ministerio de Minería, en el link <https://www.minmineria.cl/litio/> encontrándose disponible además la información pública del proceso licitatorio. En particular, resulta relevante señalar las fechas de sus diversas etapas: 13 de octubre de 2021, fecha de inicio de compra de bases; el 12 de noviembre de 2021, la fecha de término de compra de bases; el 18 de noviembre de 2021, el cierre del periodo de consultas; el 25 de noviembre de 2021, la publicación de las respuestas; el 17 de diciembre de 2021, el cierre del periodo de recepción de ofertas; y el 14 de enero de 2022, la publicación de los resultados.

6. De los Contratos Especiales de Operación de Litio (CEOL)

Como resultado de un proceso de licitación pública – que aún se encuentra en desarrollo-, se podrá suscribir un CEOL entre el o los contratistas que se adjudiquen la licitación y el Estado de Chile, representado por el Ministerio de Minería. Tal como señala el artículo 2° del referido decreto supremo N° 23, el objeto de cada CEOL será la exploración, explotación y beneficio de una cuota de ochenta mil, o dos cuotas, por un total de ciento sesenta mil toneladas de litio metálico comercializable, **en cualquier área del territorio nacional**, siendo cada cuota controlada y medida en términos de los productos de litio metálico comercializable que produzca el contratista, una vez que dichos acuerdos entren en régimen.

Al respecto cabe tener presente que el decreto supremo N° 23, de 2021 no especifica el lugar en el que se realizará la **exploración, explotación y beneficio de litio ni establece áreas geográficas previamente determinadas**. Esto será parte de lo que determine el contratista una vez que desarrolle el proyecto en particular, y obtenga todos los permisos sectoriales para dicho efecto.

De hecho, cada contratista, que haya sido adjudicado en el proceso licitatorio hoy en curso, con una o dos cuotas, deberá asumir los riesgos y someter sus proyectos de inversión a las instancias reguladoras respectivas. Este aspecto es establecido en el párrafo tercero del artículo 2° del decreto supremo N° 23, de 2021, que dispone que, *“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.”*



Además, el decreto supremo N° 23, de 2021, establece en su artículo 15 que, *“Previo a la suscripción de la escritura pública que contenga el Contrato, se deberá contar con el informe favorable del consejo de la Comisión Chilena del Cobre.”* Lo anterior, refuerza el hecho de que la sola dictación del citado acto administrativo, no implica la autorización para ejercer y llevar a cabo un proyecto minero de exploración, explotación y beneficio de litio específico, sino que, el mismo **deberá contar con el título que lo habilitará a poder beneficiarse de una sustancia mineral inconcesible, debiendo el proyecto someterse a las consultas y trámites que sean exigibles a este tipo de iniciativas de inversión, las cuales podrán variar, dependiendo del lugar en donde finalmente se emplace cada proyecto minero.** En otras palabras, es posible apreciar que, los CEOL que puedan suscribirse, están sujetos a diversas exigencias, tales como, que existan postulantes u oferentes al proceso licitatorio, que sus ofertas sean admisibles, que exista una adjudicación, que se suscriba cada CEOL, debiendo contar para ello, con una autorización previa otorgada por el consejo de la Comisión Chilena del Cobre (COCHILCO), que posee atribuciones en esta materia.

En este orden de argumentación, una vez adjudicada la exploración, explotación y beneficio de cuotas de litio metálico comercializable y suscritos los CEOL con cada contratista, según corresponda, tales acuerdos y sus respectivos antecedentes, deberán ser enviados al control previo de legalidad, conforme lo dispuesto en el numeral 14.2 de la Resolución N° 7, de 2019, de la Contraloría General de la República. Una vez que éste sea tomado de razón, el contratista deberá ingresar el proyecto minero al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, donde deberá tramitar, además de la Resolución de Calificación Ambiental (“RCA”), diversos permisos ambientales sectoriales (“PAS”), dependiendo de la ubicación y efectos que pudiese generar el proyecto. Así, por ejemplo, el permiso para ejecutar labores mineras en lugares declarados parques nacionales, reservas nacionales o monumentos naturales, establecido en el artículo 121 del decreto supremo N° 40, de 2012, del Ministerio del Medio Ambiente que aprueba el reglamento del sistema de evaluación de impacto ambiental, o el permiso para ejecutar labores mineras en sitios donde se han alumbrado aguas subterráneas en terrenos particulares, o en aquellos lugares cuya explotación pueda afectar un caudal o la calidad natural del agua, conforme al artículo 125 del citado decreto supremo N° 40, del Ministerio Medio Ambiente.

De hecho, el artículo 14 del decreto supremo N° 23, de 2021, regula las futuras causales de término del CEOL, siendo una de ellas, la señalada en la letra h) *“Por la revocación definitiva y sin ulterior recurso de la Resolución de Calificación Ambiental del Proyecto Minero.”* Esta causal deja de manifiesto, que cada oferente que haya postulado al proceso licitatorio, deberá obtener la respectiva RCA, sometiendo el proyecto al sistema de evaluación de impacto ambiental, donde necesariamente se deberán llevar a cabo los procesos de participación ciudadana, y de consulta indígena, si el proyecto se emplaza en un área geográfica que pueda generar impactos significativos en comunidades indígenas.

7. Consulta Indígena

En cuanto al marco normativo que regula el procedimiento de consulta indígena, en primer lugar, debe tenerse presente lo dispuesto en el artículo 6 N° 1, letra a) del decreto supremo N° 236, de 2008, del Ministerio de Relaciones Exteriores, que promulga el Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de la Organización Internacional del Trabajo (**“el Convenio”**), que dispone que, al aplicar las disposiciones de dicho 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”.

Se puede apreciar que, la exigencia de consulta indígena, prevista en el Convenio, hace alusión a la adopción por parte de los gobiernos de medidas legislativas o administrativas, susceptibles de afectarles directamente, idea que también recoge el artículo 7° del decreto supremo N° 66, de 2014, del Ministerio de Desarrollo Social, que aprueba el reglamento sobre procedimiento de consulta indígena. El inciso tercero de ese artículo señala:

“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 discrecionalidad que los habilite para llegar a acuerdos u obtener el consentimiento 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”.

Desde ya se puede concluir que, el decreto supremo N° 23, de 2021, del Ministerio de Minería, no reviste las características normativas señaladas previamente, toda vez que, como se ha planteado, dicho acto administrativo lo que dispuso es, fijar los requisitos y condiciones que futuros interesados deban cumplir, con el objeto de explorar, explotar y beneficiarse de una o dos cuotas de litio, sin señalar un territorio determinado. Es decir, las labores descritas, se materializarán en el evento de que existan oferentes que hayan sido evaluados y adjudicados en el proceso licitatorio, que se cuente con el informe favorable de COCHILCO, que se suscriba el correspondiente CEOL, que sea sometido al trámite de toma de razón, y luego, que se ingrese al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, en donde, respecto de cada proyecto minero en particular, se deberá acreditar el cumplimiento de las exigencias establecidas en la legislación ambiental vigente, y asimismo, de las obligaciones para hacerse cargo de los potenciales impactos en comunidades indígenas, realizando las consultas previas que sean necesarias.

A mayor abundamiento, el citado decreto supremo N° 66, dispone en el artículo 8°, las medidas para calificar proyectos o actividades que ingresen al sistema de evaluación de impacto ambiental, correspondiendo a lo siguiente:

“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.

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.

Para la realización de los procesos de consulta que se realicen en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, la autoridad ambiental podrá solicitar la asistencia técnica de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, en los términos señalados en el artículo 14 de este reglamento.”

Por su parte, dentro del catálogo de proyectos o actividades que son susceptibles de causar un impacto ambiental, y que deben someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, descritos en el artículo 10 de la ley N° 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente, se encuentran en la letra i) los *“Proyectos de desarrollo minero, incluidos los de carbón, petróleo y gas comprendiendo las prospecciones, explotaciones, plantas procesadoras y disposición de residuos y estériles, así como la extracción industrial de áridos, turba o greda.”*

Dentro del presente análisis, es necesario considerar, además, el artículo 85 del decreto supremo N° 40, de 2012, del Ministerio del Medio Ambiente, que aprueba el reglamento del sistema de evaluación de impacto ambiental, toda vez que, regula el proceso de consulta a pueblos indígenas en determinados casos. En la medida que se afecte directamente a uno o más grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, se deberá efectuar y desarrollar un proceso de consulta a dichos pueblos, y, deberán participar aquellos pueblos que sean afectados de manera exclusiva, con la ejecución del proyecto o actividad determinada.

Se puede señalar entonces que, un proyecto de desarrollo minero, debe someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), y, a su vez, cuando su ejecución implique reasentamientos humanos, se encuentre localizado en o próximo a poblaciones, recursos o áreas protegidas, o, sea susceptible de alterar el patrimonio cultural, conforme lo disponen los artículos 7, 8 y 10 del citado decreto supremo N° 40, deberá llevarse a cabo por el Servicio de Evaluación Ambiental, un proceso de consulta indígena.

Por lo tanto, desde ya se puede concluir que, con la total tramitación del decreto supremo N° 23, de 2021, del Ministerio de Minería, **no se ha otorgado una autorización para desarrollar un proyecto minero en ninguna zona o área geográfica específica del territorio nacional, que debiera implicar haber efectuado de manera previa, un procedimiento de consulta indígena.**

A mayor abundamiento, el artículo 2 del citado decreto supremo N° 66, dispone que la consulta es un deber de los órganos de la administración 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 (...).”* Queda de manifiesto que, por la naturaleza de los requisitos y exigencias descritos en el decreto supremo N° 23, de 2021, del Ministerio de Minería, luego de un proceso de licitación pública, actualmente en trámite, los posibles adjudicatarios podrán suscribir los CEOL, por una o dos cuotas de litio, sin que dichas labores de exploración, explotación o

beneficio de la sustancia mineral inconcesible, esté actualmente radicada en una área geográfica predeterminada, como pretende establecer la Asociación de Consejo de Pueblos Atacameños.

La jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema de Justicia ha señalado que, los procedimientos de consultas indígenas deben efectuarse *"(...) 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."*¹

La Excma. Corte Suprema, en su fallo hace la distinción del elemento geográfico, para determinar la eventual afectación directa, al señalar que, *"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"*². Sostiene la Corte además que, *"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."*³

Se vuelve a apreciar que, constituye un elemento de la esencia de la obligatoriedad de la consulta indígena, el hecho de que el proyecto o actividad, afecte directamente a pueblos indígenas, siendo un primer elemento a considerar, el de índole geográfico, y, un segundo elemento, si en el área en cuestión, existen asentamientos humanos indígenas o tierras indígenas o áreas indígenas, que se pudieran ver afectadas con la realización de un proyecto o actividad en particular.

En este aspecto, de las exigencias y requisitos que se han establecido en el acto recurrido, no existe ninguno de los dos elementos antes mencionados, dado que, el objeto de los futuros CEOL, están asociados a la exploración, explotación y beneficios de litio, bajo una modalidad de cuotas, pero en ningún caso dice relación a territorios previamente definidos, y en ese sentido, la eventual vulneración de áreas o territorios indígenas o de sus habitantes no es posible de determinar actualmente y corresponderá a un análisis posterior dentro de la institucionalidad ambiental, considerando la naturaleza de los proyectos de inversión mineros, objeto de cada CEOL.

Lo anterior, no obsta a que, los futuros contratistas del Estado, deban someter sus respectivos proyectos mineros al sistema de evaluación de impacto ambiental, una vez que el proceso licitatorio haya concluido y se hayan celebrado los respectivos CEOL, frente a lo cual los contratistas deberán evaluar, conforme a la legislación vigente, si procede o no, efectuar consultas indígenas, si aquellos poseen alguna de las características descritas en los artículos 7, 8 y 10 del citado decreto supremo N° 40.

¹ Considerando séptimo, fallo Excma. Corte Suprema, Rol N° 28195-2018 (págs. 37 y 38)

² Considerando séptimo, fallo Excma. Corte Suprema, Rol N° 28195-2018 (pág. 40)

³ Ibid.



A mayor abundamiento, no es posible entender que pueda existir una afectación directa de la recurrente, considerando que la adjudicación de cuotas de litio, no están asociadas a un terreno específico de manera preestablecida. Así, al citarse el dictamen N° 25667, de 2019, de la Contraloría General de la República⁴, se pretende hacer presente que, la consulta indígena es procedente en el área de desarrollo indígena Atacama La Grande, toda vez que, lo que manifestó el ente contralor, es la exigencia de la consulta, debido a la solicitud de **autorización para ocupar terrenos fiscales claramente definidos**, en el marco de solicitudes de constitución de derechos de aguas subterráneas en la comuna de San Pedro de Atacama. Así queda de manifiesto en el citado dictamen, a saber:

*“Ahora bien, de acuerdo con los antecedentes tenidos a la vista y a lo informado por las reparticiones ya aludidas, cabe advertir que **los sectores solicitados por las recurrentes se encuentran en un área territorial que ha sido demandada por comunidades atacameñas, encontrándose además tal sector sometido a la protección del Estado para efectos de focalizar acciones destinadas a su desarrollo, al mantener una alta población indígena vinculada estrechamente a su hábitat, teniendo especial relevancia el aprovechamiento racional de los recursos naturales existentes y, en lo que importa, el recurso hídrico habido en la zona, por lo que procede estimar que la solicitud en examen es una medida susceptible de afectar directamente a las comunidades indígenas de ese sector, al referirse a la ocupación del suelo en esa zona, demandada por agrupaciones habidas allí y protegida mediante una ADI, no obstante que además ella pueda ser vinculada de modo posterior con una posible utilización del recurso en cuestión.**”⁵*

Resulta evidente que la jurisprudencia administrativa, ha sido clara en establecer y entender la afectación a pueblos indígenas, que implique efectuar un procedimiento de consulta, cuando medidas administrativas, se ejecuten o alteren los territorios en donde aquellos se emplazan y se desarrollan.

8. De la alegada afectación de derechos fundamentales

De los argumentos vertidos por la recurrente, no es posible apreciar que el decreto supremo N° 23, de 2021, ni la ausencia del procedimiento de consulta indígena del mismo, haya vulnerado sus garantías constitucionales, particularmente, cuando expresa que, “(...) 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.”⁶ Haciendo presente además, que el objeto de cada contrato infringe la garantía consagrada en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República.

Como se ha manifestado en el presente informe, lo que ha efectuado el Ministerio de Minería es fijar, de conformidad a lo establecido en la Constitución Política de la República, por medio del citado decreto supremo N° 23, los requisitos y condiciones que deberá cumplir cada CEOL, para la exploración, explotación y beneficio de yacimientos de litio que el Estado de Chile suscribirá. Así, el decreto supremo N° 23, fija los requisitos y condiciones que deberá cumplir cada CEOL, debiendo entender por requisitos, a aquellas exigencias o circunstancias que se deben

⁴ Recurso de Protección Comunidad Indígena Atacameña Camar, pág. 6.

⁵ Lo destacado es nuestro.

⁶ Recurso de Protección Comunidad Indígena Atacameña Camar, pág.13.



cumplir, siendo la más relevante, que dichas actividades no serán entregadas de forma directa a un contratista, sino que, aquél será seleccionado o adjudicado, bajo un proceso de licitación pública, cuyo objeto principal será ejercer tales actividades en relación al litio, en cualquier área del territorio nacional.

Por su parte, en cuanto a las condiciones, entendiendo por tales, los derechos y obligaciones que se fijan en el decreto supremo N° 23, tanto para el Estado de Chile como para el contratista, debemos destacar aquella relativa a obtener todas las autorizaciones sectoriales o ambientales que fueren necesarios para poder llevar a cabo el objeto de cada CEOL.

Así las cosas, cabe mencionar que, un proyecto minero de estas características, asociadas a la cantidad de toneladas de mineral a extraer en el futuro, deberá, conforme a la normativa citada de la ley N° 19.300, ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental para poder acreditar, bajo las exigencias y mecanismos establecidos por el ordenamiento jurídico, que cada proyecto minero que se desee implementar, dada la suscripción de un CEOL, deberá cumplir con la legislación ambiental, y eventualmente, se hará cargo de todos los impactos significativos que se generen desde el punto de vista medioambiental, en el sector en que el contratista decida llevar a cabo el respectivo proyecto minero.

Tales proyectos mineros, además de ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, deberán presentar estudios de impacto ambiental (EIA), en el caso que generen algunos de los efectos descritos en el artículo 11 de la ley N° 19.300; y, además, deberán proceder a realizar la consulta indígena, si el proyecto minero genera impactos significativos respecto de los pueblos indígenas, conforme lo establecido en los artículos 7, 8 y 10 del citado decreto supremo N° 66, del Ministerio de Desarrollo Social, relacionado con la susceptibilidad de afectación directa, conforme al artículo 6 número 1 del Convenio 169 de la OIT, y para ello, se llevarán a cabo cada una de las etapas que actualmente se disponen para dicho procedimiento.

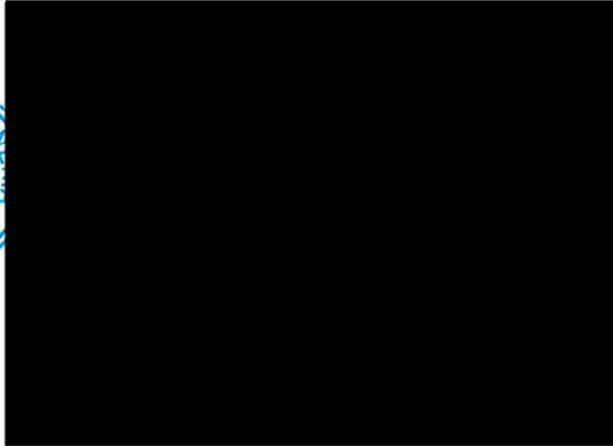
Por lo tanto, no existe arbitrariedad o ilegalidad en el actuar del Ministerio de Minería, ni se ha vulnerado el derecho de igualdad ante la ley, como lo plantea la recurrente, sino que por el contrario, la tramitación del decreto supremo N° 23, de 2021, ha cumplido con las exigencias que el ordenamiento jurídico establece, ya que se han fijado las condiciones y requisitos que deberán cumplir cada uno de los futuros contratistas de CEOL, los que serán adjudicados, luego de concluir la licitación pública que se lleva al efecto, para explorar, explotar y beneficiarse de una cuota de litio, que se traduce un mínimo de 80 mil toneladas de litio comercializable y un máximo de 160 mil toneladas de mineral, para cada seleccionado, siendo, además, sometido con éxito al control previo de juridicidad ante la Contraloría General de la República.

En base a todos los argumentos vertidos en el presente informe, se reitera que el decreto supremo N° 23, de 2021, no es un acto ilegal ni arbitrario, sino que fija los requisitos y condiciones para que futuros contratistas, bajo el ordenamiento jurídico vigente a dicha época, puedan explorar, explotar y beneficiarse de una cantidad limitada de litio, sin estar asociadas tales actividades, a un lugar geográfico predestinado; y, fruto de un proceso abierto de selección de contratistas, se suscribirán los acuerdos denominados CEOL, los que, además, como un requisito de validez, deberán ser sometidos al control previo de legalidad de la Contraloría General de la República.



Finalmente, se remite el presente informe, para que sea considerando en la vista de la causa Rol 11.174-2021, ante vuestra US ltma.

Se despide atentamente,



MLB/rfg

