

Legal |
Opinión | Artículo 1 de 1

Desarrollo, minería y pueblos indígenas: la necesidad de consultar las concesiones mineras

"...En momentos en que discute una cuestión tan relevante como la Estrategia Nacional del Litio, la participación de los pueblos indígenas en los inicios de un proyecto minero a través de procesos consultivos no solo es un imperativo jurídico, sino un elemento indispensable para impulsar no solo el desarrollo indígena, sino también el nacional..."

Lunes, 10 de julio de 2023 a las 13:36



A⁻ A⁺ Imprimir Enviar

Cristóbal Carmona

En los últimos meses, a propósito de la Estrategia Nacional del Litio (ENL), han surgido una serie de debates en torno al nivel y tipo de participación que las comunidades indígenas debiesen tener en su explotación. Aunque el derecho a consulta del Convenio N° 169 de la OIT (Convenio N° 169 o C169) ha sido objeto de estas discusiones, un punto que suele ser omitido en ellas tiene que ver con el *momento* en que debe ejecutarse la consulta cuando se trata de proyectos mineros. El esquema regulatorio chileno, en aplicación del art. 6 N°1 (a) del convenio, tiende a concentrar la consulta de estos proyectos durante la evaluación ambiental. El problema es que, al hacerlo, ignora la existencia de una regla específica del convenio que mandata la consulta en etapas previas de la tramitación de los proyectos, como el otorgamiento de concesiones mineras.

En efecto, de acuerdo al art. 15 N° 2 del C169, cuando se trata de recursos minerales de titularidad estatal —como sucede en Chile (art. 19 N° 24, inc. 6° CPR)—, “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”. Esta consulta a nivel de concesiones mineras es importante no solo por su orientación precautoria —i.e., el visibilizar si habrá o no afectación—, sino que lo es también porque permite concretar el derecho de estos pueblos a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo y a controlar, en la medida de lo posible, su propio

desarrollo económico, social y cultural (art. 7 N° 1, C169).

Un pueblo o comunidad indígena puede autónomamente decidir si oponerse a un proyecto extractivo o buscar formas de participación o asociación con dicha industria; pero, para efectuarlo informada y libremente, es necesario que puedan participar desde las etapas iniciales del proyecto y no cuando este se les presenta como un *fait accompli*. De aquí, entonces, la importancia de la consulta a nivel de concesiones. No obstante, a ya casi 15 años de la ratificación del convenio por parte del Estado chileno, las concesiones mineras, sean de exploración o explotación, siguen sin ser consultadas. En este orden de ideas, una sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta dictada en abril de este año (Rol N° 228-2023, 11.04.2023), que fuera recientemente confirmada por la Corte Suprema (Rol N° 64.940-2023, 12/06/2023), reproduce esta lógica y sus errores.

El recurso fue interpuesto por la Comunidad Indígena Atacameña de Socaire (Comunidad) contra tres particulares que habían efectuado una serie de solicitudes de concesiones mineras de exploración o "pedimentos" en territorios ancestrales de la comunidad. Esta última circunstancia, indicaba el recurso, habría amagado las posibilidades de que se abriera un Proceso de Consulta con los Pueblos Indígenas (PCPI) en el marco de los procedimientos judiciales de constitución de las concesiones mineras. Por lo anterior, la comunidad solicitaba a la corte la suspensión de la tramitación de los pedimentos, siendo necesario, además, "dar apertura a un proceso de Consulta Indígena, en cada uno de los procedimientos judiciales" (C. 1°). El 11 de abril, la Corte de Apelaciones de Antofagasta rechazó el recurso. El fallo fue confirmado, sin declaración, por la Corte Suprema. La razón principal esgrimida por el tribunal de Antofagasta para no dar lugar a la acción de protección era, en el fondo, correcta. La consulta, notó, es una obligación estatal; en consecuencia, que la comunidad hubiese dirigido la acción contra particulares, que "no tienen ni están obligados al trámite de consulta indígena", era, en su opinión, "hecho (...) suficiente para rechazar el presente recurso" (C. 11°).

Hasta ahí la decisión era la correcta. El problema es que la Corte de Antofagasta no se detuvo en este punto. Estimó, en cambio, que era importante entrar a determinar si las medidas objeto del recurso —i.e., las concesiones de exploración minera— eran, en definitiva, consultables. La conclusión a la que llegó la corte fue negativa, en base a dos razones. La primera, que las concesiones mineras no tenían el carácter de una "medida administrativa" que pudiese ser consultada. Al respecto, el tribunal recuerda en su fallo que, entre otras cosas, el Reglamento General de Consulta (D.S. N° 66/2013) se aplica "a los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa" (art. 4) y requiere que las medidas administrativas consultables sean de "naturaleza no reglada" (art. 7). Por lo mismo, teniendo en cuenta que las concesiones mineras son otorgadas en un "procedimiento reglado establecido en el Código de Minería y seguido ante los tribunales de justicia", llega a la conclusión de que no se trata de "medidas administrativas" (C. 13°).

El segundo argumento, en tanto, se refiere a los procesos de consulta que se realizan en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA). Para el tribunal, "cualquier explotación de minerales requerirá un estudio de impacto ambiental, que necesariamente debe incluir un proceso de consulta indígena, incluyendo sin lugar a las dudas (sic) las comunidades de el o los sectores afectados con el proyecto. Por ende, será ante la autoridad ambiental que la recurrente tendrá que hacer valer sus derechos y alegaciones que estime pertinentes" (C. 14°).

Los dos argumentos utilizados por la Corte de Apelaciones para justificar la falta de consulta a las

concesiones mineras no son nuevos¹; sin embargo, ambos son jurídicamente erróneos. Comencemos analizando la primera razón argüida. El art. 6 N°1 (a) del C169, valga reiterarlo, requiere la consulta frente a “medidas administrativas y legislativas” susceptibles de afectar directamente a los pueblos interesados. La corte señalaba que, al emanar de los tribunales de justicia, las concesiones mineras de exploración no podían ser entendidas como “medidas administrativas” y, por tanto, no debían ser consultadas.

Esta argumentación es incorrecta en dos dimensiones distintas. Es incorrecta, primero, porque el otorgamiento de concesiones mineras es una “una actividad administrativa que el constituyente le encarga a los tribunales de justicia”²; es decir, se trataría “funcionalmente de un acto administrativo que ha surgido orgánicamente en sede judicial”³. Si esto es así, entonces parece plausible decir que las concesiones mineras sí pueden ser comprendidas dentro del concepto de “medida administrativa” y deben ser, en consecuencia, consultadas⁴. Pero, adicionalmente, se debe tener en cuenta que la norma aplicable al caso de las concesiones mineras no es el art. 6 N°1 (a) —como hace el tribunal—, sino el ya referido art. 15 N°2 del convenio. Esta disposición, por establecer una norma de consulta particular frente a la exploración y explotación de recursos minerales, funciona como *lex specialis* frente a la regla general del art. 6. Esto es relevante por cuanto, a diferencia del art. 6, el art. 15 N° 2 no efectúa una distinción formal de las medidas consultables en base a su naturaleza, sino que se centra en su función: estas deben ser capaces de “autorizar” la exploración o explotación de recursos. Dado que el concesionario minero tiene, entre otros derechos, el de “explorar y explotar libremente las minas sobre las cuales recae su concesión y a realizar todas las acciones que conduzcan a esos objetivos” (art. 11, LOCCM), entonces las concesiones serían subsumibles dentro del supuesto de hecho del art. 15 N°2, debiendo ser, en consecuencia, consultadas⁵.

La segunda razón expresada por la Corte de Apelaciones era que “cualquier explotación de minerales requerirá un estudio de impacto ambiental, que necesariamente debe incluir un proceso de consulta indígena”. Así planteado, este argumento es erróneo en distintos niveles. La corte habla de “explotación de minerales”, con ello excluye la consulta de las actividades de exploración o prospección minera, contraviniendo expresamente al art. 15 N° 2; pero, todavía más, la afirmación de que “cualquier explotación de minerales requerirá un estudio de impacto ambiental, que necesariamente debe incluir un proceso de consulta indígena”, es sencillamente falsa.

De partida, solo deben ingresar a evaluación los “proyectos de desarrollo minero” sobre 5.000 ton/mes (art. 3(i) (1), RSEIA); segundo, no todo proyecto de explotación minera “requerirá” de un Estudio de Impacto Ambiental (EIA), sino solo aquellos que generen algunos de los efectos, características o circunstancias del art. 11 de la Ley N° 19.300 —los EIA, se sabe, corresponden a alrededor del 6% de los proyectos que se someten a evaluación ambiental—; tercero, incluso dentro de los proyectos de desarrollo minero que ingresen como EIA, en estos solo se abrirá un PCPI cuando el Servicio de Evaluación Ambiental determine que se produce respecto de los grupos indígenas una “afectación directa” (e.g., Res. Ex. N° 202204101112, 19.08.2022, “Proyecto Adaptación Operacional”). Al respecto, no es trivial que, en base a este criterio restrictivo de afectación, en 10 años solo se hayan abierto 22 PCPI en proyectos mineros⁶. En suma, un argumento de este tipo ignora una amplia gama de afectaciones que generan las actividades mineras que exceden, temporalmente y materialmente, los marcos de un PCPI en el SEIA.

Visto lo anterior, parece evidente que las sentencias de la Corte de Antofagasta y la Corte Suprema carecen de asidero jurídico para justificar la omisión de consulta a las concesiones mineras. Con todo, más

allá de la infracción a la obligación convencional que esto supone, la ausencia de consulta a nivel concesional minero es relevante por una razón fundamental: en concreto, porque priva a los pueblos y comunidades indígenas de un instrumento esencial para que puedan tomar una decisión previa, libre e informada respecto del tipo de desarrollo que quieren seguir y cómo este puede resistir, co-existir o asociarse a aquel definido por la sociedad en general.

En momentos en que discute una cuestión tan relevante como la ENL, la participación de los pueblos indígenas en los inicios de un proyecto minero a través de procesos consultivos no solo es un imperativo jurídico, sino un elemento indispensable para impulsar no solo el desarrollo indígena, sino también el nacional.

** Cristóbal Carmona Caldera es profesor e investigador del Programa de Derecho y Política Ambiental y del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.*

¹ Sobre el primero, ver, por ejemplo, Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol Nº 1091-2014, 23.04.2015, C. 5º; y Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol Civil Nº 91- 2017, 12.12.2017, C. 6º; respecto al segundo, ver Corte Suprema, Rol Nº 25.142-2018, 22.04.2019, C. 8º y 9º.

² Corte Suprema, Rol Nº 6.628-15, 4.05.2016, sentencia de reemplazo, C. 1º.

³ Vergara Blanco, Alejandro, *Sistema de Derecho Minero*, Santiago, Thomson Reuters, 2013. p. 264. Énfasis original.

⁴ Para un argumento en este sentido, ver Salmona, Francisco, "Consulta indígena de concesiones mineras. Comentario de jurisprudencia", *Revista de Derecho Administrativo Económico*, Nº 33, 2021, p. 292.

⁵ Ver Carmona Caldera, Cristóbal, "Minería en territorio indígena: Analizando la ausencia de consulta en el otorgamiento de concesiones mineras en Chile", *Revista de Derecho* (PUCV), LV, 2020, pp. 157-193.

⁶ Los proyectos con PCPI en proceso y finalizados se pueden revisar [aquí](#).

0 Comentarios

 **Emilia Edwards** ▼



Sé el primero en comentar...



Comparte

Mejores Más nuevos Más antiguos

Sé el primero en comentar.

Suscríbete

Política de Privacidad

No vendan mis datos

EL MERCURIO

