

Análisis Jurisprudencial del Convenio 169 y la Vulneración de las Garantías Constitucionales

Ximena Insunza Corvalán¹

I. INTRODUCCIÓN

Desde su adopción en el seno de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1989, el Convenio número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (en adelante Convenio 169) ha sido objeto de situaciones peculiares en nuestro país y que dicen relación tanto con el tiempo que hubo que esperar para su ratificación en el Congreso Nacional (17 años)² así como también con las dos sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional³ y el impacto que su aplicación jurisprudencial ha traído aparejado.

Siendo todos ellos aspectos sumamente relevantes, este artículo sólo tiene por finalidad analizar la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema, desde la entrada en vigencia de este Convenio, en el ámbito de la acción cautelar denominada “recurso de protección” y que ha acogido tales recursos invocando para ello lo dispuesto en el Convenio 169.

217

Para situarnos en el ámbito temporal, cabe precisar que el acto aprobatorio del Congreso Nacional necesario para la ratificación de este tratado internacional se produjo el 4 de marzo de 2008. Posteriormente, este instrumento fue enviado a control preventivo de constitucionalidad al Tribunal Constitucional, órgano que dictó su sentencia el día 3 de abril de 2008. Más adelante, el Gobierno de Chile depositó el instrumento de

1 Abogada, Universidad de Chile, LLM McGill University (Canadá) Investigadora del Centro de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

2 Boletín 233-10. Inició su trámite legislativo el 8 de Enero de 1991, finalizándolo el 5 de Marzo de 2008. En consecuencia, su tramitación duró 17 años.

3 Sentencias del Tribunal Constitucional Rol 309, 2000 y Rol 1050, 2008.

ratificación el 15 de septiembre de 2008 y el Decreto Supremo 236, que lo contiene, fue publicado en el Diario Oficial el 14 de octubre de 2008. Sin perjuicio de lo anterior y dado que el propio texto del tratado regulaba la fecha de entrada vigencia para doce meses después, contados desde la fecha en que fue registrada su ratificación, este nuevo instrumento de derecho internacional de los derechos humanos sólo entró en vigencia en nuestro país el día 15 de septiembre de 2009.

Habiendo transcurrido más de tres años desde esa fecha, aún no existe abundante jurisprudencia de la Excelentísima Corte Suprema dando aplicación a este instrumento internacional. Sin embargo y a pesar del exiguo número de sentencias, los efectos y consecuencias en materias tan diversas como lo ambiental, lo penal, religioso y forestal, las convierten necesariamente en objeto de estudio.

En términos generales podemos señalar que las sentencias⁴ relacionadas con el Convenio 169, en su mayoría, han involucrado dos temáticas que concitan gran interés en la ciudadanía: las tramitaciones de las evaluaciones ambientales de proyectos de inversión y el conflicto de la Araucanía. Cabe resaltar que algunos de estos fallos dictados por la Corte Suprema han otorgado un alcance completamente distinto al Convenio 169 que aquel que les había atribuido el tribunal *ad quo*, procediendo por lo tanto, a revocar las sentencias de primera instancia.

218

Es precisamente el análisis más detallado de las sentencias que acogen los recursos de protección el que nos permite resaltar la trascendencia que ellas tienen en las distintas materias así como comprobar que el elemento indígena es transversal y deberá ser considerado seriamente por los diversos actores del país. No cabe duda en cuanto a que es en el ámbito ambiental donde se han producido las mayores controversias en relación al Convenio 169, y que es en este ámbito donde la evolución de la jurisprudencia resulta más significativa. A pesar de que lo anterior reviste gran interés, creemos que también ocurre lo propio si consideramos que la Corte Suprema ha estimado vulneradas *distintas* garantías constitucionales, incluso frente a hechos de igual naturaleza y significación. Dado lo anterior, utilizaremos la

4 Nos referimos al universo compuesto por las sentencias dictadas a propósito de recursos de protección (tanto acogidos como desechados), recursos de amparos, recursos de casación u otros, en los que el Convenio 169 haya sido invocado por las partes o en el razonamiento de los sentenciadores.

perspectiva de las *distintas* garantías constitucionales que la Corte Suprema ha considerado vulneradas para efectuar el análisis jurisprudencial.

Analizando el universo de sentencias dictadas hasta esta fecha que acogen recursos de protección, invocando para ello lo dispuesto en el Convenio 169 y considerando las garantías constitucionales vulneradas, es posible establecer cinco categorías: a) Artículo 19 N°1 “Derecho a la vida”; b) Artículo 19 N°2 “Igualdad ante la ley”; c) Artículo 19 N°6 “Libertad de culto”; d) Artículo 19 N°8 “Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación” y e) Artículo 19 N° 24 “Derecho de propiedad”.

A continuación procederemos al análisis de cada una de ellas:

II. ARTÍCULO 19 N° 1 “DERECHO A LA VIDA”

En relación a esta garantía, es preciso señalar que existe un único fallo que acoge un recurso de protección por vulneración a este derecho⁵. A diferencia de los otros casos, esta sentencia no fue objeto de apelación, correspondiendo analizar, por lo tanto, el fallo dictado por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción y que acoge parcialmente el recurso de protección⁶.

La recurrente, Comunidad Indígena Chilcoco, fundó su recurso en el hecho que las medidas que se debían adoptar para evitar daños, con motivo del terremoto del año 2010, no fueron consultadas con las comunidades y en el daño provocado por la tala ilegal de árboles en el monumento nacional (categoría de Monumento Histórico) denominado Cerro Colo Colo. Todo lo anterior, a juicio de la solicitante de amparo constitucional mediante ese recurso de protección, vulneraba una serie de garantías, entre las que destacaba el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de los comuneros.

La sentencia, al igual que otras que analizaremos más adelante, aborda, en

5 Corte de Apelaciones de Concepción, “Presidente Comunidad Indígena Chilcoco y Otro contra I. Municipalidad de Arauco y Consejo Municipal”, Rol 289-2010.

6 Esta sentencia acoge parcialmente el recurso de protección, rechazándolo respecto al concejo municipal de Arauco. La Corte de Apelaciones funda su decisión en que a dicho concejo no le correspondía decisión alguna en relación a la cuestión debatida por cuanto la administración de los bienes municipales y nacionales de uso público de la comuna le corresponde al Alcalde.

primer término, la existencia de un lugar con significancia para la comunidad indígena, en este caso la cultura mapuche. Luego, tiene por acreditados los actos que pueden producir la afectación, los que en este caso tienen relación con la alteración de diferentes monumentos indígenas y la falta de consulta de dichas medidas a las comunidades. Posteriormente, resalta la fuente normativa, el Convenio 169, que lo habilita para interpretar la vulneración de la garantía constitucional desde una perspectiva más amplia y flexible. Expresión de lo anterior es lo consignado en el considerando Séptimo de la sentencia:

*“Que el Convenio N° 169, de la Organización Internacional del Trabajo, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, fue ratificado por Chile el año 2008 y se encuentra vigente como ley de la República. En su artículo 13 dispone que al **aplicar sus disposiciones los gobiernos deben respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras y territorios que ocupan o utilizan de alguna otra manera.** El artículo 6 del mismo Convenio exige a los gobiernos, al aplicar sus disposiciones, **consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y, en particular, a través de instituciones representativas cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.**”⁷ (Énfasis agregado)*

220

Adicionalmente la sentencia establece que el reproche está fundado en la “falta de consulta a los pueblos indígenas, no obstante la certeza de la importancia que el lugar representa para su cultura y que amerita el máximo respeto a sus tradiciones y sentir propio de las mismas”.⁸ Lo significativo, en este caso, es que la Corte de Apelaciones de Concepción encuadra todos estos elementos en la vulneración de la garantía prevista en el número 1 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, esto es el derecho a la vida, análisis que queda plasmado en el considerando Duodécimo:

“Que es indudable que el proceder de la recurrida, I. Municipalidad de Arauco, ha vulnerado el derecho a la integridad síquica de los recurrentes,

7 Vid Rol 289-2010 Considerando Séptimo.

8 Vid Rol 289-2010 Considerando Décimo.

por cuanto no cabe duda que la intervención y destrucción de su patrimonio cultural conduce a una sensación de falta de respeto a su identidad social, a sus costumbres y tradiciones, así como a la conservación de las características propias de su etnia, produciendo naturalmente desazón y gran preocupación, que llevan a concluir que se ha conculcado la garantía constitucional consagrada en el artículo 19 N° 1, de la Constitución Política de la República.⁹ (Énfasis agregado)

Hacemos presente que más adelante analizaremos dos fallos cuyos hechos son, en alguna medida, análogos, pero en los que el tema de la consulta no está presente. Las vulneraciones establecidas en dichos casos son relacionadas con la afectación de la garantía constitucional de libertad de culto y con el derecho de los ciudadanos a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y no, como en este caso, con el derecho a la vida.

III. ARTÍCULO 19 N° 2 “IGUALDAD ANTE LA LEY”

El primer caso que analizaremos tiene la singularidad de tratarse de un instrumento de planificación territorial y no de un proyecto de inversión de una actividad productiva. Se trata de la modificación del Plan Regulador de la Comuna de San Pedro de Atacama¹⁰, el que ingresó a evaluación al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental a través de una Declaración de Impacto Ambiental. El fundamento del recurso de protección interpuesto por la Asociación Indígena Consejo de los Pueblos Atacameños y Comunidad Atacameña Toconao fue que la Resolución de Calificación Ambiental de la Comisión Regional del Medio Ambiente que aprobó la modificación del Plan regulador aludido era arbitraria e ilegal puesto que la vía de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental de dicho Plan Regulador fue una Declaración de Impacto Ambiental y no un Estudio de Impacto Ambiental, situación que impidió (dado que las primeras no la preveían¹¹) la realización de un proceso de participación ciudadana, que además debía cumplir con los estándares del Convenio 169 y orientarse a

9 Vid Rol 289-2010 Considerando Duodécimo.

10 Corte Suprema, “Asociación Indígena Consejo De Pueblos Atacameños Contra Comisión Regional Del Medio Ambiente Región Antofagasta”, Rol 258-2011.

11 La Ley 20.417, publicada en el Diario Oficial de 26 de enero de 2010 y que modificó la Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, introdujo un nuevo artículo, 30 Bis, el que permite que las Direcciones Regionales o el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, según corresponda, decreten un proceso de participación ciudadana en el caso de las Declaraciones de Impacto Ambiental si se reúnen una serie de requisitos.

las finalidades que ese instrumento internacional persigue.¹²

En relación al razonamiento de la sentencia, es preciso resaltar varios aspectos que configuran la vulneración a la garantía de “igualdad ante la ley” consagrada en el N° 2 del artículo 19 de la Constitución Política de la República. En primer lugar, se destacó que el propio instrumento de planificación territorial señalaba que una de las justificaciones de su actualización era la “necesidad de conservar los modos de vida existentes”¹³. En segundo lugar, se explica en la sentencia que el objetivo primordial de la modificación era “el desarrollo sustentable de esa localidad y la preservación de la cultura indígena allí existente”¹⁴ y que pese a ello no se llevó a cabo “el proceso de consulta que previene el numeral 1° del artículo 6 del Convenio N°169 de la OIT”¹⁵. Enseguida, la sentencia entrega ciertos criterios para entender el contenido y objetivo de la consulta, señalando que “desplegar información no constituye un acto de consulta a los afectados, pues éstos, en ese escenario, no tienen posibilidades reales de influir en la nueva planificación territorial del lugar donde están localizados, cuya gestación, en la especie, habría tenido en miras la protección de los derechos de esos pueblos y garantizar el respeto de su integridad”¹⁶

222

Respecto a la vulneración de la garantía constitucional, esto es, la igualdad ante ley, es esencial enfatizar lo dispuesto en la segunda parte del considerando Octavo y en el considerando Noveno del fallo, cuyo contenido es más tarde repetido en otras sentencias:

“(...) En otras palabras, es posible constatar que se ha optado para la elaboración de un instrumento de planificación territorial que atañe a

12 El Convenio 169 dispone en su artículo 6 letra a) lo siguiente: “1. 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;” Asimismo, en su artículo 7 se establece que “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.”. Estas son las dos normas, generalmente, invocadas en los recursos de protección para acreditar que no se ha dado cumplimiento al deber de consulta y participación previsto en este instrumento internacional.

13 Vid Rol 258-2011 Considerando Sexto.

14 Vid Rol 258-2011 Considerando Séptimo.

15 Vid Rol 258-2011 Considerando Séptimo.

16 Vid Rol 258-2011 Considerando Octavo.

*toda una cultura indígena, sin atender a elementos de análisis propios de la realidad por la que se reclama, como son su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones y sus instituciones;*¹⁷ (Énfasis agregado).

*“Que tal proceder deviene en que **la Resolución de Calificación Ambiental impugnada, incumple la obligación de fundamentación de los actos administrativos**, porque no es fruto de un claro proceso de consulta en el que se hayan tenido en cuenta las aspiraciones y formas de vidas de las comunidades originarias interesadas;”* (Énfasis agregado)¹⁸.

En consecuencia, el no haber efectuado la consulta, incumpliendo el mandato contenido en el Convenio, conllevó una falta de la autoridad administrativa pues omitió un trámite esencial para la fundamentación del acto administrativo y negó con eso la igualdad ante la ley concebida desde la perspectiva de “igualar para los efectos de resolver”.¹⁹

El segundo caso cuyo estudio es primordial para entender la dimensión de la vulneración de la garantía “igualdad ante la ley” es el denominado “Parque Eólico Chiloé”.²⁰ En este caso, la recurrente, Comunidad *Antu Lafquen de Huentetiquerecuen* fundamentó su recurso en idénticos términos a aquellos en que lo hizo la comunidad recurrente del caso anterior, es decir, que el hecho arbitrario e ilegal era la dictación de la Resolución de Calificación Ambiental de un proyecto de inversión que ingresó al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental por medio de una Declaración de Impacto Ambiental y no por un Estudio de Impacto Ambiental. Asimismo, se argumentó que se había faltado al deber de consulta a los pueblos indígenas que contempla el Convenio 169.

223

El análisis de la Corte Suprema aborda, en primer término, las vías de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, estableciendo que la propia Declaración de Impacto Ambiental “da cuenta de la existencia de 18 sitios arqueológicos en el área de influencia directa del proyecto”²¹,

17 Vid Rol 258-2011 Considerando Octavo.

18 Vid Rol 258-2011 Considerando Noveno.

19 Vid Rol 258-2011 Considerando Noveno.

20 Corte Suprema, “Comunidad Indígena Antu Lafquen De Huentetique Contra Comisión Regional Del Medio Ambiente Región”, Rol 10090-2011.

21 Vid Rol 10090-2011 Considerando Séptimo.

hechos que debieron, a juicio de la Corte Suprema, ser tomados en cuenta a la luz de lo dispuesto en la letra f) del artículo 11 de la Ley 19.300, sometiendo el proyecto a evaluación ambiental mediante un Estudio de Impacto Ambiental. De hecho, la Corte Suprema expresa claramente que de haberse efectuado un Estudio de Impacto Ambiental se podría haber dado “cumplimiento al proceso de consulta que previene el numeral 1° del artículo 6 del Convenio N° 169 de la OIT, cuyo artículo 4° dispone la obligatoriedad de las consultas y la participación de organizaciones representativas que permita llegar a entendimiento mediante un diálogo que ha de tenerse de buena fe con el propósito claro de arribar a acuerdos”.²² El fallo, al igual que el anteriormente analizado, se refiere al contenido de la precitada consulta, estableciendo que, “desplegar información no constituye un acto de consulta a los afectados, pues éstos, en ese escenario, no tienen posibilidades reales de influir en la implementación, ubicación y desarrollo del proyecto, con el objeto de brindar la protección de sus derechos y garantizar el respeto en su integridad”.²³

En relación a la garantía vulnerada, cabe destacar que es la propia Corte Suprema la que, luego de referirse al contenido y el objetivo de la consulta, señala que la no realización de la misma produce una afectación que deriva de la falta de un trámite esencial para la dictación del acto administrativo:

224

*“Que tal proceder deviene en que la Resolución de Calificación Ambiental impugnada, **incumple la obligación de fundamentación de los actos administrativos, porque no es fruto de un claro proceso de consulta en el que se hayan tenido en cuenta las opiniones respecto de la utilización de las tierras indígenas de las comunidades originarias interesadas.***

*Tal carencia torna ilegal la decisión al faltar a un deber de consulta que correspondía **acatar la autoridad por imperativo legal, proceder que lesiona la garantía de igualdad ante la ley, porque al no aplicarse la consulta que el Convenio dispone, niega trato de iguales a dichas comunidades indígenas.**”²⁴ (Énfasis agregado)*

22 Vid Rol 10090-2011 Considerando Séptimo.

23 Vid Rol 10090-2011 Considerando Octavo.

24 Vid Rol 10090-2011 Considerando Noveno.

El tercer fallo que analizaremos, en el que se acogió un recurso de protección por vulneración a la garantía prevista en el artículo 19 N° 2 tiene relación con el proyecto “*Sondajes de Prospección Paguanta*”.²⁵ Los recurrentes²⁶, comuneros de la Quebrada de Tarapacá, argumentaron que la Resolución de Calificación Ambiental otorgada era arbitraria e ilegal, dado que se pronunciaba favorablemente respecto de un proyecto de inversión que ingresó al Sistema de Evaluación Ambiental mediante una Declaración y no un Estudio de Impacto Ambiental. Se sustenta la ilegalidad y arbitrariedad en el hecho que el proyecto generaría los efectos contemplados en el artículo 11 letra d) de la Ley 19.300. Al igual que el caso anterior, también se alega la ilegalidad del acto pues no se cumplió con el deber de consulta a los pueblos indígenas que contempla el Convenio 169 de la OIT. Resulta fundamental hacer presente respecto a este caso que existe un elemento adicional que es tenido en cuenta por la Corte Suprema: la existencia de un Área de Desarrollo Indígena y la presencia de la Comunidad Indígena Aymara de Cultane. Estas circunstancias fueron hechas presentes y destacadas por la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI) en la tramitación del proceso de evaluación ambiental. Adicionalmente, esta sentencia pone de manifiesto que los criterios para dar por satisfecho el deber de consulta son más altos que aquellos tenidos en consideración por la autoridad administrativa y el titular del proyecto, “las (instancias) empleadas en este procedimiento de evaluación consistieron en informar a los vecinos acerca de la descripción del proyecto, el estado del mismo y lo que se pretende desarrollar a futuro, todo lo cual no constituye un acto de consulta a los afectados, pues éstos, en ese escenario, no tienen posibilidades reales de influir en la gestación y forma de desarrollo del mismo, en consideración a la necesidad de protección de los derechos de esos pueblos y garantizar el respeto de su integridad.”²⁷

Nuevamente es esta carencia de consulta la que posibilita acoger el recurso de protección. La Corte Suprema sentencia que existe vulneración a la garantía de “igualdad ante la ley”, toda vez que no se dio cumplimiento a un elemento esencial de este tipo de procedimiento administrativo, lo que

25 Corte Suprema, “Marcelo Condore Vilca Consejero Territorial Alto Tarapacá y Otros contra Directora Servicio de Evaluación Ambiental”, Rol 11040-2009.

26 Marcelo Condore Vilca, Consejero Territorial Alto Tarapacá, quien actúa por sí y en representación de los comuneros de la Quebrada de Tarapacá.

27 Vid Rol 10040-2011 Considerando Noveno.

fue recogido en el considerando décimo de la sentencia:

*“Que tal proceder deviene en que la Resolución de Calificación Ambiental impugnada, **incumple la obligación de fundamentación de los actos administrativos, porque no es fruto de un claro proceso de consulta en el que se hayan tenido en cuenta las aspiraciones y formas de vidas de las comunidades originarias interesadas. Tal carencia torna ilegal la decisión al faltar a un deber de consulta que debía acatar la autoridad por imperativo legal, lo que lesiona la garantía de igualdad ante la ley, porque al no aplicarse la consulta que el Convenio dispone, niega trato de iguales a dichas comunidades indígenas.**”²⁸ (Énfasis agregado)*

En definitiva, estos tres fallos se encargan de establecer que tanto un proyecto de desarrollo económico como un Instrumento de Planificación Territorial deberán ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental a través de un Estudio de Impacto Ambiental cuando esté presente el elemento indígena en cualquiera de sus diversas formas y se produzca una afectación. Asimismo, estos fallos establecen que la participación indígena en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental debe tener los estándares establecidos en el Convenio 169. En efecto, cualquier privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos de las comunidades indígenas convertirá al acto administrativo en un acto carente de fundamentación, pudiendo solicitar, por medio de un recurso de protección, a los Tribunales de Justicia que se restablezca el imperio del derecho en virtud de lo dispuesto en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, que en este caso en particular significa tratar desigualmente para igualar.²⁹

226

Un último fallo que analizaremos en este grupo dice relación con un recurso de protección que se acogió en razón de la vulneración de dos garantías constitucionales, la primera es el derecho de igualdad ante la ley y la segunda es el derecho de propiedad³⁰. En lo que respecta a la primera

28 Vid Rol 10040-2011 Considerando Décimo.

29 Ver sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 1050-2008 Considerando Decimo Quinto.

30 Corte Suprema, “Comunidad Agrícola Los Huasco Altinos con Comisión de Evaluación III Región De Atacama”, Rol 2211-2012.

garantía se advierte en la sentencia que la transgresión se configuró por las diferencias arbitrarias –derivadas del distinto tratamiento –que se establecieron en el Estudio de Impacto Ambiental respecto de integrantes de la comunidad y que ninguna autoridad está facultada a hacer (cuestión que habría ocurrido al dictarse la Resolución de Calificación Ambiental). El considerando Undécimo de la sentencia del Tribunal ad quo, confirmada por la Excelentísima Corte Suprema, así lo consigna:

*“El Estudio de Impacto Ambiental que destaca que los ingresos de estas personas no constituye lo esencial sino también el aspecto cultural en cuanto organiza la vida familiar y las actividades centrales en el proceso de formación de recursos para la economía familiar, constituyen antecedentes que este estudio debió considerar específicamente para la entrega de terrenos, generación de sector de pastoreo, habilitaciones de sectores en condiciones de pastoreo invernal **que reconozca la existencia de los mismos y no en forma genérica como lo hizo, desconociendo a los integrantes de estas comunidades de hecho, en consecuencia, incluir sólo tres familias y una persona natural y prescindir específicamente del resto de estas personas que tienen la calidad de indígena comprobada, constituye una ilegalidad que está protegida en la Constitución Política de la República que garantiza la igualdad ante la ley, la no existencia de grupos privilegiados sin que autoridad alguna pueda establecer estas diferencias arbitrarias entre tres familias de crianceros y una persona natural, respecto de todos los integrantes de la comunidad agrícola que acreditaron poseer la calidad de indígenas y que ya fueron enumerados (...)**”³¹*
(Énfasis agregado)

227

Un elemento distintivo de este fallo y que ha causado bastante revuelo es el hecho de que se trata de un Estudio de Impacto Ambiental, en el que pese a haberse llevado a cabo un procedimiento de participación ciudadana, éste no resultó suficiente a ojos de los Tribunales de Justicia, para garantizar un trato igualitario de los participantes.

31 Corte de Apelaciones de Antofagasta, “Comunidad Agrícola Los Huasco Altinos con Comisión de Evaluación III Región De Atacama”, Rol 618-2011, Considerando Undécimo.

IV. ARTÍCULO 19 N°6 “LIBERTAD DE CULTO”

La tercera garantía que analizaremos es la contenida en el artículo 19 N°6 de nuestra carta fundamental. Si bien la sentencia del tribunal *ad quo*, fue posteriormente revocada luego de una apelación presentada ante la Excelentísima Corte Suprema,³² este fallo es significativo pues los hechos son prácticamente idénticos tanto al primer caso estudiado en este artículo como al que analizaremos en el siguiente acápite a propósito de la garantía consagrada en el artículo 19 N° 8. Si bien todos estos recursos fueron acogidos, al menos en alguna instancia, los razonamientos de la Corte, en todos los casos, fueron distintos.

Se trata de una tala de árboles milenarios que constituyen el cordón de protección y parte esencial del *Ngen Mapu Quintuante*, “espíritu que es parte de la cosmovisión religiosa de la comunidad Mapuche-Williche”.³³ Los recurrentes, entre los cuales encontramos una *machi* y un *lonko*, alegan que el acto es ilegal y arbitrario pues impide el normal desenvolvimiento de las expresiones religiosas y espirituales de los mapuches, lo que implica la vulneración de su derecho de manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público.

228

En el desarrollo de la sentencia, la Corte de Apelaciones de Valdivia da por establecida la existencia de un lugar de significancia religiosa, “la etnia Mapuche Williche, tiene sus propias manifestaciones religiosas, y describiendo el complejo religioso y ceremonial *Ngen Mapu Quintuante*, expresan que se ubica en el territorio *Maihue-Carimallin* (...) Y que cada año en la época estival, y desde tiempos ancestrales los *lepuntufe* (autoridad ancestral mapuche encargada de dirigir el *Lepun*) y *nguillatufe* (Autoridad tradicional encargada de dirigir el *Nguillatun*) de las comunidades de *Maihue*. (...) Ambos espíritus son protectores y viven en este *renu* (morada de los espíritus sagrados), donde está el *nguillatun* ancestral (antiguo lugar donde se realizaban las rogativas locales), el *tun* (cementerio indígena), el *trayenco* (cascada cascabel) y el *menoco* (pantano existente en el lugar en

32 Corte de Apelaciones de Valdivia, “Millaray Huichalaf Pradines Y Otros Contra Juan H. Ortiz Ortiz”, Rol 501-2011 (Ingreso Corte Suprema Rol 3863-2012).

33 Vid Rol 501-2011 Pág.1.

que se extraen las plantas medicinales)".³⁴

Debe destacarse que dicha significancia fue refrendada por la CONADI, organismo que en su informe indica textualmente "que la casa del *Kintuante* es un sitio de significación cultural mapuche, entendiéndose por tal los lugares o sitios ambientales de relevancia ritual o ceremonial (sagrado, público o reservado) y que en la cultura mapuche se reconocen entre otros los siguientes sitios de significación cultural: *Guillatuwe –lepuwe* (espacio físico donde se realiza el ceremonial del *Guillatun* o *Lepun*), *Eltun-Pu Elun* (cementerio familiar), *Rewe* (símbolo territorial y sagrado), *Witxunko* (estero), y otros."³⁵

Una vez establecida fehacientemente la existencia e importancia del lugar, la Corte de Apelaciones de Valdivia analiza y tiene por acreditada la acción misma que importa la afectación, esto es, la tala de bosque nativo sin previo plan de manejo aprobado por la Corporación Nacional Forestal (CONAF). Posteriormente, la Corte le da contenido a la garantía de libertad de culto en relación a las comunidades indígenas, para lo cual profundiza en el Convenio 169 y su aplicación en otros países, señalando:

*"Que por su parte, el artículo 4 del Convenio señala que deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, la cultura y el medio ambiente de los pueblos interesados; en su artículo 5, señala que al aplicarlas disposiciones del Convenio, **letra a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales propios de dichos pueblos; en su artículo 13 establece que los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para la cultura y los valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con la tierra o su territorio.**"*³⁶ (Énfasis agregado)

*"Que útil es consignar además, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Comunidad Sawhoyamaxa contra el Estado de Paraguay, señala que **la cultura de los pueblos indígenas corresponde***

34 Vid Rol 501-2011 Considerando Noveno.

35 Vid Rol 501-2011 Considerando Décimo.

36 Vid Rol 501-2011 Considerando Décimo Tercero.

a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus tierras tradicionales y recursos naturales, no solo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además, porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y por ende su identidad cultural.³⁷ (Énfasis agregado)

En definitiva, la Corte de Apelaciones de Valdivia utilizó tres elementos para dar por sentada la vulneración, estos son: la existencia de un lugar sagrado (*Ngen Mapu Quintuante*), el corte ilegal de árboles (no hay plan de manejo) y la normativa (Convenio 169) que incorpora la cosmovisión de la comunidad mapuche, todos estos necesarios para configurar el atentado a la garantía de libertad de culto y otorgar, por ende, la debida protección.

Posteriormente la Excelentísima Corte Suprema revocó la analizada sentencia de la Corte de Apelaciones, negando la calidad de indígena de los terrenos, por haberse efectuado la ocupación no justificada del predio del recurrente, recurriendo a la autotutela:³⁸

“Noveno: Que en el caso concreto habrá de establecerse que los terrenos sobre los que se requiere acceso ilimitado no han sido calificados como indígenas. En efecto, tratándose de un concepto jurídico con contenido antropológico, el artículo 12 de la Ley N° 19.253 ha previsto requisitos jurídicos y de hecho que deben concurrir copulativamente para otorgar la calidad de tierra indígena a un determinado territorio. Así, el mencionado precepto dispone que son tierras indígenas aquellas que las personas o comunidades indígenas actualmente ocupan en propiedad o posesión proveniente de ciertos títulos mencionados en la ley.

Décimo: Que en este contexto la denominada “ocupación pacífica” que han desarrollado del predio de Juan Heriberto Ortíz Ortíz los recurrentes no encuentra reconocimiento en el ordenamiento jurídico nacional e internacional, pues no existe norma alguna en los mismos que habilite a conjunto alguno de personas para por si mismos alterar y vulnerar

37 Vid Rol 501-2011 Considerando Décimo Cuarto.

38 Ingreso Corte Suprema Rol 3863-2012. La sentencia de la Excelentísima Corte Suprema fue dictada con fecha 21 de Septiembre de 2012.

derechos pre constituidos, pues aceptar ello es validar la autotutela, medio de resolución de conflictos relevantes jurídicamente proscrito en nuestro sistema jurídico procesal.

Undécimo: Que en razón de lo concluido, el acto realizado por los recurrentes consistente en una ocupación del terreno de propiedad del recurrido importa y constituye una acción ilegal de autotutela pues a través de una vía de hecho se altera y lesiona una situación preexistente sin que exista habilitación legal o judicial para ello, debiendo en consecuencia ser calificada como arbitraria y atentatoria de la garantía cautelada en el artículo 19 N° 24° de la Constitución Política de la República. Al respecto cabe consignar que la legislación contempla las acciones y procedimientos adecuados para obtener judicialmente el reconocimiento de tierra indígena del inmueble en cuestión, y mientras ellos no sean ejercidos no resulta lícito proceder como se ha hecho, ello pues el proceso, en tanto exclusión de la autotutela cumple dos objetivos: por un lado la satisfacción de los intereses subjetivos de los involucrados; y por otro, la actuación del derecho objetivo para mantener la observancia de la ley”.

V. ARTÍCULO 19 N° 8 “DERECHO A VIVIR EN UN MEDIO AMBIENTE LIBRE DE CONTAMINACIÓN”

231

El primer fallo relevante para este acápite del artículo es aquel en que se acogió un recurso de protección interpuesto por doña Francisca Linconao Huircapán en contra de la Sociedad Palermo Limitada.³⁹ En esta acción se alegaba la vulneración de la garantía constitucional consagrada en el artículo 19 N° 8 de la Constitución Política de la República basándose para ello en la tala ilegal de bosque nativo y la plantación de arbustos exóticos en su reemplazo, cerca de tres manantiales que constituyen el *Menoko*, lugar que reviste un gran significado cultural para la cultura mapuche. La importancia de éste fue refrendada por la CONADI a través de su informe, el que entre otras cosas señala que “el *Menoko* no debe ser molestado, sino más bien respetado y protegido, además es relevante, porque tiene una

39 Corte Suprema, “Linconao Huircapán Francisca Contra Sociedad Palermo Ltda.”, Rol 7287-2009. Ver voto de prevención Ministros Pierry y Araneda.

directa relación con el rol etno terapéutico del o de la machi, pues de estos lugares obtienen sus *lawen*, que son plantas medicinales que se utilizan en los procesos de sanación”.⁴⁰ En el transcurso del proceso fue acreditado que la tala de árboles efectivamente se había realizado infringiendo el Decreto Ley 701 de 1974 sobre Fomento Forestal.

El fallo dictado por la Corte de Apelaciones de Temuco y que será objeto de análisis fue confirmado por la Corte Suprema⁴¹. Cabe destacar que el razonamiento del tribunal *ad quo* es bastante extenso, pero nos centraremos en aquellos pasajes que resultan vitales para entender cómo se configuró la vulneración al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Al respecto, vale la pena detenerse en el siguiente considerando:

***“Que es claro que de acuerdo a lo que se ha expuesto del significado de los Menokos, el Derecho a Vivir en un medio libre de contaminación para la actora se ha visto afectado, puesto que se vulnera la integridad física y psíquica de esa etnia, se agravia en su naturaleza humana y la calidad de vida y en la protección de sus sistemas de salud, puesto que el Menoko es un lugar, espacio cultural, que no debe ser molestado, sino que siempre protegido. Y lo que pide la machi no es que se acabe la explotación forestal ni el uso de las facultades del derecho de propiedad, sino que el dueño de esa tierra se ciña a la ley forestal. Además, no existiendo en la tradición cultural mapuche plantación de especies exóticas que sustituyan al bosque nativo, como sucede hoy, obviamente que se está afectando su derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación si la incorporación de plantas exóticas está dentro de las distancias para no realizar tala ni corta de bosques señaladas en las leyes forestales citadas.”*⁴² (Énfasis agregado)**

Este considerando es muy interesante en el sentido que le da una amplitud significativa al concepto de medio ambiente. El considerando siguiente pone también de relieve la interpretación amplia de este concepto, invocando no sólo legislación nacional sino también internacional:

40 Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 1773-2008, “Linconao Huircapan Francisca Contra Sociedad Palermo Ltda.,” Pág. 5.

41 Sin embargo, los ministros Pierry y Araneda concurren al mismo, con la prevención de eliminar todos los fundamentos de la sentencia en alzada.

42 Vid Rol 1773-2008 Considerando Décimo Cuarto.

“Que tomando como base el concepto amplio de medio ambiente indicado, el significado de Menoko, de medicina antropológica, de tierra para el mundo indígena relacionado con los valores Dignidad y Libertad y apreciados de acuerdo a la sana crítica, todos los antecedentes acompañados es claro que, como además se aprecia a fs. 49 y 59, en estos momentos (sin perjuicio de otras acciones legales para discutir en forma lata) se ha cometido un acto ilícito (...).”⁴³ (Énfasis agregado)

Sin perjuicio de que los hechos que motivaron este recurso ocurrieron con anterioridad a la entrada en vigencia del convenio, ambas sentencias fueron dictadas con posterioridad. De igual manera, a pesar de que este recurso sólo menciona en su considerando séptimo el Convenio 169 como legislación aplicable en la materia y luego en el considerando 10 señala que el tema de la vigencia (o no) de un tratado internacional no obsta para que éste sea utilizado como elemento interpretativo, es claro que el contenido del fallo está inspirado en los principios rectores del convenio. Basta para ello recordar que, tal como señala el preámbulo del Convenio 169 una de las aspiraciones de los pueblos indígenas es “asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven”⁴⁴. Con todo, es importante señalar que el Ministro Pierry y la Ministro Aravena, estuvieron por eliminar todos los considerandos, menos el primero, dando de esta forma la señal de que la extensión de lo razonado podía no ser compartida por la totalidad de la Tercera Sala de la Corte Suprema.

233

El segundo caso en el cual se acoge un recurso de protección por la vulneración al artículo 19 N° 8 de la Constitución Política de la República es el denominado caso “Los Fiordos”⁴⁵. En este caso el conflicto tenía relación con el deber de consulta previsto en el artículo 6 N°1 del Convenio 169. La alegación del recurrente, el *lonko* de la Comunidad Mapuche *Huilliche Papiukelen*, fue que los trabajos realizados por la Empresa Pesquera Los Fiordos Ltda. que consistían en la construcción de una piscina de piscicultura,

43 Vid Rol 1773-2008 Considerando Décimo Cuarto.

44 Preámbulo Convenio 169.

45 Corte Suprema, “Vera Millaquen Manuel Secundino Contra Emp. Pesquera Los Fiordos Ltda”, Rol 5757-2010.

no sólo afectarían su proyecto de etno-turismo sino que además se emplazarían en tierras que revisten la calidad de indígenas, circunstancia esta última que la Corte tuvo por acreditada. En ese escenario, la discusión jurídica tuvo por objeto determinar si dichas obras complementarias podían ser realizadas por la empresa recurrida bajo el amparo de la Resolución de Calificación Ambiental que regía su actividad, o bien, si la construcción de esta piscina de piscicultura debía ser objeto de una nueva evaluación ambiental. La Corte, en definitiva, estimó procedente el ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental de la ya mencionada piscina, en atención a las siguientes consideraciones:

*“Que en efecto, se trata de una obra de decantación de aguas que escurren desde un predio anexo en que se ha construido una planta industrial que requirió de una Declaración de Impacto Ambiental, que dio origen a la resolución N° 187, de 22 de marzo de 2006, lo que requiere a juicio de estos sentenciadores, de una nueva evaluación de impacto ambiental. Ello conforme el artículo 10 N° 1 de la ley de Bases del Medio Ambiente, que establece como actividades susceptibles de causar impacto ambiental, los trabajos de dragado, defensa o alteración significativa de cursos naturales de aguas (escurrimiento de aguas lluvias hacia un río) alterándose el ecosistema natural. Igualmente ello es necesario conforme lo indica el artículo 2 letra d) del Reglamento (DS95- 2001) que entiende por modificación de proyecto la realización de obras, acciones o medidas que introduzcan obras complementarias al proyecto o actividad que generen nuevos impactos ambientales adversos (...), **sin someter tales trabajos a una evaluación de impacto ambiental previo, constituye de por sí un acto ilegal y arbitrario, vulnerándose la garantía consagrada en el artículo 19 N° 8 de la Constitución Política de la República.**”⁴⁶ (Énfasis agregado)*

234

Este fallo reviste interés, pues la Corte de Apelaciones de Puerto Montt⁴⁷

⁴⁶ Vid Rol 5757 – 2010 Considerando Séptimo.

⁴⁷ Corte de Apelaciones de Puerto Montt, “Vera Millaquen Manuel Secundino Contra Emp. Pesquera Los Fiordos Ltda”, Rol 36-2010.

en sus considerandos noveno y décimo⁴⁸ dio aplicación al Convenio 169, señalando, en síntesis, que sería indispensable hacer efectivo el deber de consulta previsto en dicho instrumento. Si bien ambos considerandos fueron eliminados por la Corte Suprema, debe hacerse notar que el Ministro Sergio Muñoz hace un voto de prevención en el que además de establecer la vulneración a las garantías establecidas en los N° 1 y 8 del artículo 19 de nuestra carta fundamental, concluye acerca de la obligación que existe para el proyecto en cuestión de ingresar vía Estudio de Impacto Ambiental al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.⁴⁹

48 Considerandos Noveno y Décimo Corte de Apelaciones de Puerto Montt, "Vera Millaquen Manuel Secundino Contra Emp. Pesquera Los Fiordos Ltda", Rol 36-2010.

NOVENO: Que en otro orden de ideas, la intervención en cuestión, se ejecuta como se ha dicho en tierra indígena y por ende protegida por la Ley Indígena y el Convenio 169 de la OIT, que éste último se encuentra incorporado y vigente en nuestro sistema con la misma jerarquía de una ley de la República, desde el 15 de septiembre de 2009. Así las cosas, ya sea una declaración o estudio de impacto ambiental, los pueblos indígenas involucrados deben ser consultados, puesto que el Convenio consagra el derecho a la participación. En efecto, una cuestión es el derecho a participación que consagra la Ley de Impacto Ambiental y una cuestión distinta es el derecho a participación que consagra el artículo 6 N° 1 y 2 del Convenio 169, tal derecho, como lo reconoce el Tribunal Constitucional Chileno, es auto ejecutable, esto es, no requiere de otra ley para que pueda invocarse ante los Tribunales, y si bien el mismo Tribunal, le dio el carácter de no vinculante al resultado de la consulta, el hecho es que tal consulta no sólo debe hacerse, sino que además debe ser hecha en forma adecuada a las circunstancias, de buena fe y orientada a alcanzar el consentimiento o acuerdo de los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados por la medida propuesta.

DECIMO: Que a este respecto debe recordarse que si bien los recurrentes son vecinos a la tierra indígena en que se realiza la obra de drenaje y contención de aguas, el concepto de tierras indígenas es hoy, por aplicación del artículo 13 N° 2 del Convenio 169, más amplio que el establecido en los artículos 12 y 13 de la Ley 19.252, y comprende además la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna u otra manera, en este caso en el predio deslindate, de las comunidades recurrentes se ejecutan actividades de "Etnoturismo" y "Fiesta Costumbrista Mapuche". En consecuencia, no sólo podemos considerar el lugar que está siendo intervenido por la empresa como tierra indígena, porque así ha sido reconocido y certificado por la Corporación Nacional de Derecho Indígena, sino porque del mérito de autos aparece que dicho terreno forma parte del hábitat de una comunidad indígena. Al omitirse tal consulta se incurre en una discriminación positiva hacia los recurrentes y se vulnera en consecuencia el derecho a la igualdad ante la ley consagrado en el artículo 19 N° 2, al no haberse dado cumplimiento con tal discriminación positiva hacia los recurrentes, que invocan la igualdad ante las leyes y tratados vigentes que favorece a los miembros de los pueblos indígenas, consagrado en el caso sub lite, en el derecho a la consulta que contempla el artículo 6 N° 1 y 2 y artículo 7 del convenio 169 de la OIT.

49 Corte Suprema 5757-2010, Voto de Prevención Ministro Muñoz.

2º) Que en relación a la aplicación de las normas legales a la situación de hecho, corresponde tener en consideración que la Ley 19.300 en su artículo 26 dispone: "Corresponderá a las Comisiones Regionales y a la Comisión Nacional del Medio Ambiente, según el caso, establecer los mecanismos que aseguren la participación informada de la comunidad organizada en el proceso de calificación de los Estudios de Impacto Ambiental que se les presenten", en el mismo sentido el artículo 6 N° 1 letra a) del Convenio 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, de la Organización Internacional del Trabajo -vigente en Chile desde el 15 de septiembre de 2009, de conformidad con lo que éste dispone en su artículo 38 párrafo 3- establece: "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"; de forma tal que corresponde efectuar la consulta pertinente a las personas que conforman las culturas a las cuales se refieren estas disposiciones.

La conclusión anterior se impone además desde el momento que el artículo 11 letra a) de la Ley 19.300 establece: "Los proyectos o actividades enumerados en el artículo precedente requerirán la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental, si generan o presentan a lo menos uno de los siguientes efectos, características o circunstancias: a) Riesgo para la salud de la población, debido a la cantidad y calidad de efluentes, emisiones o residuos"; puesto que cualquier líquido que no sea de carácter natural y que contenga sustancias químicas o de cualquier otra entidad semejante constituye, ciertamente, peligro para la conservación de la salud de los habitantes del lugar.

Que bajo los supuestos de hecho y la aplicación de las normas legales en referencia, se conculcan las garantías del N° 1 y 8 del artículo 19 de la Constitución, desde que existe amenaza a las mismas.

El tercer caso se presenta a propósito de la “Estación de Transferencia de Residuos Sólidos Lanco-Panguipulli”.⁵⁰ Se solicitó en el recurso de protección que se declarara la ilegalidad del acto administrativo Resolución de Calificación Ambiental, dado que el proyecto sobre el cual recaía la misma, había ingresado al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental por medio de una Declaración de Impacto Ambiental en circunstancias que se producía alguno de los efectos establecidos en el artículo 11 de la Ley 19.300. Asimismo, se alegó que dada la intrínseca relación que existe entre las comunidades indígenas y su medio ambiente, no se realizó el procedimiento de consulta a las comunidades indígenas de acuerdo a lo consignado en los artículos 6 N° 1 literal a) N° 2 y 7.1 del Convenio 169, obligación que debió haber cumplido la Comisión Regional del Medio Ambiente (COREMA). En este fallo, la Corte Suprema analiza las vías de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, para luego calificar el riesgo que conlleva una Estación de Transferencia, señalando que un proyecto “de esa naturaleza desde luego genera riesgo para la salud de la población aledaña”,⁵¹ por lo que se debió haber efectuado un Estudio de Impacto Ambiental. Posteriormente, el considerando tercero da cuenta de que en caso de haber utilizado ese mecanismo de ingreso para su evaluación, entonces se hubiese producido la participación ciudadana allí prevista, “contemplando además los estándares del Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales”.⁵²

236

La vulneración a la garantía a vivir en un medio ambiente libre de contaminación está expresamente detallada en el considerando cuarto:

*“Que, en consecuencia, al dictar la recurrida la resolución N° 041 por la que calificó favorablemente la Declaración de Impacto Ambiental respecto del proyecto “Estación de Transferencia de Residuos Sólidos Lanco-Panguipulli”, **pese a que éste requería de un Estudio de Impacto Ambiental para su aprobación de acuerdo a la Ley 19.300, y por ende era necesaria la consulta de acuerdo a los términos de la Ley 19.300 y el Convenio 169, incurrió en una actuación ilegal afectando***

50 Corte Suprema, “Faumelisa Manquepillan con Comisión del Medio Ambiente”, Rol 6062-2010.

51 Vid Rol 6062-2010 Considerando Segundo.

52 Vid Rol 6062-2010 Considerando Tercero.

con ello la garantía consagrada en el artículo 19 N° 8 de la Carta Fundamental.⁵³ (Énfasis agregado)

Dos de estos tres fallos tienen relación con la vía de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y si bien llegan a la misma conclusión que aquellos estudiados a propósito de la garantía establecida en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, el bien jurídico protegido es diferente, en este último caso es la igualdad ante la ley y no el medio ambiente.

Por su parte, en el primer caso analizado en este acápite se amplía la concepción de medio ambiente a fin de poder dar protección a una comunidad que estaba siendo afectada por el actuar ilegal de particulares. A este respecto, es relevante destacar que la Corte Suprema estima que existe un impacto mayor que la simple tala de especies del bosque nativo, tratándose de una alteración de un sitio que reviste la mayor de las trascendencias para esa comunidad indígena. Para alcanzar dicha conclusión, la Corte utilizó una perspectiva antropológica, muchas veces ajena al derecho tradicional. Del mismo modo, en dos casos analizados con anterioridad, tratándose de situaciones análogas, la Corte de Apelaciones de Concepción y Valdivia, respectivamente, utilizaron perspectivas jurídicas distintas, acreditándose la vulneración de otras garantías constitucionales: el derecho a la vida y la libertad de culto. Sin embargo, en todos estos casos, la consecuencia jurídica es mayor a que si ocurriera lo mismo tratándose de ciudadanos de a pie. En el fondo, es el elemento indígena lo determinante para configurar la vulneración a la garantía constitucional.

237

VI. ARTÍCULO 19 N° 24 “DERECHO DE PROPIEDAD”

En relación con esta garantía, corresponde señalar que el único fallo que ha acogido un recurso de protección en razón de la vulneración a la misma, estimó que, a propósito de los mismos hechos, también había existido una afectación de la garantía constitucional de igualdad ante la ley. En razón de esta circunstancia, ya hemos analizado dicho fallo en el acápite referido a esta última garantía constitucional. Se trata del fallo recaído en el recurso

53 Vid Rol 6062-2010 Considerando Cuarto.

de protección interpuesto por la Comunidad Agrícola Los Huasco Altinos en contra de la Comisión de Evaluación III Región de Atacama, más conocido como el proyecto “El Morro”.

Vale la pena rescatar las propias palabras de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, que disponen que existe una “amenaza al derecho de propiedad como consecuencia del desconocimiento de la calidad de indígenas que requieren un tratamiento especial para los aspectos ya señalados en el Estudio de Impacto Ambiental”.⁵⁴ En definitiva, la sentencia se inclina por acoger el recurso de protección pues el Estudio de Impacto Ambiental no proporciona la debida atención a su calidad de indígena en relación con las tierras que ellos poseen, tal como se consigna en el siguiente considerando:

*(...) pero sus integrantes no fueron considerados como indígenas, como tampoco existe en el proyecto, en todo su desarrollo, una audiencia específica en cuanto a sus necesidades, perjuicios que le ocasionarán, planes de mitigación y las indemnizaciones correspondientes, de manera que surge indefectiblemente la ilegalidad que afecta al derecho de propiedad que ostentan estos comuneros respecto de un **vasto terreno de aproximadamente 395.000 hectáreas y que se encuentra inscrito en el Conservador de Bienes Raíces de Vallenar, denominado Estancia Los Huasco Altinos, ocupado por la comunidad integrada por aproximadamente doscientos sesenta comuneros y sus respectivas familias, quienes descienden de las comunidades Diaguitas que desde tiempos precolombinos han habitado el territorio, lo que está reconocido en la legislación nacional según se ha venido razonando, de manera que desconocer su existencia, en términos de sujetos activos para las acciones de mitigación, reasentamiento e indemnizaciones, constituye una ilegalidad que representa una amenaza concreta a su derecho de propiedad (...).**⁵⁵ (Énfasis agregado)*

⁵⁴ Vid Rol 618-2011 Considerando Undécimo.

⁵⁵ Id.

Tal como se mencionó, este es el único fallo que acogiendo un recurso de protección establece la vulneración de dos garantías. Asimismo, su relevancia radica en el rol que tiene la consulta establecida en el Convenio 169 y las acciones de mitigación, reasentamiento e indemnizaciones en relación al concepto de indígenas y tierras indígenas cuando la evaluación de impacto ambiental se da en el marco de un Estudio de Impacto Ambiental y no de una Declaración de Impacto Ambiental.

VII. CONCLUSIONES

Desde el ángulo temporal, es evidente que ha existido una evolución de la jurisprudencia desde la entrada en vigencia del Convenio 169. Esta transformación puede ser explicada por la natural e indispensable necesidad de adecuar la acción de protección constitucional a un nuevo instrumento internacional de derechos humanos.

A la luz de lo analizado, se aprecia que la evolución experimentada en materia de protección de garantías constitucionales tiene lugar cada vez que concurre el elemento indígena y no está restringido a una sola materia ni a una sola garantía constitucional.

Sin embargo, de lo expuesto en este artículo, es posible apuntar que son dos los casos que más se repiten. El primero se relaciona con la presencia de factores de carácter indígena en los proyectos de inversión susceptibles de generar impactos ambientales, y que deben, por lo tanto, ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.⁵⁶ El segundo corresponde a aquellos casos en que la presencia de factores de carácter indígena transforma una acción u omisión ilegal en una vulneración de garantías constitucionales que, de no haber mediado tales factores, habrían permanecido en el campo de la simple ilegalidad y por ende, habrían sido atacables a través de las vías jurídicas ordinarias. Tal es el caso, por ejemplo, de una tala ilegal de bosque nativo que, en el evento de afectar a una comunidad indígena, deviene en la afectación de una garantía constitucional para tal comunidad.

⁵⁶ Salvo el caso referido a la modificación del Plan Regulador de San Pedro de Atacama, dado que de acuerdo a la normativa hoy día vigente, la modificación de un Plan Regulador debiese sometido a Evaluación Ambiental Estratégica conforme al artículo 7 bis de la Ley 19.300.

En relación al primer tipo de casos, es posible recalcar que estas sentencias han dejado atrás la denominada “deferencia judicial” que predominó en materia de recursos de protección asociados a las temáticas ambientales. Cabe recordar que durante años el reconocimiento de las facultades discrecionales de la administración en orden a decidir aquellas materias entregadas por ley a su ámbito de competencia fue un factor decisivo. En efecto, la jurisprudencia tenía en la “deferencia técnica” un argumento de límite a su actuación pues estimaba que, actuando órganos colectivos administrativos bajo la perspectiva de una fundamentación radicada en argumentos técnicos proporcionados por los órganos competentes; la judicatura no resultaba ser ni orgánica ni técnicamente el ente idóneo para abordar pronunciamientos en materias ambientales.

240

Pues bien, en todos los fallos analizados en este artículo y en otros que no dicen relación con la temática indígena, esta posición ha venido experimentando un cambio significativo, siendo de alguna manera abandonada. En efecto, la Corte Suprema la ha obviado y ha entrado de lleno en el ámbito del análisis de la razonabilidad de la fundamentación de las decisiones de la misma, a la luz de argumentos que revelan con claridad una ponderación de elementos técnicos que estiman como evidencia; es el caso, por citar tan sólo un ejemplo, cuando se señala que la existencia de una planta de transferencia conlleva indefectiblemente un riesgo sanitario que debe ser objeto de una evaluación ambiental vía Estudio de Impacto Ambiental⁵⁷. Así, en el evento que el caso sometido a la decisión judicial involucre, además, el factor indígena, constatamos que la jurisprudencia se aparta totalmente de la antigua deferencia judicial, introduciéndose de lleno en la ponderación ya sea del instrumento adecuado para ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, ya sea de todo un proyecto en relación a factores socio-culturales del pueblo o etnia involucrado.

Respecto del segundo tipo de casos, no pocos podrían sostener que los hechos que han originado estos recursos de protección efectivamente contravienen otras normas del ordenamiento jurídico y podrían haber sido, por tanto, conocidos y radicados en otras sedes de lato conocimiento;

57 Vid Rol 6062-2010.

por ejemplo la tala ilegal de bosque nativo podría haber sido perseguida en sede penal de acuerdo a lo dispuesto en el Decreto Ley 701. Pero es justamente en esta área en la que la Corte Suprema y las Cortes de Apelaciones han considerado los factores de carácter indígena de una nueva forma: más innovadora y vanguardista. Sus razonamientos han brindado una protección más integral a las comunidades indígenas, comprendiendo e invocando para ello su propia realidad, tal como lo prescribe el Convenio 169. Es patente, de lo reseñado en este artículo, que la Corte ha ido configurando de una manera distinta las vulneraciones a las garantías constitucionales en el transcurso del tiempo. Lo anterior ocurre debido a la adopción de una interpretación proveniente del espíritu y letra de lo dispuesto en el Convenio 169. La Corte Suprema y las Cortes de Apelaciones han comenzado a brindar un nuevo tipo de protección a las comunidades indígenas.

En definitiva, la jurisprudencia judicial, en el contexto de los fallos en análisis en este trabajo, da cuenta de una nueva comprensión y una mayor valoración del factor indígena. Esta nueva perspectiva sólo puede ser explicada por la incorporación de un instrumento internacional de derechos humanos en la labor hermenéutica de la judicatura. Es evidente que la Corte ha ido configurando de distintas maneras las vulneraciones a las garantías constitucionales en el transcurso del tiempo, utilizando para ello una interpretación más amplia y flexible de ciertos conceptos *esenciales* a la luz de lo dispuesto en el Convenio 169. Pareciera, entonces, que estamos ante un nuevo escenario en el que las garantías constitucionales previstas en nuestra carta fundamental para todos los ciudadanos, están finalmente adquiriendo un carácter distinto para el caso de las comunidades indígenas, lo que permite, en definitiva, sostener, que efectivamente se está avanzando en el cumplimiento del objetivo de proteger a aquellos que han sido despojados de sus derechos por cientos de años, y cuya condición de vulnerabilidad es innegable a la luz de la evidencia.