

Santiago, veintidós de marzo del año dos mil doce.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de sus fundamentos sexto a décimo que se eliminan.

Y se tiene en su lugar y además presente:

Primero: Que el recurso de protección de garantías constitucionales, está consagrado como una acción cautelar, frente a una actuación arbitraria o ilegal que prive, amenace o perturbe alguna de las garantías que el constituyente ha protegido en el artículo 20 de la Carta Política, de tal suerte que al comprobarse los supuestos de la acción, procede brindar la medida que ampare al recurrente en sus derechos.

Segundo: Que el acto que origina la presente acción cautelar es la Resolución Exenta N° 373/2011 de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Los Lagos, que calificó favorablemente el proyecto "Parque Eólico Chiloé". En concepto de la entidad que recurre Comunidad Indígena Antu Lafquen de Huentetique, dicha decisión es ilegal y arbitraria por cuanto el proyecto en cuestión debe ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental por medio de un Estudio de Impacto Ambiental de conformidad al artículo 11 de la Ley N° 19.300, y al no haberse dispuesto así por la referida autoridad, se afectarían las garantías

constitucionales contempladas en los numerales 2 y 21 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Tercero: Que la reclamante sostiene que el proyecto denunciado produce efectos que, según la normativa que regula el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, se deben ponderar, a partir de un Estudio de Impacto Ambiental y no a través de una Declaración de Impacto Ambiental -como aconteció-, puesto que concurren los supuestos contemplados en el citado artículo 11, particularmente los que prevén sus literales d), e) y f).

Argumentan que el proyecto afecta a poblaciones, recursos y áreas protegidas, circunstancias que no se encuentran cuestionadas por la autoridad ambiental, pues es innegable el asentamiento de comunidades indígenas Huilliches en los terrenos que se pretenden intervenir, por tratarse de un área declarada zona o centro de interés turístico nacional, la existencia de monumentos históricos y zonas típicas ubicadas dentro del área de influencia del proyecto.

Cuarto: Que el segundo reproche de ilegalidad se hace consistir en haber faltado al deber de consulta a los pueblos indígenas que contempla el Convenio N° 169 de la OIT, no obstante estar frente a una decisión administrativa que ha certificado que el proyecto evaluado supuestamente cumple con todas las exigencias que impone la normativa

aplicable y que es obligatoria para los demás órganos del Estado con competencia ambiental, los cuales no podrán denegar las autorizaciones sectoriales correspondientes.

Quinto: Que conviene dejar consignado que el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales establece para aquellos grupos con especificidad cultural propia, un mecanismo de participación que les asegura el ejercicio del derecho esencial que la Constitución Política consagra en su artículo primero a todos los integrantes de la comunidad nacional, cual es el de intervenir con igualdad de condiciones en su mayor realización espiritual y material posible.

De ello se sigue que cualquier proceso que pueda afectar alguna realidad de los pueblos originarios, supone que sea llevado a cabo desde esa particularidad y en dirección a ella. Ha de ser así por cuanto las medidas que se adopten deben orientarse a salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, la cultura y el medio ambiente de los pueblos interesados.

Sexto: Que la resolución que califica favorablemente el proyecto en cuestión, en su considerando 5° manifiesta que el proyecto no genera, ni presenta ninguno de los efectos, características o circunstancias que dispone el artículo 11 de la Ley N°19.300, manifestando al respecto

que no se cumple con ninguna de las hipótesis que señala la norma.

Séptimo: Que en contradicción con lo previamente señalado y teniendo en consideración lo dispuesto en la letra f) del artículo 11 de la citada ley, los hallazgos arqueológicos que desde un principio aparecieron de manifiesto en los antecedentes con que contaba el organismo, contenidos en el documento acompañado a la Declaración de Impacto Ambiental denominado "Línea base aspectos culturales y arqueológicos" que da cuenta de la existencia de 18 sitios arqueológicos en el área de influencia directa del proyecto, debieron ser consideradas para someter el referido proyecto a un Estudio de Impacto Ambiental para así dar cumplimiento al proceso de consulta que previene el numeral 1º del artículo 6 del Convenio N°169 de la OIT, cuyo artículo 4º 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.

Octavo: Que las instancias de participación que se aducen en la ADENDA N°2, consistentes en reuniones voluntarias de acercamiento e información con la comunidad respecto de los alcances del proyecto, distan de satisfacer las especiales características que posee la consulta cuya

omisión se reprocha, por cuanto el 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. Es decir, la autoridad administrativa recurrida determina el asentamiento de un proyecto en un lugar donde se encuentran hallazgos arqueológicos de una cultura originaria, prescindiendo de la participación y cooperación de ésta para determinar las mejores medidas que se puedan adoptar para la debida protección del patrimonio histórico cultural.

Se debe considerar, además, lo indicado en el estudio antropológico realizado en mayo de 2011, que se adjunta a la citada ADENDA N°2, donde se reconoce el valor patrimonial y la significación simbólica que las comunidades le otorgan a los sitios arqueológicos identificados, relacionados con sus prácticas ancestrales, identificando la zona de Playa Mar Brava -lugar de asentamiento del proyecto- como territorio Huilliche, destacándose el Puente Quilo como un lugar vinculado a ceremonias rituales fúnebres.

Noveno: 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.

Décimo: Que por lo anteriormente expuesto, esta Corte brindará la cautela requerida, en razón que para la aprobación del proyecto "Parque Eólico Chiloé" era necesario un Estudio de Impacto Ambiental que como tal comprende un procedimiento de participación ciudadana, que deberá ajustarse además a los términos que el Convenio N° 169 contempla, lo cual permitirá asegurar el derecho antes aludido.

Undécimo: Que lo antes expuesto, no se encuentra en contradicción con lo resuelto en los autos Rol N° 10.383-2011, por cuanto difieren los procesos tanto en los comparecientes como en las causas que le sirven de base a las pretensiones sometidas a la decisión de este tribunal.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y en el Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, se revoca la sentencia apelada de once de octubre de dos mil once, escrita a fojas 154 y, en consecuencia, se acoge el recurso de protección presentado en lo principal de fojas 78, declarándose que se deja sin efecto la Resolución Exenta N° 373/2011 de 18 de agosto de 2011 de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Los Lagos, por lo que el proyecto "Parque Eólico Chiloé", deberá someterse a un Estudio de Impacto Ambiental, cuyo procedimiento de participación ciudadana previsto en los artículos 26 a 31 de la Ley N° 19.300 se rija por los estándares del Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo de la Ministro señora Sandoval.

Rol N°10.090-2011.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, Integrada por los Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sr. Pedro Pierry A., Sra. María Eugenia Sandoval G., el Ministro Suplente Sr. Juan Escobar Z. y el Abogado Integrante Sr. Luis Bates H. Santiago, 22 de marzo de 2012.

Autoriza la Ministra de Fe de la Excma. Corte Suprema.

En Santiago, a veintidós de marzo de dos mil doce, notifiqué en Secretaria por el Estado Diario la resolución precedente.

Puerto Montt, once de octubre de dos mil once.

Vistos:

A fojas 78, comparece José Omar Guentelican Maldonado, chileno, casado, abogado, cédula nacional de identidad 5.696.425-8, con domicilio en sector Huentetique, comuna de Ancud, y en su calidad de Presidente de la Comunidad indígena "Antu Lafquen de Huentetique", recurre de protección en contra de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Los Lagos, representada por su Presidente don Juan Sebastián Montes Porcile, ambos domiciliados en San Martín N° 80, comuna de Puerto Montt, para que se declare ilegal y se deje sin efecto Resolución Exenta N° 373/2011 de la Comisión Regional del Medio Ambiente, que calificó favorablemente el proyecto "Parque Eólico Chiloé" y se sustituya el procedimiento de calificación de impacto ambiental, pues dicha decisión es ilegal y arbitraria por cuanto el proyecto en cuestión debe ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental por medio de un Estudio de Impacto Ambiental de conformidad al artículo 11 de la Ley 19.300, y que se proceda conforme a lo dispuesto en el Convenio N° 169 de la OIT, en cuanto al procedimiento de consulta.

Refiere que el proyecto está ubicado a sólo 4 kilómetros de la comunidad que representa y de 400 metros de asentamientos ancestrales, en particular un cementerio indígena y demás descubrimientos que se pueden hacer luego del movimiento de tierras. Agrega que su comunidad es de vocación pesquera y turística, por lo también podría haber repercusiones económicas y sociales a la comunidad, teniendo presente el carácter de la zona que es histórica y turística.

Alega en primer lugar, por tratarse de una zona de influencia indígena, existiendo Santuarios Naturales en un sector costero y humedales adyacentes de Mar Brava, se deben aplicar procedimientos tendientes a cumplir con los compromisos internacionales acordados por el Estado de Chile a través del Convenio 169 de OIT, lo que implica desarrollar una consulta ciudadana, lo que no se hizo en este proceso. En este sentido, la resolución recurrida 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 vida de las comunidades indígenas originarias, lo que torna ilegal la decisión, lesionando 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, puesto que la omisión implica igualar para los efectos de resolver la declaración presentada.

En segundo lugar, alega que atendido las consecuencias del proyecto de parques eólicos, lo que genera una amenaza para la mantención del equilibrio ecológico, fragmentación de hábitat, barrera geográfica y cambios en la cascada trófica, serán algunos de los perjuicios en el ecosistema. En consecuencia, el proyecto produce efectos que según la normativa que regula el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental se debe evaluar a partir de un Estudio de Impacto Ambiental y no a través de una Declaración de Impacto Ambiental, como ocurrió en la especie, por cuanto concurren los supuestos del artículo 11 letras d), e) y f) de la Ley 19.300. Y en tal sentido ha sido confirmado por la autoridad ambiental, al momento de comprender en la Declaración medidas de resguardo a la población y medio ambiente, siendo un reconocimiento expreso de la necesidad de realizar el Estudio de Impacto Ambiental.

Así las cosas, los hechos antes descritos atentan gravemente las garantías constitucionales contempladas en los numerales 2 y 21 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, esto es, igualdad ante la ley y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica.

Concluye pidiendo que se acoja el recurso y en definitiva se deje sin efecto la Resolución Exenta N° 373/3011 del 18 de agosto de 2011, y se someta el proyecto "Parque Eólico Chiloé" a un Estudio de Impacto Ambiental, cuyo procedimiento de participación ciudadana previsto en los artículos 26 a 31 de la Ley 19.300, se rija por los estándares del Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, con condena en costas.

A fojas 90, informa don Jaime Hausdorf Steger, abogado, por la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Los Lagos, solicitando el rechazo del presente recurso por improcedente, con expresa condenación en costas.

Refiere que el proyecto en cuestión fue calificado favorablemente en sesión del 1° de agosto pasado, por la unanimidad de los once integrantes de la Comisión de Evaluación Ambiental, habiéndose presentado el 4 de octubre de 2010 una DIA del Proyecto Parque Eólico Chiloé, de acuerdo al artículo 10, letra c) y 3° letra c) del D.S. 95, en la categoría de Centrales generadoras de energía mayores a 3 MW.

El recurrido describe el proyecto y el lugar de emplazamiento del mismo, (Sector Mar Brava - Bahía de Polocuhue, comuna de Ancud - Chiloé), indicando que éste presenta condiciones adecuadas para utilizar de manera optimizada los vientos existentes y así aprovechar al máximo el potencial eólico de la zona, enclavada en un área rural que no está afectada a instrumento de planificación territorial y describe a continuación las instalaciones con que estará implementado.

Sobre el recurso de protección, sostiene que debe rechazarse, primero por ser improcedente, ya que excede el ámbito propio de esta acción constitucional, primero, porque la Comisión de Evaluación es el órgano de la administración del Estado que posee competencia para el análisis del mérito técnico-científico asociado a materias ambientales; segundo, porque no corresponde que por ejercicio de la acción de protección, se intervenga en competencias que se han determinado como propias de la administración; tercero, porque el Parque Eólico no requiere de un Estudio de Impacto Ambiental al no generar los efectos, características y circunstancia del artículo 11 de la Ley 19.300, y transcribe en ese orden el considerando 5° de la RCA. La recurrida sostiene que la contraria se afirma en juicios de opinión sin fundamento jurídico.

Precisa que en el procedimiento de evaluación se emitieron dos informes Consolidados de Solicitudes de Aclaraciones, Rectificaciones y

Ampliaciones (ICSARA), el primero por Ord 128 de 1° de diciembre de 2010 que reúne las observaciones de los órganos del Estado a la DIA, y el segundo, mediante Ord 366 de 10 de mayo de 2011 que contiene las observaciones formuladas a los Servicios Públicos a la Adenda N° 1. Señala que el 27 de junio de 2011 se elaboró el Acta de Evaluación prevista en el artículo 86, inciso 2° de la Ley 19.200, en tanto que el Informe Consolidado previsto en el artículo 32, el 1° de agosto, debido a que los servicios públicos emitieron respecto del Adenda N° 2 informes definitivos de acuerdo a la DIA, de modo que cumplidas estas actuaciones, la Comisión de Evaluación podía calificar ambientalmente el proyecto.

En cuanto al reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos (artículo 11 letra c), refiere que los reproches del actor al motivo 5° letra c) de la RCA, son sólo formales y omite la alusión a la información consignada en la DIA, informes de los servicios públicos y en las adendas y anexos, omisiones que a juicio de la recurrida evidencian que el verdadero fin de esta acción es que el proyecto no se ejecute porque no están de acuerdo con alguna de sus cualidades. Sostiene que el actor efectúa una serie de prevenciones que constituyen antecedentes relevantes refiriéndose por ejemplo al área que se vería afectada pero sin determinarla, mencionando comunidades que no han sido consideradas pero no explica las razones de por qué deberían serlo. Sostiene que se alude a población de la zona comprendida entre los sectores como Pilluco, Península de Lacuy y Pumillahue, población que el recurrido indica se encuentra fuera de la influencia del proyecto y que por ello no es considerada ni por la DIA ni por los Servicios Públicos. Además, sostiene que se alude en el recurso a más de 100 organizaciones de diverso tipo que podrían eventualmente verse afectados por la alteración de sus modos de vida, y por ello son los órganos a los que el Estado ha dotado de competencia a quienes les corresponde evaluar los posibles efectos ambientales. Refiere que fue así que la I. Municipalidad de Ancud emitió el Ord. 7 de 29 de octubre de 2010 que señala que no se generan o presentan efectos adversos significativos en magnitud o importancia sobre las

dimensiones ambientales, y sólo consigna como observación la de establecer los impactos y medidas de mitigación asociados en los asentamientos humanos del sector, principalmente referidos a su conversión laboral, observación recogida por el primer Icsara y respondida en el Adenda N° 1, indicándose que el proyecto no generará impactos sobre la materia aludida por el municipio, entidad que no reitera dicha observación ni solicita precisiones al Adenda N° 1.

Sobre la posible afectación significativa de sistemas de vida y costumbres de grupos humanos, con población protegida por leyes especiales, se generaron observaciones por la Conadi, que derivaron en la presentación de minutas y de un informe antropológico y de Significación Cultural de 18 sitios arqueológicos en Anexo 5 al Adenda N° 2, y a través de pronunciamiento conforme del proyecto por dicha Corporación, la comisión concluyó que la ejecución del proyecto no generaba reasentamiento de comunidades humanas ni afectación significativa de sistemas de vida y costumbres de grupos humanos.

Sobre la localización próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas, susceptibles de ser afectadas, así como el valor ambiental del territorio que se pretende emplazar (letra d) artículo 11 ley 19.300, se efectúan sólo reproches de orden formal y omite la alusión a la información consignada en la DIA, informes de los servicios públicos y en las adendas y anexos. Refiere que los planteamientos de los actores son jurídicamente imprecisos y transcribe la letra d) del motivo 5° de la RCA, que recae sobre dicha materia. Sostiene que fuera del área de emplazamiento y de influencia del proyecto se encuentran tres comunidades, una a 1 km, que es la más cercana y otras dos a 4 kms, las que no se exponen a ser afectadas, como lo avala la Conadi, información que concuerda con las actas de socialización realizadas en esas comunidades incorporado por la empresa en su anexo n° 5 del Adenda 2, refiere que con el contenido de estos informes, se generó un pronunciamiento final por la Conadi en Ord 265 de 4 de julio de 2011, sin perjuicio de agregar que la aprobación de una DIA no constituye una medida administrativa susceptible de afectar directamente a población indígena, que se ubica fuera del área de influencia.

Respecto a la alteración significativa en términos de magnitud y duración del valor paisajístico o turístico de una zona, efecto previsto en la letra e) del artículo 11 de la Ley 19.300, refiere que este es uno de los aspectos que amerita mayores consideraciones en el caso de la evaluación ambiental de parques eólicos y por ello se acompañó por el titular un documento denominado "Estudios de especialidad, Informe de Paisaje Final" que concluye que "El resultado del análisis de fragilidad y calidad intrínseca arroja clases de conservación compatible con la instalación de este tipo de aerogeneradores, con la única excepción del área cercana al humedal Quilo, que debiera excluirse de cualquier tipo de actividad. El efecto visual potencial de la instalación de las turbinas es de 5% sobre la cuenca visual relativa, valor que es considerado "poco significativo". Refiere que los actores no comparten estos datos sin embargo no plantean la alternativa que consideran pertinente. En relación a ello, la recurrida consigna lo señalado por los Órganos de la Administración, indicando que el Municipio de Ancud sólo solicitó analizar los impactos asociados y medidas de mitigación respecto de la influencia del proyecto sobre el monumento nacional Islotes Puñihuil, las Playas de Mar Brava y Humedal Quilo, indicando al respecto la titular que ha definido áreas de amortiguamiento y franjas de protección en torno a las áreas ambientalmente sensibles detectadas en las etapas de estudio y levantamiento, y en relación a los Islotes Puñihuil, se estableció un distanciamiento de más 3000 metros que permite garantizar que no se producirá efectos de ningún tipo. Por su parte el Sernatur, refiere que puede apreciar que el proyecto está emplazado en un área con valor turístico, que deberá permitir el normal desarrollo de iniciativas turísticas en las zonas aledañas, que actualmente tales actividades están presentes en Islotes de Puñihuil, Humedal de Laguna Quilo, Sitio Arqueológico de Quilo, Sendero de Chile, toda la extensión de playa Mar Brava, hasta Piedra Run. Se indica que el titular deberá aportar con un documento de Programa de Mitigación de Impactos, por posibles efectos adversos que genere el proyecto, y que van más allá del humedal mencionado. Se transcribe cual fue la respuesta a través del Adenda N° 1, que en síntesis señala que el proyecto ha considerado reducir aún más su área de influencia alejándose del Monumento Natural Islotes de Puñihuil a una distancia final de 3000 mts, refiere que durante la etapa de operación, el área efectivamente

intervenida será cercana a las 40 hectáreas, lo que constituye una superficie reducida, y por último, estima que el efecto del proyecto sobre el turismo será positivo porque la experiencia de otros parques eólicos constituyen un potenciamiento de la actividad turística, puesto que tales instalaciones constituyen atractivos turísticos por sí solos.

En ese orden, la Municipalidad se manifestó conforme al proyecto través de Ord. 13 de 15 de abril de este año, y así también Sernatur, mediante Ord. 167 de igual fecha, en razón de lo cual la Comisión de Evaluación concluye fundadamente la no generación de los efectos del artículo 11 letra e) de la Ley 19.300.

Sobre la alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y en general, los pertenecientes al patrimonio cultural, previsto en la letra f) del artículo 11 de la Ley 19.300, sostiene que los actores no consideran nuevamente apropiadas las conclusiones contenidas en la letra f) del motivo 5° de la RCA, no obstante respecto de cada situación analizada, esto es, Monumento natural Islote Puñihuil, sitio Quilo, 18 sitios arqueológicos que constituyen hallazgos, Playa Rosaura, refiere que el expediente contiene la información necesaria, los planteamientos y medidas planteadas por el titular para no afectar tales elementos.

Señala que la consulta prevista en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, es improcedente en el procedimiento de Evaluación del Proyecto "Parque Eólico Chiloé", por cuanto la resolución impugnada no es susceptible de afectar directamente a pueblo indígena alguno, por cuanto de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 6 N° 1 letra a) y 7 N° 1 del Convenio 169, establecen la consulta en el evento que la medida legislativa o administrativa produzca grados de afectación en las comunidades indígenas, teniendo presente que las afectaciones que se alegan son hipotéticas y dependen de causas remotas, que en ningún caso son afectaciones que podrían vincularse directamente a ella, a nivel de causalidad.

Refiere que el acto no agravia las garantías constitucionales que se invocan, y no existiendo tal conculcación, no puede darse lugar al recurso aún cuando pudiera tacharse de ilegal o arbitrario el acto que se impugna. Enseguida, sostiene que no configura alguna de las presuntas ilegalidades ni arbitrariedades alegadas, puesto que su parte, en cumplimiento de un deber público y en el ejercicio de una potestad legalmente atribuida, dictó un acto administrativo terminal con el objeto de concluir un procedimiento administrativo, velando porque el interesado dé cumplimiento a todas las normas y condiciones indispensables para la ejecución de la actividad lo sea con respecto al ejercicio por parte de terceros de los derechos constitucionales que los amparan. Expresa que consta que la RCA se hizo cargo de todos los asuntos que en el procedimiento requirieron especial consideración, que en el caso del Monumento Natural Islotes Puñihuil ubicado a 3 kms del aerogenerador más cercano y respecto del que Conaf y la Subsecretaría de Pesca impusieron estrictas condiciones de operación al proyecto a fin de evitar la afectación del sitio y sus recursos, entre los que se cuentan los pingüinos Humboldt y Magallánicos; se materializaron informes de impacto acústico específicos para evitar la afectación del hábitat de los islotes Puñihuil así como de las actividades de pesca artesanal y manejo de determinadas áreas de manejo de recursos bentónicos. Agrega que también se impusieron múltiples obligaciones al titular para la mantención y conservación de los hallazgos arqueológicos efectuados con motivo de los estudios previos al sitio.

Finalmente, señala que normas específicas de la Ley 19.300 y del DS 95 / 2001, dotan de plena legalidad a la actuación recurrida, en especial, sus artículos 2 letras j) y k), 24, 25, y del segundo, su artículo 34.

Sobre las garantías constitucionales que se indican como vulneradas, en cuanto a los derechos previstos en el artículo 19 N°s 2 y N° 21 de la Carta Fundamental, sostiene que el actor se basa en meras suposiciones, juicios de opinión sin fundamento jurídico, no vislumbrándose cómo su actuar pueda conculcar el ejercicio legítimo de tales derechos, puesto que se actuó en ejercicio de una competencia expresa para dar curso al procedimiento administrativo, en cumplimiento de un deber administrativo, y menos se puede considerar que la dictación de la resolución de calificación ambiental

cause o genere contaminación, ni menos que se encuentre en situación riesgosa o real de vulnerarse.

A fojas 1 y siguientes, la parte recurrente acompaña Copia de Estudio "Observaciones Proyecto Eólico Chiloé"; Copia de Solicitud Espacio Costero y Marítimo de Pueblos Originarios; y Copia Certificado N° 47/05 de la Dirección Regional de la CONADI, Región de Los Lagos.

A fojas 131, la parte recurrida acompaña copia de expediente administrativo "Proyecto Eólico Chiloé"

A fojas 133, encontrándose en estado, se traen los autos en relación.

Con lo relacionado y considerando:

Primero: Que, para analizar el asunto planteado por la presente vía, es oportuno consignar que el Recurso de Protección de garantías constitucionales, establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituye jurídicamente una acción de naturaleza cautelar, destinada a amparar el libre ejercicio de las garantías y derechos preexistentes que en esa misma disposición se enumeran, mediante la adopción de las medidas de resguardo que sean pertinentes ante un acto u omisión arbitrario o ilegal que impida, amague o perturbe ese ejercicio;

Segundo: Que, como se desprende de lo anotado, es requisito indispensable de la acción cautelar de protección, la existencia de un acto u omisión ilegal - esto es, contrario a la ley, según el concepto contenido en el artículo 1° del Código Civil -o arbitrario- producto del mero capricho de quién incurre en él - y que provoque algunas de las situaciones o efectos que se han indicado, afectando a una o más de las garantías -preexistentes- protegidas, consideración que resulta básica para el análisis y la decisión de cualquier recurso como el que se ha interpuesto; el carácter sumario de la acción cautelar, así como el hecho de dejar subsistentes las vías legales respectivas para discutir contenciosamente el asunto, impone - para su éxito - que se trate de actos manifiestamente arbitrarios o ilegales, condiciones que puedan establecerse sumariamente mediante el procedimiento establecido por el Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema que regula la materia.

Tercero: Que, en el caso que nos ocupa, se ha deducido la acción cautelar de protección, contra la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Los Lagos, representada por su Presidente don Juan Sebastián Montes Porcile, para que se declare ilegal y se deje sin efecto Resolución Exenta N° 373/2011 expedida por aquella, que calificó favorablemente el proyecto "Parque Eólico Chiloé", y como consecuencia, se sustituya el procedimiento de calificación de impacto ambiental, por cuanto, según el recurrente, el proyecto en cuestión debe ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental por medio de un Estudio de Impacto Ambiental, de conformidad al artículo 11 de la Ley 19.300, y para que se proceda conforme a lo dispuesto en el Convenio N° 169 de la OIT, en cuanto al procedimiento de consulta.

Cuarto: Que en su informe de fojas 90, el representante de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Los Lagos, solicitó el rechazo del presente recurso, primero por ser improcedente, ya que excede el ámbito propio de esta acción constitucional, pues la Comisión de Evaluación es el órgano competente para analizar situaciones asociadas a materias ambientales; porque el Parque Eólico no requiere de un Estudio de Impacto Ambiental, al no generar los efectos, características y circunstancias que señala el artículo 11 de la Ley 19.300, como se consignó en el considerando 5° de la resolución de calificación ambiental, y aquellos efectos que la recurrente señala son meros juicios de opinión que carecen de fundamento jurídico, y tampoco corresponde el trámite de la consulta a las comunidades, por cuanto la aprobación de una DIA no constituye una medida administrativa susceptible de afectar directamente a población indígena, la que en la especie se ubica fuera del área de influencia del proyecto eólico.

Quinto: Que en apoyo de sus pretensiones, el recurrente acompañó Copia de un documento que contiene "Observaciones Proyecto Eólico Chiloé"; Copia de Solicitud Espacio Costero y Marítimo de Pueblos Originarios; y Copia de Certificado N° 47/05 de la Dirección Regional de la CONADI,

Región de Los Lagos. A su turno, la recurrida acompañó copia de expediente administrativo "Proyecto Eólico Chiloé".

Sexto: Que de los antecedentes aportados por la recurrida, apreciados conforme a las reglas de la sana crítica, fluye en forma indubitada que el procedimiento que culminó en la expedición de la resolución impugnada en estos autos se llevó a efecto de acuerdo a las normas que establece la ley N° 19.300 y el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, basado en el principio de contradictoriedad del artículo 10 de la ley N° 19.880, en virtud del cual, los servicios convocados plantearon dentro de la esfera de su competencia las observaciones y aclaraciones que podría generar el proyecto Parque eólico. De este modo, la Resolución Exenta N° 373/2011 fue expedida por el órgano competente, dentro de la esfera de sus atribuciones, y previo cumplimiento de todas las etapas contempladas en la primera de las leyes mencionadas: De allí que no pueda calificarse ese acto como ilegal, ni menos arbitrario.

Por lo demás, la Resolución precitada no causa agravio ni es susceptible de amenazar derechos esenciales, toda vez que se trata de un acto administrativo de opinión y no representa un acto material de resultado que cause agravio actual y real, presupuestos indispensables para el éxito de la acción de protección, que en este caso no se presentan, pues el recurso se funda en un temor y especulaciones, por lo demás infundadas, acerca de los impactos asociados al funcionamiento del proyecto Parque eólico, lo que representa una situación futura que esta vía cautelar no permite calificar como susceptible de poner en riesgo derechos fundamentales, menos aún los invocados por el recurrente.

Séptimo: Que el artículo 6° N° 1 letra a) del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo dispone que "Al aplicar las disposiciones del presente convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular

a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente."

En este caso, como se ha venido señalando, la medida que el recurrente estima les agravia es la dictación de la Resolución exenta que califica el proyecto "Parque eólico" que se pretende emplazar en la isla de Chiloé; sin embargo, dicho acto administrativo, constituye la culminación de todo un proceso iniciado el 4 de octubre de 2010 mediante la presentación de una Declaración de impacto ambiental del Proyecto Parque Eólico Chiloé, de acuerdo al artículo 10, letra c) y 3° letra c) del D.S. 95, en la categoría de Centrales generadoras de energía mayores a 3 MW, y que ajustándose al procedimiento contemplado en la ley N° 19.300, sirvió de plataforma para escuchar a todos los servicios públicos en cuya competencia se comprenden materias de índole ambiental, entre otros Conadi, servicios que emitieron las observaciones que tal proyecto les merecía, con lo cual resulta evidente que los temas que al recurrente le preocupan, a saber el espacio físico donde se emplaza el proyecto, la presencia de sitios de significación cultural, étnica, religiosa y ceremonial indígena, son todos aspectos que no fueron concretados finalmente a través de la resolución de calificación ambiental, sino que vienen determinados por todos los actos anteriores a dicha Resolución, entre los cuales cabe considerar el informe favorable de Conadi.

Por otra parte, la consulta prevista en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, no resulta pertinente en el procedimiento de evaluación del Proyecto antes mencionado, esto, porque ni la resolución impugnada, ni las obras en que se traducirá el proyecto mismo, afectan directamente a pueblo indígena alguno -situaciones que determinan la procedencia de la consulta- desde que las afectaciones que se alegan por

el recurrente, aparte de no perjudicar directamente a ninguna población o comunidad, son hipotéticas y dependen de causas remotas, como se desprende del tenor de su presentación.

Octavo: Que, desde otro punto de vista, situándonos en una posición contraria a lo señalado en el motivo que antecede, debemos recordar que lo que el artículo 6° letra a) del Convenio 169 impone a los Estados contratantes es -en las situaciones que indica- consultar a los pueblos interesados, mediante "procedimientos apropiados"; esta proposición se debe conciliar con el principio de participación recogido en la Ley N° 19.300. En este orden de ideas, las comunidades indígenas asentadas en sectores aledaños a la superficie en que se emplazarán las obras del proyecto Parque eólico Chiloé tuvieron una vasta participación en el desarrollo del procedimiento y así se consignó latamente en el considerando 5° de la resolución de calificación ambiental.

En la especie, la participación ciudadana en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental del proyecto, cumplió con las exigencias y propósitos que el N° 2 del artículo 6 del Convenio le otorga a las consultas, esto es, de ejecutarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo acerca de las medidas propuestas.

En efecto, una interpretación armónica del Convenio N° 169, de la Ley Indígena y de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, permite concluir que la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Los Lagos cumplió con la finalidad de la Consulta prevista en el Convenio N° 169. El artículo 34 de la Ley N° 19.253, establece que: "los servicios de la Administración del Estado y las organizaciones de carácter territorial, cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas, deberán escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas que reconoce esta ley."; a su vez la Ley N° 19.300 establece que

corresponderá a las Comisiones de Evaluación o al Director Ejecutivo, según el caso, establecer los mecanismos que aseguren la participación informada de la comunidad en el proceso de calificación de los Estudios de Impacto Ambiental y de las Declaraciones cuando correspondan. Conforme a estos lineamientos, forzoso es concluir que el deber general de consultar a los pueblos indígenas en lo concerniente a los procedimientos de evaluación de impacto ambiental, estatuido en la Ley N° 19.300 y su Reglamento, incorporado a dicha legislación ambiental, a través del procedimiento de participación ciudadana que los artículos 26 a 31 de la citada ley establecen, satisface -en este caso por los antecedentes ya expuestos- la exigencia del Convenio en referencia.

Noveno: Que la conclusión expuesta aparece corroborada en causa Rol 4078-2010, de la Excm. Corte Suprema, cuando señala: “Que conforme a estos lineamientos, forzoso es concluir que el deber general de consulta a los pueblos indígenas en lo concerniente a los procedimientos de evaluación de impacto ambiental estatuido en la Ley N° 19.300 y su Reglamento ya se encuentra incorporado a dicha legislación ambiental a través del procedimiento de participación ciudadana que los artículos 26 a 31 de la citada ley establecen”, en consecuencia, la participación de las comunidades indígenas en el marco de la ley 19.300, en relación con los derechos consagrados en la normativa internacional, contenida preferentemente en el Convenio N°169 sobre pueblos indígenas, se rige por el procedimiento contemplado en nuestra legislación ambiental.

Décimo: Que al no existir un acto arbitrario o ilegal, es innecesario analizar la transgresión de las garantías constitucionales que el recurrente estima amagadas.

De conformidad, asimismo, con lo que dispone el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, se rechaza el recurso de protección deducido a fojas 78.

Acordada con el voto en contra del Presidente Sr. Hernán Crisosto Greisse, quien estuvo por acoger el recurso de protección, existe una afectación ilegal y arbitraria al derecho consagrado en el artículo 19 N° 2

de la Constitución Política de la República, acorde los siguientes fundamentos:

PRIMERO: Que la Línea de Base del proyecto en cuestión, en lo que dice relación con sus aspectos culturales y arqueológicos, da cuenta de la existencia de un sitio de aproximadamente 800 metros cuadrados descrito como: "un extenso y potente sitio con evidencias de entierros humanos y fechas en torno a los 6.166 a 6.150 años de antigüedad....." sitio que luego se procede a describir en sus distintas capas de superficie; es así como desde la superficie hasta los 40 centímetros, detalla entre otros la existencia de restos de cerámica, lo que indica que probablemente fue utilizado por familias de horticultores probablemente Williche: Luego entra los 40 y 70 centímetros, describe la aparición de un conchal netamente canoero, que incluye curantos y restos humanos, para luego entre los 70 y 120 centímetros, describir la existencia de abundantes restos de piedra trabajada fabricadas por los primeros canoeros que llegaron al archipiélago.

SEGUNDO: Que, ante tal hallazgo de valor arqueológico se propuso la modificación de la ubicación del aerogenerador para evitar el sitio; sin embargo, a juicio de este sentenciador, tal hallazgo, debió obligar a la autoridad, a que se dispusiere un Estudio de Impacto Ambiental, abandonando la tramitación de la Declaración de Impacto Ambiental en trámite, ello por cuanto el hallazgo constatado, más la precisión de CONADI en el sentido que si bien los terrenos a intervenir no son tierras indígenas, ante la clara presencia de personas y comunidades indígenas cercanas al sitio de emplazamiento del proyecto y el hallazgo de 18 sitios arqueológicos y de importancia patrimonial, estimó que Ecopower S.A.C. debía incorporar a la evaluación ambiental de su proyecto la normativa indígena,

específicamente en lo que dice relación con el artículo 34 de la ley 19.253 y artículo 6 punto 1 , literal a) y punto 2 del Convenio 169.

TERCERO: Que, respecto de lo señalado en el considerando anterior, cabe precisar que a juicio de este sentenciador, si bien los recurrentes son vecinos a las tierras en que se llevará a efecto el proyecto 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, y a no dudarlo dado los hallazgos arqueológicos y culturales en algunas áreas del terreno a intervenir con el proyecto dicho terreno forma y formó parte del hábitat de una comunidad indígena.

CUARTO: Que, ante la precisión de la CONADI la Empresa entendió cumplida la consulta la participación de los pueblos indígenas del área con voluntarios procesos de acercamiento e información a la comunidad, incluyendo personas y organizaciones indígenas. Sin embargo la única institución que cumple con el deber de consulta a los pueblos indígenas consagradas en el Convenio 169, es el Estudio de Impacto Ambiental, dado que conforme a lo dispuesto en el párrafo 3° del título II de la ley 19.300, tal participación está reservada a EIA. A ello se une que se daban los supuestos del artículo 11 letra f) de la ley 19.300 puesto que con el proyecto se producirán alteraciones de sitios de valor antropológico de manera que el proyecto debió ser sometido a un Estudio de Impacto Ambiental.

QUINTO: Que omitirse el EIA, se ha omitido la debida consulta a los pueblos indígenas vecinos, tanto por ser en sitio a intervenir parte de su hábitat, como por haberse encontrados en él, sitios arqueológicos que

formaron el hábitat de sus ancestros Williches, incurriéndose así en una discriminación hacia los recurrentes, y se vulnera en consecuencia el derecho a la igualdad ante la ley consagrado en el artículo 19 N° 2, por el incumplimiento de 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. De igual manera se ha vulnerado la citada garantía en cuanto se ha hecho una diferencia arbitraria a favor de la empresa interesada, al favorecerla por actos administrativos irregulares, en detrimento de los demás ciudadanos que están obligados a respetar y acatar la legalidad vigente.

Redacción del Ministro Leopoldo Vera Muñoz y del voto disidente su autor.

Regístrese, comuníquese y archívese.

Rol N° 239-2011

Pronunciado por la primera Sala, integrada por el Presidente don Hernán Crisosto Greisse, Ministro don Leopoldo Vera Muñoz y Abogado integrante don Pedro Campos Latorre.