

Santiago, uno de junio de dos mil veintiuno.

Vistos:

Se confirma la sentencia apelada de veinticinco de septiembre de dos mil veinte.

Se previene que la Ministra Ravanales concurre a la confirmatoria, teniendo únicamente presente lo expresado en los motivos primero a séptimo y décimo a décimo sexto del fallo en alzada.

Acordada con el **voto en contra** de los Abogados Integrantes señor Águila y señor Alcalde, quienes estuvieron por revocar la sentencia apelada y rechazar el recurso de protección, por las siguientes razones:

Primero: Que el Decreto N° 236 del Ministerio de Relaciones Exteriores que promulga el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre pueblos indígenas y tribales, fue publicado el día 14 de octubre de 2008, de modo que, desde esta fecha, constituye una norma de aplicación obligatoria, cuyo artículo 6 N° 1, letra a) dispone: "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;".

Sobre esta última expresión, esta Corte ya ha emitido



diversos pronunciamientos concernientes al sentido y alcance que a ella debe darse, indicando que la afectación de un pueblo "se produce cuando se ven modificadas sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual, las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y la posibilidad de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural" (CS Rol 16.817-2013, en el mismo sentido, CS Rol 817-2016).

Al respecto también se ha referido la doctrina, indicando que "lo que se requiere es que sea posible que la medida que se piensa adoptar tenga impactos en los derechos reconocidos a los pueblos indígenas, particularmente su integridad y supervivencia cultural y autonomía (...) si bien una interpretación literal de la norma conduciría a pensar que toda decisión pública debe ser consultada, pues de una u otra manera afectará a los pueblos indígenas, de lo que se trata es de garantizar los derechos de estos pueblos frente a cualquier 'decisión del Estado que pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad', pues la consulta previa es un mecanismo de visibilización de impactos en un contexto de interculturalidad" (Meza-Lopehandía, Matías y otros, Los Pueblos Indígenas y el Derecho, Editorial LOM Ediciones, 2013, páginas 397 y 398, citado en sentencia CS Rol 817-



2016).

Segundo: Que el artículo 7 del Decreto 66, de 15 de noviembre de 2013, que aprueba el Reglamento que regula el procedimiento de Consulta indígena del Ministerio de Desarrollo Social, señala que:

"Son medidas legislativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas los anteproyectos de ley y anteproyectos de reforma constitucional, ambos iniciados por el Presidente de la República, o la parte de éstos cuando sean causa directa de un impacto significativo y específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales, afectando el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas.

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



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

Las medidas dictadas en situaciones de excepción o emergencia, incluyendo terremotos, maremotos, inundaciones y otras catástrofes naturales, no requerirán consulta por su carácter de urgente.

Los actos de mero trámite y las medidas de ejecución material o jurídica se entenderán comprendidas en la consulta del acto terminal o decisorio al que han servido de fundamento o que deban aplicar.

Las medidas administrativas que no producen una afectación directa respecto de los pueblos indígenas no estarán sujetas a consulta, como sucede con aquellos actos que no producen un efecto material o jurídico directo respecto de terceros, como ocurre con los dictámenes, actos de juicio, constancia o conocimiento, así como los actos que dicen relación con la actividad interna de la Administración, como los nombramientos de las autoridades y del personal, el ejercicio de la potestad jerárquica o las medidas de gestión presupuestaria.

Tercero: Que, en relación con la procedencia de una consulta indígena en el marco de una "Invitación para el proceso participativo de elaboración de la Guía para el Desarrollo Participativo de Proyectos de Energía",



organizada por la División de Participación del Ministerio de Energía, el Ministerio de Energía sostuvo que la Guía antes mencionada, tiene un carácter indicativo y no vinculante tanto en su aspecto formal como substancial que no contradice las normas legales y reglamentarias que regulan los procesos de participación ciudadana y/o consulta indígena que tienen lugar durante la evaluación ambiental de un proyecto. Añade que a las personas seleccionadas para este proceso de participación, se les envió una invitación para participar de entrevistas en una primera etapa de este proceso participativo que no tiene el carácter de una medida legislativa o administrativa sujeta al deber de consulta en los términos que se describen en el Convenio N°169 y el Decreto Supremo N° 66 de 2013, del Ministerio de Desarrollo Social y de Familia.

Cuarto: Que de acuerdo con el criterio de estos disidentes, el argumento del Ministerio de Energía y de su División de Participación es admisible, en orden a que la consulta indígena no procedería en este caso por tratarse aquí de una solicitud para intervenir en el proceso de elaboración de una Guía para el Desarrollo Participativo de Proyectos de Energía, no puede ser considerada una medida administrativa o legislativa en los términos que exige el Convenio N°169 y su Reglamento.

Quinto: Que, en efecto, para que exista



susceptibilidad de afectación directa en los términos exigidos por el Convenio N° 169 de la OIT, es necesario que se encuentre establecido en autos que se verifica alguno de los efectos, características o circunstancias indicados en los artículos 7, 8 y 10 del Reglamento, cuestión que en estos antecedentes no ocurre, por cuanto se trata simplemente de la elaboración de una Guía de consulta, que no es en sí misma una medida legislativa o administrativa susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas, sin que en esta instancia exista discusión sobre proyectos energéticos que pudieran requerir consulta indígena, pues en ese aspecto los recurridos reconocen la existencia de un Comité Consultivo Indígena para la elaboración del Capítulo Indígena en el que se han discutido las materias indígenas.

Sexto: Que, por otra parte, cabe tener presente lo dispuesto en el artículo 2 N°2, letra a) del Convenio N°169, el cual dispone que: "1. Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad. 2. Esta acción deberá incluir medidas: a) que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la



legislación nacional otorga a los demás miembros de la población;" (...).

Séptimo: Que no se vislumbra cómo la actuación que motiva el recurso implicaría de que los pueblos indígenas queden en situación de desigualdad respecto de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población; al contrario, con lo que se pretende se les situaría en una posición de privilegio contraria a lo dispuesto en el artículo 1° y 19 N°2 de la Constitución Política de la República y al propio Convenio N°169 de la OIT, pues tendrían más derechos y oportunidades que los que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población.

Octavo: Que sin perjuicio de lo razonado en precedencia, quienes sostienen este voto disidente difieren también de lo expresado el considerando octavo de la sentencia recurrida, en cuanto afirma que el Convenio N° 169 concierne "*a derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*", lo que incluso constituye un límite para el ejercicio de la soberanía nacional, tal como prescribe el artículo 5 inciso 2° de la Constitución Política de la República.

En este sentido, estos disidentes adhieren a la opinión de aquella doctrina que considera que los instrumentos que consagra el Convenio 169 -en especial la "consulta



indígena"- no quedan comprendidos dentro de la categoría de "derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana".

Así, por ejemplo, se ha sostenido que "Por la impronta cosmopolita de los derechos que la Ilustración imaginó como inherentes a todo hombre, resulta difícil considerar que las herramientas contempladas en el Convenio 169 integren la categoría clásica de derechos humanos (...). Desde que los individuos beneficiarios de estas herramientas gozan de sus ventajas en tanto pertenezcan a grupos étnicos determinados y, en algunos casos, las empleen por intermedio de organizaciones integradas por otros individuos del mismo origen, no puede adscribírselas sin más a un género formado por derechos que se asumen como emanación directa de la naturaleza humana." (Valdivia, José Miguel, "Alcances jurídicos del Convenio N°169", *Estudios Públicos* N° 121, Verano 2011, p. 47). La misma doctrina añade: "(...) hay algo insalvable en la pretensión de asignar rango de derechos humanos, si no a la llamada tercera generación en su conjunto, al menos a los derechos consultados en el Convenio 169. Al circunscribir estos derechos al ámbito restringido de los pueblos indígenas, el Convenio opta por consagrar derechos indígenas, no derechos humanos. Sus destinatarios no son los chilenos ni mucho menos el ciudadano del mundo, sino algunos de ellos. (...) en los aspectos más críticos del



Convenio, como ocurre con el caso singular del "derecho a la consulta" previsto en especial por el artículo 6, el reparo no puede ser obviado. El Estado tiene el deber de consultar a los pueblos indígenas y éstos el "derecho" correlativo de ser consultados cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, consulta que ha de efectuarse de buena fe atendidas las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. Así, se reconoce a los pueblos indígenas un cierto derecho a pronunciarse preventivamente acerca de cualquier ley o procedimiento administrativo que pueda llegar a incidir en su esfera de intereses, lo cual supone una especialísima facultad de injerencia en la gestión de los asuntos públicos.

Ciertamente el régimen constitucional presupone un derecho de todas las personas 'a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional', lo cual es una concepción bastante generosa de la ciudadanía; ahora los integrantes de pueblos indígenas pasarían a gozar de una ciudadanía fortalecida, en cuanto ha de tomarse en consideración su opinión en cada procedimiento que les resulte directamente aplicable: ¿son los indígenas más ciudadanos que el resto de los chilenos?, ¿más humanos que los demás chilenos? El régimen singularísimo que el Convenio 169 pretende instituir respecto de la consulta no



puede justificarse en una naturaleza común a los hombres". (Valdivia, José Miguel, "Alcances jurídicos del Convenio N°169", *Estudios Públicos N° 121*, Verano 2011, p. 49).

En la misma línea, otro autor expresa: "Si la idea de *derechos que emanan de la naturaleza humana* algún sentido tiene, ésta supone que dicha naturaleza es una y que es independiente del contexto cultural o de factores religiosos, sexuales, de edad, de raza, de clase u otros cualesquiera. El Convenio 169 consagra derechos a personas que se identifican por su adscripción a ciertos grupos culturales o étnicos que para efectos del mismo se denominan pueblos tribales y pueblos indígenas (art. 1 § 1). En otras palabras, el Convenio reconoce derechos a personas en razón de pertenecer a pueblos determinados, no en razón de ser individuos de la especie humana". (Rodrigo Correa G., "Informe de Constitucionalidad Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, de la OIT", 2002, p. 2 y ss., citado por Santiago Montt Oyarzún y Manuel Matta Aylwin, *Estudios Públicos*, 121 (Verano 2011, p. 171).

En este contexto, y guardando armonía con lo recién señalado, estos disidentes participan de aquella concepción de los derechos humanos o esenciales que, al decir del profesor Antonio Truyol y Serra "(...) equivale a afirmar que existen derechos fundamentales que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza



y dignidad; derechos que le son inherentes y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por ésta consagrados y garantizados"; o, como expresa Fernández Galiano "aquellos derechos de los que es titular el hombre no por graciosa concesión de las normas positivas, sino independientemente de ellas y por el mero hecho de ser hombre, de participar de la naturaleza humana".

En definitiva, se trata, según lo conceptualiza el profesor Cea Egaña, de "derechos, libertades, igualdades o inviolabilidades que, desde la concepción, fluyen de la dignidad humana y que son intrínsecos de la naturaleza singularísima del titular de esa dignidad. Tales atributos, facultades o derechos públicos subjetivos son, y deben ser siempre, reconocidos y protegidos por el ordenamiento jurídico, permitiendo al titular exigir su cumplimiento con los deberes correlativos". (todos citados por Humberto Nogueira Alcalá, "Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia", Ius et Praxis v.9 n.1 Talca 2003).

Noveno: Que, en virtud de todo lo expuesto, en concepto de quienes sostienen este voto particular, la decisión de las recurridas de no realizar consulta indígena en el proceso participativo objeto de este



recurso, no es ilegal y tampoco arbitraria, no afectándose con ello las garantías constitucionales que denuncian los recurrentes, razón por la cual son del parecer de revocar la sentencia apelada y rechazar el recurso de protección deducido.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Carroza y la disidencia de sus autores.

Rol N°125.619-2020.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Sra. Adelita Ravanales A., Sr. Mario Carroza E. y Sra. Dobra Lusic N. (s) y por los Abogados Integrantes Sr. Enrique Alcalde R. y Sr. Pedro Águila Y. No firman, no obstante haber concurrido al acuerdo de la causa, la Ministra Sra. Lusic por haber concluido su período de suplencia y el Abogado Integrante Sr. Alcalde por no encontrarse disponible su dispositivo electrónico de firma.





En Santiago, a uno de junio de dos mil veintiuno, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

