

Santiago, veintisiete de agosto de dos mil veinticuatro.

Vistos

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

Y, se tiene en lugar y, además, presente:

Primero: Que las comunidades indígenas Mauricio Quidel, Huinca Tralcal II, Juan Tripailaf y Cacique Nahuelcheo Nahuelpan, dedujeron acción de protección en contra de la empresa Wom S.A., por el acto que estiman arbitrario e ilegal, consistente en la construcción de una torre soporte de antena telefónica y sistemas de transmisión de telecomunicaciones, sin previa Consulta Indígena, a pesar que dicha construcción alterará significativamente el territorio en el que se emplazará, al instalarse en pleno espacio cultural y ceremonial de las comunidades indígenas aledañas a esta, cuya ejecución no se sometió a las exigencias de la normativa aplicable, cuestión que genera un daño al patrimonio cultural, tanto material como inmaterial, quebrantando con ello sus garantías fundamentales contempladas en los numerales 2, 3, 6 y 8 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Segundo: Que la recurrida, al informar, solicitó el rechazo de la acción de protección en todas sus partes.

En lo pertinente, explicó que, la Consulta Indígena, en este caso, es improcedente, en atención a la naturaleza del procedimiento y la obra a ejecutar, por otro lado, tampoco existe la causalidad requerida para su exigencia.



En relación con el primer aspecto, expuso que, el otorgamiento de una concesión de servicio público de telecomunicaciones, se encuentra reglamentado en el Título II de la Ley General de Telecomunicaciones sobre las Concesiones y Permisos y en las Bases del Concurso Público respectivo, al que debe ceñirse el organismo público, razón por la cual, no se permite la incorporación, de manera autónoma, de este trámite de consulta en el procedimiento pues, esto implicaría que se forzaría a un órgano administrativo a actuar fuera del marco legal, es decir, al margen de las potestades y habilitaciones que le son entregadas por el legislador, esto es, a actuar en contra del principio de legalidad.

Por otro lado, el Decreto Supremo N° 66 indica en su artículo 2° que la consulta es un deber de los órganos de la Administración del Estado y un derecho de los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados directamente por la adopción de medidas legislativas o administrativas, cuestión que indica los recurrentes no acreditaron, al no explicar cómo, la instalación de una antena soporte en un predio colindante al suyo, podría afectar sus ritos, ceremonias o alguna arista de su cosmovisión. Por el contrario, expresa que, solo de manera superficial, señalaron que la instalación de aquella afectaría distintos lugares ceremoniales que citan, sin precisar y desarrollar concretamente cómo la instalación merma esos espacios de la comunidad indígena.

Sin perjuicio de lo anterior, indicó que, el procedimiento de creación y dictación de las bases del



concurso público, igualmente, contempló una instancia de consulta ciudadana, oportunidad que no fue aprovechada por las comunidades indígenas, razón por la que estiman que, presentar hoy este recurso de protección, alegando que no existió oportunidad para ser oídos, es falso.

Tercero: Que informaron los siguientes organismos gubernamentales:

a) El Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) señaló que, el proyecto consultado no ha ingresado al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA).

b) La Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI) estableció que, el terreno en que se emplazara el soporte de la antena en discusión se ubica en la hijuela N° 26 de la Comunidad Indígena Mauricio Quidel de la Comuna de Padre Las Casas de 3,91 hectáreas de superficie, el cual se encuentra inscrita a fojas 8703 N° 8703, del Registro Público de Tierras Indígenas, zona centro sur de Conadi del año 1997.

c) La Subsecretaría de Telecomunicaciones expuso que, en el marco del concurso para el otorgamiento de concesiones de Servicios Públicos de Telecomunicaciones, que operen redes inalámbricas de alta velocidad (exclusivamente 5G o superior), se otorgó a la recurrida, WOM S.A, una concesión de Servicio Público de Telecomunicaciones en la banda de 703-713 MHz y 758-768 MHz, a través del Decreto Supremo N° 19 de 2021 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, publicado en el Diario Oficial con fecha 7 de octubre de ese año, acto por medio del cual se le autorizó además a instalar,



operar y explotar diversas estaciones base en los sitios que en ella se autoriza e individualiza.

Sin perjuicio, destaca que, atendidas las necesidades del proyecto la concesionaria, podrá solicitar modificación de la ubicación de las estaciones, si así lo amerita la ejecución de éste.

Respecto a la procedencia de la Consulta Indígena, manifiesta que, siendo el procedimiento de autorización de una estación base, íntegramente reglado en los términos que señala el inciso tercero del artículo 7° del Reglamento y no siendo la construcción del soporte de la antena, causa directa de un impacto significativo y específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales, en principio, no sería procedente, en este caso, la Consulta prevista en el Convenio N° 169.

d) La Municipalidad de Padre Las Casas, acompañó un Informe Antropológico de Significación Liwkura, Comunidad Mauricio Quidel, Padre Las Casas, elaborado por la antropóloga doña Evelyn Ávila Canales, funcionaria municipal que, en sus conclusiones indica que: *"Como se ha intentado mostrar a lo largo de este informe, desde la cultura mapuche existe una profunda relación del ser humano con el mapu o tierra que habita, existe valoración y comunicación con el medio ambiente que permite un desarrollo de la cotidianidad en armonía. La invasión de estos espacios con una torre de telecomunicaciones con las características que pretende instalar la empresa Wom S.A, resulta una amenaza a la vida y espiritualidad de las personas y seres que habitan los alrededores del*



cerro Liwkura, de modo que su rechazo por parte de las comunidades es totalmente comprensible y válido”.

Cuarto: Que, son hechos no controvertidos por las partes, los siguientes:

a) Wom S.A., mediante concurso público, se adjudicó la concesión de prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, según el Decreto Supremo del Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones N°19 con fecha 9 de marzo de 2021, la cual le autoriza a instalar, operar y explotar un servicio público de Telecomunicaciones que opere una red inalámbrica de alta velocidad (LTE Advanced Pro + 5G o superior) en la banda de frecuencias de 703 - 713 MHz y 758 - 768 MHz, por el plazo de 30 años, siendo el área de cobertura georreferenciada que ha sido comprometida para cada una de las estaciones base incluidas en el proyecto técnico presentado y que se individualizan en el Decreto.

b) Una de las estaciones se emplazaría en la Hijuela 26 de la “Comunidad Mauricio Quidel”, comuna Padre las Casas, Región de la Araucanía, según las coordenadas que allí se indican.

c) Con fecha 21 de octubre de 2022, la concesionaria solicitó modificar la dirección de coordenadas de 36 estaciones base autorizadas, entre ellas, la Comunidad Mauricio Quidel N° Hijuela 26 S/N, precisando la ubicación exacta de la misma según las coordenadas que citó.

d) Wom S.A. celebró contrato de arrendamiento con don Daniel Vicente Quidel Cayunao el 13 de julio de 2022,



quien declaró ser poseedor y dueño de la Higuera 26 de 3,91 hectáreas de superficie del plano divisorio del predio encabezado por Mauricio Quidel del Lugar Peleco, ubicado en la Comunidad Mauricio Quidel, terreno respecto del cual la empresa arrendó un retazo de terreno que abarca una superficie de 32 metros cuadrados y en el cual se emplazara la infraestructura de telecomunicaciones en estudio. La duración del contrato se fijó en cinco años, contados desde la fecha de su suscripción y que la renta será la cantidad equivalente a 15 Unidades de Fomento que se pagaran mensualmente.

e) Certificado de altura para mástil de la antena, emitido por la Dirección General de Aeronáutica Civil, da cuenta que la altura total sobre el terreno de la estructura es de 63 metros y que no constituye un impedimento de tipo aeronáutico.

f) Certificado de Informaciones Previas emitidos por la Dirección de Obras de la Municipalidad de Padre Las Casas da cuenta que la Higuera N°26 de la Comunidad Mauricio Quidel, se ubica en una zona rural de la comuna y no corresponde a inmueble de conservación histórica y/o monumento nacional.

g) El 24 de octubre de 2022, la Municipalidad de Padre Las Casas, recepcionó el aviso de Wom S.A. de la instalación de torre soporte de antenas y sistemas radiantes de transmisión de telecomunicaciones en zona rural, conforme lo dispone el artículo 116 bis H inciso 2° de la Ley General de Urbanismo y Construcción.



Quinto: Que, en cuanto al fondo del asunto, resulta pertinente recordar 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;".

Añade el numeral 2°: "*Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas*".

Por tanto, el criterio de determinación de las comunidades que deben participar en la consulta ciudadana está entregado expresamente por la Ley, que ordena tomar en cuenta la opinión de aquellos susceptibles de ser afectados directamente por la decisión modificatoria del proyecto en cuestión.

Sexto: Que, 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 Roles N°s 16.817-2013, 817-2016 y 138.439-2020).

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 N° 817-2016).

Séptimo: Que, a continuación, el artículo 2° del Decreto Supremo N°66 del Ministerio de Desarrollo Social que establece el Reglamento que regula el Procedimiento de Consulta Indígena, dispone: "La consulta es un deber de



los órganos de la Administración del Estado y un derecho de los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados directamente por la adopción de medidas legislativas o administrativas, que se materializa a través de un procedimiento apropiado y de buena fe, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas susceptibles de afectarlos directamente y que debe realizarse de conformidad con los principios recogidos en el Título II del presente reglamento”.

Por su parte, el artículo 7° dispone, en lo pertinente: *“Medidas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas. Los órganos de la Administración del Estado señalados en el artículo 4° de este reglamento, deberán consultar a los pueblos indígenas cada vez que se prevean medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectarles directamente.*

(...)

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".

Finalmente, el artículo 13 del Convenio 169 entrega una interpretación amplia del término "tierras", al señalar que *"deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera"*.

Octavo: Que la participación de los pueblos afectados por un proyecto en el procedimiento de Consulta Indígena, les permite ser parte de un intercambio de información relevante acerca de las obras a realizar y la forma en que ellas influirán en sus sistemas de vida, la exposición de los puntos de vista de cada uno de los potenciales afectados de manera de determinar la forma específica en que el proyecto les perturba, el ofrecimiento de medidas de mitigación, compensación y/o reparación y, finalmente, la formalización de acuerdos en un plano de igualdad, otorgando a los pueblos indígenas la posibilidad de influir de manera real y efectiva en las decisiones públicas que sean de su interés.

En tanto de los antecedentes del proyecto aparezca la existencia de una susceptibilidad de afectación directa a pueblos indígenas, necesariamente debe seguirse un procedimiento de Consulta Indígena, toda vez que éste es el estándar empleado para determinar su obligatoriedad.

Noveno: Que, continuando en esta línea de pensamiento, corresponde tener presente que, todo proceso



que derive en decisiones que puedan afectar alguna realidad de los pueblos originarios supone que sea ejecutado desde la particularidad, esto es, considerando que la adecuación ha de hacerse en dirección a ella, porque de obrarse de modo distinto no llegaría a considerar los intereses de tales minorías. De consiguiente, se trata de resoluciones especiales, diversas a las que se suelen acordar para ámbitos sociales diferentes, por eso la posibilidad de expresar sus puntos de vista no se entienden satisfechas ni agotadas con el procedimiento de consulta ciudadana, puesto que se trata de procedimientos diversos.

Décimo: Que, a la luz de lo razonado, y como ya lo ha sostenido esta Corte, no resulta admisible los argumentos de la recurrida y la autoridad administrativa, en cuanto a que, por un lado, el procedimiento de autorización de una estación base, atendido que se encuentra integrante reglado en la Ley General de Urbanismo y Construcción, su Ordenanza, el Título II de la Ley General de Telecomunicaciones sobre las Concesiones y Permisos y el Decreto de adjudicación, no admite que el órgano administrativo pueda abrir una etapa de Consulta Indígena, porque aquella no se encontraría contemplada en dicha normativa y, por otro, que no existen antecedentes que puedan ser considerados para determinar la afectación a las comunidades indígenas, sumado a la consulta ciudadana verificada en el proceso del concurso público para adjudicar la concesión del servicio de telecomunicaciones sub-lite.



Undécimo: Que, en efecto, respecto a lo primero, cabe señalar que, los órganos del Estado tienen la obligación de ajustar su actuar al ordenamiento jurídico, lo cual, en el caso de autos y, a diferencia de lo sostenido por la recurrida, no se agota en la normativa que citó, porque las personas involucradas -comunidades indígenas-, además, se encuentran reglamentadas por una legislación especial, que el Estado, igualmente, se encuentra obligado a cumplir, en consecuencia, la no aplicación de dicha normativa, por el órgano administrativo, al momento de verificar que el particular ejecutara su proyecto, redundando en que el actuar de ninguno de ellos se ajuste a derecho.

Duodécimo: Que, en relación a la segunda defensa, es la propia Municipalidad la que acompañó un informe de su antropóloga, quien asegura la cercanía de la estructura de la antena que se pretende construir con los sitios de significación cultural de las actoras, lo cual, a su entender, desde la perspectiva mapuche, causaría graves daños en el entorno natural y espiritual de estas áreas y las comunidades y, por último, porque, conforme se explicó, la Consulta Indígena, se trata de un proceso diverso al de la Participación Ciudadana, cuya obligatoriedad exige únicamente una afectación potencial y su materialización será analizada en el contexto de dicha Consulta.

Décimo tercero: Que, en ese orden de ideas, es importante destacar que la doctrina, en general, se encuentra conteste en cuanto a que el juicio de igualdad



Aristotélico es un concepto normativo y relacional, es decir, no se trata de una igualdad en sentido fáctico, sino que mira y se asienta desde el deber ser, por tanto, se requiere para su aplicación de la vinculación de dos personas, objetos o situaciones para comparar, que se encuentren en condiciones similares a la luz de esa premisa.

Décimo cuarto: Que, en consecuencia, tratándose de un proyecto en que existe susceptibilidad de afectación de las comunidades indígenas, porque dentro del área de influencia del proyecto el pueblo originario mantendría espacios de significación cultural-espiritual, reconocidos por estas personas, los cuales formarían parte de la cotidianidad, las ceremonias y los conocimientos traspasados entre generaciones y sin que se haya realizado de manera previa un procedimiento de Consulta Indígena, como salvaguarda de sus intereses, se ha incumplido la obligación a la que voluntariamente se sometió el Estado de Chile al ratificar el Convenio N° 169 puesto que, tal carencia torna en ilegal las decisiones, al faltar el deber de Consulta que debía acatar la autoridad y, consecuentemente, el particular por imperativo legal, aspecto que lesiona la garantía de igualdad ante la ley, porque al no aplicarse ésta, se niega un trato de iguales a los recurrentes.

Por estos fundamentos, y de conformidad, además, con lo dispuesto por el artículo 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de esta Corte Suprema sobre la materia, **se revoca** la sentencia apelada,



de treinta y uno de octubre de dos mil veintitrés, dictada por la Corte de Apelaciones de Temuco y, en su lugar, **se acoge** el recurso de protección, en cuanto, se dispone que la recurrida asesorada por las autoridades competentes deberá iniciar un proceso de Consulta Indígena con las personas y comunidades de ese origen que se ubiquen en el sector de influencia del proyecto y en forma previa a la prosecución de las obras; proceso que deberá regirse por los estándares del Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, y por los artículos 12 y siguientes del Decreto N° 66 de 15 de noviembre de 2014 del Ministerio de Desarrollo Social.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Carroza.

Rol N° 248.067-2023.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. Ángela Vivanco M., Sra. Adelita Ravanales A., Sr. Mario Carroza E. y Sr. Diego Simpértigue L.





XHSJXPNHXQP

En Santiago, a veintisiete de agosto de dos mil veinticuatro, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

