

Santiago, dieciséis de noviembre de dos mil doce.

**Vistos y teniendo presente:**

1°.- Que a fojas 1, con fecha 9 de abril de 2012, Isaac Avian Raillán Huenchual, Presidente, en representación de la Comunidad Indígena Huenchullán, inscrita bajo el N° 1.628 del Registro de Comunidades y Asociaciones Indígenas, ambos con domicilio en Comunidad Indígena Huenchullán, sector Alpehue Alto, comuna de Melipeuco, ha deducido recurso de protección en contra del Ministro de Energía, don Jorge Bunster Betteley, con domicilio en Avenida Bernardo O'Higgins N° 1.449, pisos 13 y 14 del Edificio Santiago Downtown II, comuna y ciudad de Santiago, por la dictación del Decreto N° 117, de 25 de noviembre de 2011, publicado en el Diario Oficial el día 7 de marzo de 2012, que adjudica y otorga concesión de exploración de energía geotérmica a la empresa Ormat Andina Energía Limitada en el área denominada "Solipulli" ubicada en las comunas de Melipeuco, Cunco, Curarrehue y Pucón, Provincia de Cautín, Región de la Araucanía, en virtud de la Ley N° 19.657.

Señala que la actuación de la autoridad ministerial no cumple con la normativa constitucional, legal y reglamentaria y vulnera las garantías de sus representados consagrados en los numerales 2, 6, y 8 del artículo 19 de la Constitución Política del Estado, esto es, la igualdad ante la ley, la libertad de conciencia y ejercicio libre de todos los cultos y el derecho a vivir en un medio ambiente limpio y libre de contaminación.

Solicita, en definitiva, que esta Corte decrete la nulidad o invalide el acto administrativo que impugna, dejándose sin efecto el Decreto y que se imponga a los órganos del Estado de Chile la obligación de materializar su deber de consultar a los Pueblos Indígenas contemplado en el artículo 6° del Convenio N° 109 de la OIT.

2°.- Que, funda su presentación señalando que el mencionado decreto ha omitido arbitrariamente tener a la vista aspectos fundamentales relacionados con el territorio indígena y el derecho aplicable sobre éstas. Agrega, que no han considerado diversas normas contenidas en la propia Constitución Política; en tratados internacionales como el Convenio N° 169

sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo.

Seguidamente, expresa que el acto que se impugna constituye un acto ilegal y arbitrario. Ilegal puesto que no cumple con las exigencias mínimas del Convenio 169 de la OIT, en especial lo relativo a la obligación de consulta y participación que las instituciones públicas deben realizar con respecto a los pueblos indígenas, consagrado en el artículo 6° de dicho convenio, norma de carácter autoejecutable según lo ha dispuesto el Tribunal Constitucional, esto es, son autosuficientes y entran a la legislación nacional cuando el tratado que las contiene se incorpora al derecho vigente; además, señala que este decreto es susceptible de afectar directamente al área denominada “Solipulli” ubicada en las comunas de Melipeuco, Cunco, Curarrehue y Pucón, Provincia de Cautín, Región de la Araucanía y a sus comunidades indígenas, habiendo sido dictado sin consultarlas. Arbitrario, además, ya que existiendo el mandato legal de consultar a los pueblos indígenas, por disponerlo el artículo 6° del Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo, no se realizó la consulta a que legalmente se está obligado.

Solicita, en definitiva, acoger el recurso en todas sus partes y que se restablezca el imperio del derecho declarando nulo o invalidando el Decreto N° 117, de 25 de noviembre de 2011, publicado en el Diario Oficial el día 7 de marzo de 2012, que se impugna y declarar que se debe materializar el deber de consultar a los Pueblos Indígenas, contemplado en el artículo 6° del Convenio N° 169 de la OIT, en le presente caso.

**3°.-** Que, a fojas 26, se declara inadmisibles por extemporáneo el recurso de autos. A fojas 86, se acoge reposición del recurrente y se declara admisible la presente acción constitucional. A fojas 87, se deniega orden de no innovar.

**4°.-** Que, a fojas 118 el Ministro de Energía, don Jorge Bunster Betteley informa señalando, en primer lugar y como cuestión previa, que el asunto al cual se somete la decisión, es un asunto que anteriormente le competía al Ministro de Minería y que, en el año 2009, mediante Resolución Exenta N° 1062, de 2009, convocó a una licitación pública dentro de la cual se encontraba el área denominada “Solipulli”, para lo cual previamente se

solicitó, mediante Oficio Ordinario N° 1792, de 18 de noviembre de 2008, informe a la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena sobre si existía alguna observación o reparo sobre la referida área, transcurridos los 60 días dispuestos por la ley no hubo respuesta al oficio señalado y operó el “silencio administrativo” entendiéndose favorable la opinión de la corporación consultada. La Resolución Exenta N° 1062, de 2009, del Ministerio de Minería, fue objeto de una acción constitucional de protección, Rol de Ingreso Corte N° 8.304-2009, por no haber realizado el proceso de consulta y la afectación de las garantías constitucionales contempladas en el artículo 19 Nos. 1, 6, 8, 16 y 21 de nuestra carta fundamental, la acción constitucional fue rechazada por esta Corte, con fecha 25 de septiembre de 2009, por carecer de fundamentos, lo cual fue ratificado por la Excma. Corte Suprema de Justicia con fecha 7 de diciembre de 2009.

Añade que, por mandato de la Ley N° 20.402, a contar del 1° de febrero de 2010, pasó el Ministerio de Energía a ser el organismo competente en la materia y, con fecha 19 de agosto de 2010, dictó el Decreto Supremo N° 190 disponiendo que la licitación recaída sobre el área denominada “Solipulli” se declarada desierta.

Expresa que el acto que nuevamente convocó a una licitación sobre concesión de exploración de energía geotérmica en el área de “Solipulli” cumplieron todos los requisitos administrativos y de publicidad por avisos en medios escritos y radiales que detalla; con fecha 22 de noviembre de 2010 y 29 de diciembre de 2010, las comunidades indígenas Comunidad Huenchullán y Comunidad Andrés Huenupi, que son parte en esta acción constitucional, entre otras comunidades y personas naturales, presentan reclamaciones en contra de la convocatoria a la licitación pública para el otorgamiento de la concesión para exploración de energía geotérmica sobre el área denominada “Solipulli”, las cuales si bien fueron presentadas fuera de plazo se resolvieron por el Ministerio de Energía mediante las Resoluciones Exentas Nos. 360, 361 y 362, todas de fecha 30 de junio de 2011.

La dictación del Decreto N° 117, de 25 de noviembre de 2011, publicado en el Diario Oficial el día 7 de marzo de 2012, que adjudica y otorga concesión de exploración de energía geotérmica a la empresa Ormat

Andina Energía Limitada en el área denominada “Solipulli” ubicada en las comunas de Melipeuco, Cunco, Curarrehue y Pucón, Provincia de Cautín, Región de la Araucanía, que se impugna mediante el presente recurso de protección no es ilegal puesto que se dicta en atención a las facultades legales y constitucionales que se conceden a la autoridad administrativa ni tampoco es arbitrario puesto que no descansa en el mero capricho del ministro que lo dicta ya que se dicta cumpliendo una obligación legal debidamente fundada. Finalmente, descarta que se hayan vulnerado las garantías constitucionales que se señalan, para ello cita jurisprudencia de la Corte Suprema y agrega que las garantías de los números 2, 6 y 8 del artículo 19 de la carta fundamental sólo son enunciadas sin expresar los fundamentos de la vulneración.

5°.- Que, a fojas 154 se hacen parte como terceros interesados don Fermín Quintonahuel Calfunahuel, en su calidad de Lonko del Territorio de Reigolil, comuna de Curarrehue, Antonio Carinao Avila, Ricardo Antonio Quintonahuel, todos con domicilio en Comunidad Manuel Quintonahuel, sector de Reigolil, comuna de Curarrehue, Región de la Araucanía. A fojas 156, se hace parte don Jaime Patricio Huenupi Ovando, como tercero interesado, domiciliado en Comunidad Indígena Andrés Huenupi, sector Alpehue, comuna de Melipeuco, Región de la Araucanía.

6°.- Que, a fojas 164 se hace parte, asumiendo la defensa judicial del recurrido, el Consejo de Defensa del Estado por intermedio del Procurador Fiscal de Santiago. A fojas 178, se hace parte, por intermedio de su abogado, la empresa Ormat Andina Energía Limitada, domiciliada en calle Miraflores 130, piso 25, de la comuna y ciudad de Santiago, beneficiario de la Concesión de Exploración de energía geotérmica denominada “Solipulli” sobre la que recae el presente recurso.

7°.- Que, en primer término, cabe precisar que el llamado recurso de protección se define como una acción cautelar de ciertos derechos fundamentales frente a los menoscabos que puedan experimentar como consecuencias de acciones u omisiones ilegales o arbitrarias de la autoridad o de particulares. Son presupuestos de esta acción cautelar: a) que exista una acción u omisión ilegal o arbitraria; b) que como consecuencia de la acción u omisión ilegal o arbitraria se prive, perturbe o amenace un derecho; y c) que

dicho derecho esté señalado como objeto de tutela en forma taxativa en el artículo 20 de la Constitución Política de la República.

**8°.-** Que, a su vez, el artículo 20 de la Constitución Política de la República expresa que el recurso de protección procede “sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes” por lo que la alegación de no ser ésta una vía procedente de impugnación debe ser desestimada.

**9°.-** Que, ahora bien, de los antecedentes que se han acumulado en el proceso se desprende que existen una clara extemporaneidad en la interposición de la acción constitucional, sin embargo y a mayor abundamiento, no ha existido actuación ilegal ni arbitraria de parte del Ministro de Energía, toda vez que el acto administrativo se dicta en atención a las facultades legales y constitucionales que se le conceden ni es arbitraria puesto que no descansa en el mero capricho de la autoridad que lo dicta ya que cumple una obligación legal y lo funda debidamente.

**10°.-** Que, por lo demás es necesario señalar que en la presente etapa de concesión de la exploración geotérmica, esto es, reconocer, registrar, inquirir o averiguar la existencia de energía contenida en el subsuelo-en el área concesionada de un máximo teórico de cien mil hectáreas de extensión, es imposible determinar si se afectarán determinadas comunidades indígenas o personas, lo cual de producirse será en una etapa posterior del proyecto en que será necesario realizar la evaluación medioambiental del proyecto

**11°.-** Que, sin perjuicio de lo anterior, se previene que debe darse cumplimiento al proceso de consulta y participación de comunidades originarias que puedan ser afectadas por la **realización** de proyectos como los de energía geotérmica en cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 6, 7 y 8 del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales; especialmente a lo referido a la evaluación ambiental de los proyectos y a la participación de estas comunidades en la toma de decisiones que afecten los territorios donde éstas habitan.

**12°.-** Que, atendido lo razonado precedentemente, en el sentido de no haber una actuación ilegal o arbitraria de parte de la autoridad recurrida, el presente recurso de protección será desestimado.

Por estas consideraciones, **se rechaza** el recurso deducido a fojas 8, sin costas, por haber tenido motivo plausible para litigar.

**Regístrese, comuníquese y archívese en su oportunidad.**

**Redacción del Abogado Integrante señor Bernardo Lara Berrios**

**Protección N° 9.431-2012**

Pronunciada por la **Tercera** Sala de esta Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el Ministro señor Mauricio Silva Cancino, conformada por la Fiscal Judicial señora Clara Carrasco Andoine y el Abogado Integrante señor Bernardo Lara Berrios.

Santiago, dieciséis de noviembre de dos mil doce.

**Vistos y teniendo presente:**

1°.- Que a fojas 12, con fecha 2 de mayo de 2012, Antonio Cruz Plaza, Marcos Rojas Zuleta y Ada Teresa Aramayo Conzue, miembros de la Directiva de la Asociación Indígena “**CONSEJO PUEBLOS ATACAMEÑOS**”, con domicilio para estos efectos en Quilapana S/N, Comuna de San Pedro de Atacama, han deducido recurso de protección en contra del Ministro de Energía, don Jorge Bunster Betteley, con domicilio en Avenida Bernardo O’Higgins N° 1449, pisos 13 y 14 del Edificio Santiago Downtown II, comuna y ciudad de Santiago, por la dictación de los siguientes Decretos: N° 105, Quinohuén, publicado el 7 de marzo de 2012; N° 106, Marimán, publicado el 7 de marzo de 2012; N° 107, San Bernardo, publicado el 23 de marzo de 2012; N° 108 Negrillar, publicado el 5 de abril de 2012; N° 109, Socompa, publicado el 5 de abril de 2012; N° 110, Colorado, publicado el 23 de marzo de 2012; San Alberto, publicado el 22 de abril de 2012.

Se sostiene que la actuación de la autoridad ministerial adolece de vicios de arbitrariedad e ilegalidad y afecta a sus representados en sus derechos consagrados en los numerales 2, 8, y 24 del artículo 19 de la Constitución Política del Estado. Solicita, en definitiva, que esta Corte decrete la nulidad o invalide el acto administrativo que impugna, con costas.

2°.- Que, funda su presentación señalando que los mencionados decretos han omitido arbitrariamente tener a la vista aspectos fundamentales relacionados con el territorio indígena y el derecho aplicable sobre éstas. Agrega que no han considerado diversas normas contenidas en la propia Constitución Política; en tratados internacionales como el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo y la Ley N° 19.253 o Ley Indígena.

Seguidamente, expresa que el acto que se impugna constituye un acto ilegal y arbitrario que vulnera las garantías de los números 2, 8 y 24 de la Constitución Política puesto que no cumple con las exigencias mínimas del Convenio 169, en especial lo relativo a la obligación de consulta y participación que las instituciones públicas deben con respecto a los pueblos

indígenas, consagrado en el artículo 6° de dicho convenio, norma de carácter autoejecutable según lo ha dispuesto el Tribunal Constitucional; además, señala que este decreto es susceptible de afectar directamente al territorio atacameño y a sus comunidades habiendo sido dictado sin consultarlas las que se pueden ver directamente afectadas por el otorgamiento de concesiones de de exploración geotérmicas. Por último se afecta el derecho de propiedad, estos es, la propiedad de la tierra, el agua y los recursos naturales protegido por la Ley N° 19.253 o Ley Indígena en cuanto se deben proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación y por su equilibrio ecológico.

Solicita, en definitiva, acoger el recurso en todas sus partes y que se restablezca el imperio del derecho y asegurar la debida protección a los afectados, con costas.

Consta a fojas 31 de los autos que, con fecha cuatro de mayo del presente año, se concede orden de no innovar.

**3°.-** Que, a fojas 35 el Ministro de Energía, don Jorge Bunster Betteley informa señalando que se desarrolló el proceso de licitación de las concesiones de exploración de energía geotérmica sobre áreas que se superponen sobre terrenos indígenas, pero que otras áreas, como las de Socompa y Colorado, no lo están. Agrega que las convocatorias a licitación recibieron amplia publicidad, el 1 de septiembre de 2010 se publicó en el Diario Oficial, posteriormente en diarios regionales y también fue difundida mediante avisos radiales en tres días sucesivos en el mes de septiembre de 2010; además, indica que durante el proceso de licitación no se presentaron reclamaciones de comunidades o personas indígenas en contra de las áreas que se licitaba. Que se procedió, con fecha 23 de noviembre de 2010, a la apertura de los sobres con las propuestas y se aprobó el acta técnica de la licitación pública mediante Resolución Exenta N° 1378, de 4 de julio de 2011, y el acta de calificación técnica y económica final se aprobó mediante la resolución Exenta N° 695, de 9 de octubre de 2011, lo que fue comunicado a todos los oferentes. Finalmente las concesiones para la exploración de energía geotérmica fueron adjudicadas mediante los decretos supremos que se han señalado anteriormente y publicados en el Diario Oficial en las fechas ya indicadas.



Expresa que el acto que se impugna no es ilegal puesto que se dicta en atención a las facultades legales y constitucionales que se conceden a la autoridad administrativa ni tampoco existe arbitrariedad puesto que no descansa en el mero capricho del ministro ya que se dicta cumpliendo una obligación legal debidamente fundada. Finalmente, descarta que se hayan vulnerado las garantías constitucionales que se señalan en la acción constitucional. Hace hincapié en la distinción que hay que realizar entre los proyectos que se encuentran en una etapa cercana a la ejecución y que deben ser evaluados ambientalmente y aquellos proyectos que como de los que trata este recurso que sólo han sido autorizados administrativamente para la exploración, esto es, la búsqueda, el registro, inquirir o averiguar la existencia de energía contenida en el subsuelo-en el área concesionada-de posibles lugares aptos para la explotación.

4°.- Que, a fojas 60 se hace parte el Abogado procurador Fiscal de Santiago del Consejo de Defensa del Estado, asumiendo la defensa judicial y representación del Ministerio de Energía. A fojas 63 se hace parte la empresa concesionaria Ormat Andina Energía Limitada.

5°.- Que, a fojas 85 se hace parte don Antonio Ubaldo Cruz Plaza, en representación de la comunidad indígena Comunidad Atacameña de Socaire. A fojas 94 se hace parte, por intermedio de su abogado, la Asociación Indígena Consejo Pueblos Atacameños. A fojas 104 se hace parte don Jorge Gualberto Cruz Fabián en representación de la comunidad indígena Comunidad Atacameña de Camar, del sector rural de la comuna de San Pedro y, a fojas 121 Ylenia Hartog García y Marlene Andrea Zuleta Quiñones en representación de la comunidad indígena Comunidad Atacameña de Toconao, del sector rural de la comuna de San Pedro. A fojas 121, la abogada Ylenia Hartog García se hace parte en representación de la comunidad indígena Comunidad Indígena Atacameña de Catarpe, del sector rural de la comuna de San Pedro de Atacama.

A fojas 107, se resuelve que la presente causa se vea en pos de las causas Rol N° 9.431 y Rol N° 12.652, ambos de 2012, a contar del más antiguo ya que ambos procesos, tenidos a la vista, aparecen que se han seguido por hechos semejantes, por economía procesal y para evitar decisiones contradictorias.

6°.- Que, en primer término, cabe precisar que el llamado recurso de protección se define como una acción cautelar de ciertos derechos fundamentales frente a los menoscabos que puedan experimentar como consecuencias de acciones u omisiones ilegales o arbitrarias de la autoridad o de particulares. Son presupuestos de esta acción cautelar: a) que exista una acción u omisión ilegal o arbitraria; b) que como consecuencia de la acción u omisión ilegal o arbitraria se prive, perturbe o amenace un derecho; y c) que dicho derecho esté señalado como objeto de tutela en forma taxativa en el artículo 20 de la Constitución Política de la República.

7°.- Que, a su vez, el artículo 20 de la Constitución Política de la República expresa que el recurso de protección procede “sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes” por lo que la alegación de no ser ésta una vía procedente de impugnación debe ser desestimada.

8°.- Que, ahora bien, de los antecedentes que se han aparejado en el proceso se desprende que no ha existido actuación ilegal ni arbitraria de parte del Ministro de Energía, toda vez que es precisamente la ley quien le permite dictar el acto administrativo que se pretende impugnar y de la lectura de éste no se avizora de qué forma puede ser arbitrario ya que en su que no descansa en el mero capricho del ministro que lo dicta ya que lo hace debidamente fundado. Finalmente, se descarta que se hayan vulnerado las garantías constitucionales del número 2, 8 y 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

9°.- Que, por lo demás es necesario señalar que en la presente etapa de concesión de la exploración geotérmica, esto es, reconocer, registrar, inquirir o averiguar la existencia de energía contenida en el subsuelo-en el área concesionada de un máximo teórico de cien mil hectáreas de extensión- es imposible determinar si se afectarán determinadas comunidades indígenas o personas, lo cual de producirse será en una etapa posterior del proyecto en que será necesario realizar la evaluación medioambiental del proyecto por consiguiente, al no haber incurrido la autoridad administrativa en una acción u omisión ilegal o arbitraria el presente recurso deberá desestimarse.

**10°.-** Que, sin perjuicio de lo que se ha resuelto en los dos números anteriores, se previene que para la suscripción de contratos y otorgamiento de concesiones de explotación de energía geotérmica sobre territorio donde habiten comunidades originarias se deberá dar estricto cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 6, 7 y 8 del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, especialmente a lo referido a la participación de estas comunidades en la toma de decisiones que afecten los territorios donde éstas habitan.

**11°.-** Que, atendido lo razonado precedentemente, en el sentido de no haber una actuación ilegal o arbitraria de parte de la autoridad recurrida, el presente recurso de protección será desestimado.

Por estas consideraciones, **se rechaza** el recurso deducido a fojas 8, sin costas, por haber tenido motivo plausible para litigar.

**Regístrese, comuníquese y archívese en su oportunidad.**

**Redacción del Abogado Integrante señor Bernardo Lara Berrios.**

**Protección N° 12.533-2012.**

Pronunciada por la **Tercera Sala de esta Corte de Apelaciones de Santiago**, presidida por el Ministro señor Mauricio Silva Cancino, conformada por la Fiscal Judicial señora Clara Carrasco Andoine y el Abogado Integrante señor Bernardo Lara Berrios.

