

Santiago, seis de mayo del año dos mil once.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada con excepción de sus motivos octavo y décimo, que se eliminan.

Y se tiene en su lugar y además presente:

Primero: Que diversas comunidades indígenas individualizadas a fojas 89 recurrieron de protección en contra del Ministerio de Obras Públicas, representado por su Ministro, don Hernán de Solminihac Tampier, por la dictación del Decreto N° 121 de 2 de febrero de 2010 que adjudicó el contrato de concesión para la ejecución, conservación y explotación de la obra pública fiscal denominada ?Nuevo Aeropuerto de la Región de la Araucanía? a la empresa constructora Belfi S.A., sin cumplir con la obligación de Consulta que establece el Convenio 169 de la OIT, lo que vulnera las garantías constitucionales de los numerales 2 y 6 del artículo 19 de la Carta Fundamental.

Segundo: Que el proyecto adjudicado en autos fue previamente sometido a una calificación ambiental, la que una vez culminada en octubre de 2007 por la Dirección Ejecutiva de la CONAMA llevó a la realización de la correspondiente licitación.

Tercero: Que la licitación de una obra pública se encuentra regulada

en el Decreto Supremo MOP N° 900 de 1996, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DFL MOP N° 164, Ley de Concesiones de Obras Públicas y en el Reglamento respectivo, Decreto Supremo N° 956 de 1997. En dichos textos se regula en forma pormenorizada todo el procedimiento para llevar a efecto las licitaciones y concesiones que deban efectuarse para la ejecución, reparación, conservación o explotación de obras públicas fiscales. Dicho procedimiento contempla una serie de actuaciones previas a la dictación del decreto de adjudicación, como lo prevé el artículo 3 de la ley antes citada. Así, en el caso de autos primero se aprobó la ejecución de la obra pública por parte del Presidente de la República, lo que ocurrió mediante el Oficio N° 115 de 22 de enero de 2008; posteriormente se aprobaron las bases de la licitación por el Director de Aeronáutica Civil y por el Ministerio de Hacienda. Enseguida se hicieron diversas publicaciones del llamado a Precalificación para el Registro Especial Internacional para el "Segundo Programa de Concesiones Aeroportuarias", del cual forma parte el proyecto objeto de la adjudicación cuestionada en autos. En el mes de diciembre de 2008 se hicieron las publicaciones de los respectivos llamados a Licitación Pública Internacional del proyecto. El 29 de abril del año 2009 se aprobaron las bases de la licitación de la obra a ejecutar; posteriormente en los meses de mayo, agosto y septiembre del año 2009 se aprobaron diversas circulares aclaratorias de las Bases de la Licitación respectiva. Luego se levantó acta de evaluación de las ofertas técnicas, de apertura de las ofertas económicas, de calificación de estas últimas y la adjudicación respectiva.

Cuarto: Que el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo entró en vigencia en Chile el 15 de septiembre de 2009. En su artículo 6 N° 1 letra a) 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 la medida que las comunidades

recurrentes estiman les agravia es la dictación del decreto de adjudicación de la obra para el "Nuevo Aeropuerto de la región de la Araucanía"; sin embargo, dicho acto constituye la culminación de todo un proceso iniciado en enero del año 2006 con el ingreso del Anteproyecto al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, la posterior aprobación de la ejecución de la obra por el Presidente de la República y el inicio de la licitación respectiva, con lo cual resulta evidente que los temas que a las comunidades preocupa, a saber el espacio f

ísico donde se emplaza el proyecto, la presencia de sitios de significación cultural, étnica, religiosa y ceremonial indígena, son todos aspectos que no fueron decididos a través del decreto de adjudicación, sino que vienen determinados por todos los actos anteriores a dicho decreto y que fueron dictados o aprobados cuando no se encontraba vigente el Convenio N° 169 de la OIT.

Quinto: Que en efecto, dentro de las Bases de la Licitación, según puede leerse de la copia de las mismas agregadas al tomo I del archivador que se guarda en custodia, en el punto 1.3 "Descripción del Proyecto", señala "El Nuevo Aeropuerto de la Región de la Araucanía, estará ubicado a 20 km al Sur-poniente de la ciudad de Temuco, Región de la Araucanía, aproximadamente 3 kilómetros al costado Poniente de la Ruta 5, en el Sector de Quepe de la Comuna de Freire". Luego, dicha ubicación fue considerada por todos los partícipes del proceso de licitación, como asimismo aquéllos debieron ponderar lo relativo a la construcción, explotación de las obras, la concesión de las mismas, las bases técnicas y económicas, por lo que el acto de adjudicación sólo viene a formar parte de las últimas medidas del proyecto, de modo que no corresponde someterlo, como se dijo, a la consulta que pretenden las recurrentes, ya que dicho procedimiento se inició con mucha antelación a la vigencia del Convenio 169, y a dichos actos se sujetaron de buena fe todos los terceros que participaron de la licitación, no pudiendo entonces ahora pretender introducir modificaciones al proyecto, que es lo que se persigue por la vía de la consulta, si las bases fueron antes

debidamente publicadas y dictadas de acuerdo a la legislación vigente en esa oportunidad.

Sexto: Que por lo antes razonado no existe un acto arbitrario o ilegal por parte de la autoridad recurrida al dictar el decreto de adjudicación para el proyecto del Nuevo Aeropuerto de Temuco sin efectuar la consulta que contempla el Convenio N° 169, por cuanto ello no era exigible a dicho acto.

Séptimo: Que al no existir un acto arbitrario o ilegal, es innecesario analizar la transgresión de las garantías constitucionales que las recurrentes estiman amagadas.

Octavo: Que conforme a lo señalado el recurso de protección no puede prosperar.

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 Suprema sobre la materia, se confirma la sentencia apelada de treinta y uno de enero del año dos mil once, escrita a fojas 283.

Acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Brito, quien fue de parecer de revocar la sentencia impugnada y de hacer lugar al recurso de protección, ordenando dejar sin efecto el decreto de adjudicación N° 121 del Ministerio de Obras Públicas con el objeto que previamente se realice el proceso de consulta que previene el numeral 1° del artículo 6 del Convenio N°169 de la OIT, según se pasa a señalar:

1.- Todo proceso que pueda afectar alguna realidad de los pueblos originarios o indígenas 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. Ello ha de ser así porque es claro que las medidas que se adopten deben orientarse a salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados. Esto es, ha de tratarse de resoluciones especiales, distintas de las que normalmente son acordadas para ámbitos sociales marcadamente diferentes. Tal característica de la medida, entonces, muy probablemente no será lograda de no obrarse de la manera referida.

2.- Para asegurar lo anterior, el artículo 4° del Convenio nombrado previene la obligatoriedad de las consultas y la participación de organizaciones representativas. Tal modalidad no implica sujetar la decisión de estos asuntos sólo al parecer de las minorías étnicas afectadas, ni menos limitar la potestad de administrar a las autoridades públicas sino, únicamente, buscar un procedimiento que otorgue posibilidades de entendimiento, de acuerdos que integren y no excluyan.

Informar no constituye un acto de consulta, porque cuando sólo se entregan antecedentes quien los recibe no tiene posibilidad de influir en la decisión. Por ello es que este diálogo ha de tenerse de buena fe, con la intención de alcanzar acuerdo, de abandonar posiciones propias con el propósito de lograr otras, que surjan consensuadas.

Necesariamente debe hacerse a través de organismos representativos y libremente.

3.- Así las cosas, la decisión atacada debió dar cumplimiento al referido Convenio, por cuanto al momento de su dictación éste se encontraba vigente y por ello el disidente estima que se incumple el deber general de fundamentación de los actos administrativos, porque no es consecuencia de un claro proceso de consulta en el que se hayan tenido en cuenta aquellos elementos para el razonamiento y justificación que esta particular autorización requiere.

Tal carencia torna arbitraria la decisión y lesiona la garantía de igualdad ante la ley, porque al no aplicarse la consulta que el convenio previene, niega trato de iguales a las comunidades indígenas reclamantes, porque la omisión implica ?no igualar? para los efectos de resolver.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo de la Ministro señora Araneda y de la disidencia su autor.

Rol N° 1608-2011

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, Integrada por

los Ministros Sr. Héctor Carreño S., Sr. Pedro Pierry A., Sra. Sonia Araneda B., Sr. Haroldo Brito C., y el Abogado Integrante Sr. Rafael Gómez B. No firman los Ministros señor Pierry y señora Araneda, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por estar ambos en comisión de servicios. Santiago, 06 de mayo de 2011.

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

En Santiago, a seis de mayo de dos mil once, notifiqué en Secretaria por el Estado Diario la resolución precedente.