

Punta Arenas, seis de agosto de dos mil veintiuno.

Vistos:

Comparece Oscar Gibbons Munizaga, abogado, actuando en favor de las ONG COMUNIDAD INDÍGENA KAWÉSOAR GRUPOS FAMILIARES NÓMADES DEL MAR; COMUNIDAD INDÍGENA KAWÉSOAR ATA´P Y COMUNIDAD INDÍGENA KAWÉSOAR RESIDENTES EN RÍO PRIMERO, personas jurídicas de derecho privado, interponiendo recurso de protección en contra del GOBIERNO REGIONAL DE LA XII REGIÓN DE MAGALLANES Y LA ANTÁRTICA CHILENA, persona jurídica de derecho público, representada legalmente por el Procurador Fiscal Regional don CLAUDIO BENAVIDES CASTILLO, abogado, ambos domiciliados en calle 21 de Mayo N° 1678, Punta Arenas, por las acciones y omisiones que provocan una restricción, amenaza y vulneración de su derecho a la igualdad ante la ley, garantizado en el numeral 2 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Relata que doña Leticia Isabel Caro Kogler, el día 28 de mayo de 2021, encontró en su casilla de correo electrónico jewolpaks@hotmail.com, un email enviado por don Víctor Fernández Salinas, Jefe de División de Fomento e Industrias del Gobierno Regional de Magallanes y la Antártica Chilena, en el que le señalaban que debido a su experiencia y conocimiento en el tema, y con la finalidad de fortalecer aún más el proceso de diseño de esta nueva política pública regional y darle la legitimidad que merece para su posterior implementación durante un período prolongado, es que le pedimos completar esta encuesta.

Doña Leticia Caro, le envió una respuesta por la misma vía, señalándoles que les gustaría saber de dónde emergen estas necesidades y por sobre todo saber cómo hicieron la recogida de datos, para saber en conclusión porque creen que esto es lo que podría ser la nueva política portuaria para Magallanes.

A lo que recibió por respuesta, que agradecían sus comentarios y participación en la encuesta enviada; le indica que se encuentran en el proceso de tabulación de la información obtenida a través de este proceso, para



complementar e incorporar esta retroalimentación al documento borrador que se dispuso en la consulta ciudadana. Y próximamente, informarían respecto a este proceso, una vez analizada la información recibida.

Debido a que en realidad no se respondieron las interrogantes formuladas por doña Leticia Caro, ella envió otro correo electrónico, en el que les hace presente que no respondieron sus consultas y hasta el día de presentación del recurso no tenía respuesta de este.

Esta forma de actuar del Gobierno Regional es arbitraria e ilegal, dado que el tema es atingente y afecta a derechos de los pueblos indígenas, por lo que la comunidad recurrente y otras organizaciones indígenas de la Región debieron haber sido objeto de una Consulta Indígena previa y no limitarlos a participar en un mero proceso de participación ciudadana, menos, si eso se hace sin tener ningún tipo de reuniones, sino que enviando un simple email, que en realidad no contiene información alguna acerca de las políticas de desarrollo portuario regional que se pretenden implementar por la recurrida.

Esto afectan su garantía constitucional de la Igualdad ante La Ley, consagrada en el artículo 19 N°2 de la Constitución Política de la República, por cuanto los derechos indígenas tienen estándares distintos de aplicación al resto de la población chilena no indígena y la no aplicación de esos estándares especiales, vulnera el derecho a la igualdad ante la ley, pues con ello se niega esa diferencia, y se asimila a los pueblos y personas indígenas a la sociedad mayor, provocando la extinción cultural de los pueblos indígenas.

La consulta indígena es un mecanismo motivado en el derecho a la igualdad, como medida de discriminación positiva. Los pueblos indígenas detentan un mecanismo de participación superior al resto de los ciudadanos chilenos, derecho que les pertenece en virtud de lo establecido en el Convenio 169 de la OIT, mecanismo denominado "consulta indígena".



Este mecanismo implica restablecerlos en la igualdad de la que carecen materialmente. La consulta indígena los iguala, los restablece en la igualdad.

Si no se efectúa por el Estado de Chile, la consulta indígena previamente a dictar leyes o implementar medidas administrativas que le son atingentes a sus miembros, incluso si se efectúa previamente pero vulnerando sus estándares de aplicación, el derecho a la igualdad ante la ley de los pueblos originarios se ve vulnerado, pues se les despoja del mecanismo que "los hace iguales", dado que solamente mediante este mecanismo de consulta indígena, se hace material la igualdad ante la ley de estas minorías étnicas, respecto del resto de los ciudadanos chilenos no indígenas.

Además, el deber de efectuar el Estado de Chile la Consulta Indígena, está establecido en otros dos tratados internacionales ratificados por Chile, a saber, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. A mayor abundamiento, está establecida esta obligatoria consulta, en la jurisprudencia de los Tribunales creados por la Convención Americana de Derechos Humanos y por la Convención Para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, Tribunales Internacionales cuyas sentencias son obligatorias para el Estado de Chile.

El Tribunal Constitucional de Chile, en su sentencia Rol 309, de 20 de agosto de 2000, determinó que la obligación de consultar a los pueblos indígenas establecida en el Convenio 169 de la OIT.

La institución de la consulta a los pueblos indígenas posee requisitos esenciales, que son distintivos y diferentes a la acepción vulgar del vocablo "consulta" y en algunas normas del ordenamiento jurídico constitucional chileno.

Los requisitos esenciales de la consulta a los pueblos indígenas, que le otorgan una connotación jurídica especial, están establecidos en el artículo 6° del Convenio 169, que establece en forma imperativa que:

"Las consultas deberán:



- efectuarse de buena fe
- de manera apropiada a las circunstancias
- a través de sus instituciones representativas (Art. 6. N°1 letra a)

- con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento (de los pueblos indígenas) acerca de las medidas apropiadas.”

El “proceso participativo” llevado a cabo por la recurrente, objeto de este recurso, está enmarcado en la denominada participación ciudadana, basándose en la Ley N° 20.500, sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública.

De lo antes expuesto, se aprecia que el “proceso participativo” de marras, consiste en una simple encuesta por correo electrónico, sin tener suficiente información de base, lo que no se adecua a las exigencias del Convenio 169 de la OIT

De suyo, la participación supone un mecanismo en que los indígenas comparten espacios comunes con otros sectores de la sociedad. Contribuyen al diálogo como un sector más, entre otros.

Pero el estándar de participación que ocupa el Gobierno Regional es de simple participación ciudadana, es decir, un mecanismo que se aplica a cualquier chileno, sin atender a sus diferencias culturales, de filosofía o cosmovisión, como es la consulta indígena.

La elaboración de la Política Marítimo Portuaria Regional debe ser objeto de una consulta indígena previa e informada, con todas las características mencionadas supra, lo que no ha efectuado el Gobierno Regional. En forma arbitraria e ilegal, dictó una resolución que abre un proceso de participación ciudadana, para la elaboración de esta política, medida administrativa que no puede tomarse sin previa consulta indígena.

Esto implica consultar a los indígenas sólo de manera aparente, simulada, virtual.



Aplicar una mera participación ciudadana a los indígenas implica una mordaza, pues se invisibiliza su diferencia cultural.

La medida administrativa tomada por el Gobierno Regional, aplicando una mera participación ciudadana y no una consulta indígena, afecta directamente a los recurrentes, pues tal participación, además de carecer de la información acerca de su contenido y los actores que la formularon, tal como se demuestra en el intercambio de correos electrónicos con el Gobierno Regional, al no ser la manera correcta de dialogar con los pueblos originarios, es una discriminación arbitraria e ilegal en contra de sus derechos constitucionales.

La recurrida ha incurrido en un fraude a la ley, aparentando pedir la opinión de los indígenas y hacerlos parte de un proceso que les otorga una verdadera capacidad de opinar.

La acción u omisión arbitrarias, en que ha incurrido la recurrida, deviene en que no existe razón para que esta medida administrativa no haya sido materia de consulta indígena previa, como obliga el Convenio 169 de la OIT plenamente vigente desde el año 2009.

Dada la pandemia que afecta a todo el planeta, los organismos internacionales de Derechos Humanos han señalado que los Estados deben paralizar las consultas indígenas, ante la situación mundial provocada por el Covid 19.

Así, la Comisión Interamericana de DDHH, dispuso en la Resolución 120: "57. Abstenerse de promover iniciativas legislativas y/o avances en la implementación de proyectos productivos y/o extractivos en los territorios de los pueblos indígenas durante el tiempo en que dure la pandemia, en virtud de la imposibilidad de llevar adelante los procesos de consulta previa, libre e informada (debido a la recomendación de la OMS de adoptar medidas de distanciamiento social) dispuestos en el Convenio 169 de la OIT y otros instrumentos internacionales y nacionales relevantes en la materia"



En cuanto al derecho refiere el Convenio N°169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, de la Organización Internacional del Trabajo, que establece el deber de consultar a los pueblos indígenas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, a través de sus instituciones representativas, mediante un procedimiento realizado 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. La consulta, siendo un derecho para los pueblos, constituye una obligación para los Estados.

Por su parte el Decreto N° 66, de 2014, del Ministerio de Desarrollo Social, que Aprueba el Reglamento que Regula el Procedimiento de Consulta Indígena en virtud del Artículo 6 N° 1 Letra A) y N° 2 del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, en su artículo 7, señala las medidas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas.

Solicita que se acoja el presente recurso ordenando que se deje sin efecto el denominado proceso participativo de elaboración de la Política Marítimo Portuaria Regional y que se inicie un proceso de consulta indígena, para la elaboración de dicha política, una vez que haya pasado la pandemia, dos meses después de que haya terminado tal alerta sanitaria, como plazo razonable para iniciar un diálogo con los miembros de las comunidades de pueblos originarios, en cuyo favor se recurre.

Informa Marcos Loaiza Miranda, abogado en representación del Servicio de Gobierno Regional de Magallanes y de la Antártica Chilena, solicitando el rechazo del recurso.

Manifiesta que existe un error en el recurso ya que, quien representa al Servicio de Gobierno Regional de Magallanes y de la Antártica Chilena, es el Gobernador Regional don Jorge Mauricio Files Añón.

Alega improcedencia de la acción deducida, no basta con realizar afirmaciones para obtener una resolución favorable



de la judicatura, hay que auxiliar la decisión con elementos de hecho y de derecho que resulten pertinentes, en este caso no se dan los presupuestos, ya que no existe acto que habría vulnerado las garantías constitucionales de los recurrentes, si tal acto existiera habría sido dirigido en su contra.

Señala que son correctas las afirmaciones en cuanto a la consulta a los pueblos originarios, que forman parte relevante de la legislación administrativa nacional, y duda que pueda ser negado, más aún cuando se hacen desde el contenido normativo aceptado por el estado chileno.

Se habla de vulneración del derecho a la igualdad ante la ley, por una resolución que no es conocida y aparentemente sería la que generaría esta acción, pero en estricto rigor sólo se ha hablado de un correo electrónico que invita a la señora Caro Kogler a responder una encuesta.

En derecho, las cosas son lo que son y no lo que las partes quieren que sean, una encuesta es eso una pregunta, no participación ciudadana, no buenas prácticas, no consulta indígena. Aparentemente se trata de ir acercando opiniones sobre la materia.

No existe una política marítimo portuaria de carácter regional, para que ello ocurra deben completarse todos y cada uno de los trámites legales contemplados para generar un instrumento de planificación regional como es el que se pretende, con toda seguridad ese proceso sí contemplaría una consulta indígena.

La acción deducida es del todo improcedente y es probable que haya sido inducida erradamente por los recurrentes, no resulta sensato afirmar que se pretende burlar la opinión de los pueblos originarios en iniciativas que pudiesen afectar sus derechos, no es legítimo afirmar que se les ha pretendido amordazar invisibilizando las diferencias culturales

La recurrente señala la existencia de una "resolución" que podría ser claramente enmarcada o definida como una actuación formal eventualmente vulneratoria de derechos, pero no son capaces de señalar de cuál se trata, ni acompañan



copia y la razón es sencilla, no existe tal acto, tampoco existe omisión, ya que fue sólo el correo del señor Fernández Salinas en el que invitaba a contestar una encuesta.

La recurrente ha creado una falsa realidad de que se la ha pretendido engañar haciéndole contestar una encuesta para decir después que la comunidad que representa o representaba fue parte de un proceso de "participación ciudadana" o de una "consulta indígena" lo que no es verdad.

Señala que no hay arbitrariedad ni ilegalidad, ya que se ha producido una confusión al ser invitado a contestar una encuesta, que tuvo por finalidad fortalecer el proceso de diseño de una política pública regional, que se encuentra en formato de borrador.

Su parte no puede discutir el desarrollo correcto de lo que debiese ser una consulta indígena, no es materia de esta confrontación, por más que la recurrente entienda que allí reside su fortaleza argumental, es más se le puede conceder todo el espacio que requiera para discutir aquello.

Esta corte está llamada a resolver si existe un acto arbitrario o ilegal que haya privado, perturbado o amenazado el legítimo ejercicio del derecho a la igualdad ante la ley de las comunidades recurrentes. Nada de ello existe por lo que el recurso debe ser desechado.

Solicita se tenga por evacuado el informe y se rechace la acción constitucional en los términos planteados.

Se trajeron los autos en relación.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: 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 evidente carácter cautelar, destinada a amparar el legítimo ejercicio de las garantías y derechos preexistentes que en esa misma disposición se enumeran, mediante la adopción de medidas de resguardo que se deben tomar ante un acto arbitrario o ilegal que impida, amague o perturbe ese ejercicio.

Se trata de una acción constitucional de naturaleza





cautelar, que fue incorporada a nuestra legislación como una garantía jurisdiccional, con el propósito de servir de remedio rápido, expedito, pronto y eficaz frente a ostensibles o manifiestas violaciones a derechos fundamentales taxativamente señalados en la Constitución y que puedan establecerse sumariamente.

SEGUNDO: Que, para que proceda el recurso se requiere la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) Que se compruebe la existencia de la acción u omisión reprochada, esto es, que efectivamente el recurrido ha realizado el acto (hecho) o incurrido en la omisión que se le atribuye;

b) Que dicha acción u omisión pueda estimarse arbitraria o ilegal de acuerdo al mérito de los antecedentes;

c) Que de la misma se siga un directo e inmediato atentado en contra de una o más de las garantías constitucionales invocadas y protegibles por esta vía, en términos que se prive, perturbe o amenace el ejercicio de un derecho indubitado y no disputado del afectado, que se encuentre expresamente garantizado y amparado en el artículo 19 del texto constitucional; y, por último,

d) Que la Corte se encuentre en situación material y jurídica de otorgar la protección pedida, esto es, si se encuentra en condiciones de adoptar alguna medida para proteger la garantía vulnerada.

TERCERO: Que el acto que la parte recurrente estima ilegal y arbitrario, es que en el proceso de elaboración de la política marítimo portuaria de la región, el Gobierno Regional de la XII Región de Magallanes y la Antártica Chilena no ha realizado la necesaria "consulta indígena" de acuerdo a lo establecido en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT.

Hecho que perturba su derecho constitucional a la igualdad ante la ley, consagrados en el N°1 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

CUARTO: Que, al informar la recurrida, solicita se rechace el presente recurso, ya que no existe por su parte,



ningún acto u omisión arbitrario o ilegal que vulnere las garantías constitucionales de las recurrentes.

Refiere la existencia de una confusión por las recurrentes, ya que la encuesta enviada solo tenía como finalidad fortalecer el proceso de diseño de una política pública regional, que se encuentra en formato de borrador, no pretendiendo que esta encuesta sea considerada una "Consulta Pública" ni una "Consulta Indígena".

QUINTO: Que como se ha dicho, en esta acción Constitucional comparece don Oscar Gibbons Munizaga, en favor de las ONG comunidad indígena Kawésqar grupos familiares nómades del mar; comunidad indígena Kawésqar ATA'P y comunidad indígena Kawésqar residentes en Río Primero, personas jurídicas de derecho privado, interponiendo recurso de protección en contra del Gobierno Regional de la XII Región de Magallanes y la Antártica Chilena, por las acciones y omisiones que provocan una restricción, amenaza y vulneración de su derecho a la igualdad ante la ley, garantizado en el numeral 2 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

SEXTO: Que el recurso de protección no es una acción popular que pueda interponerse por cualquier persona que no tenga interés inmediato y directo comprometido, desde que el constituyente personalizó su ejercicio, limitándolo a quienes hubieren sufrido privación, perturbación o amenaza en sus derechos, a sus mandatarios o a quienes comparezcan determinadamente en su favor, razones por las cuales cabe desestimar la legitimación activa del recurrente, en atención a que compareció señalando que lo hacía en representación de las ONG comunidad indígena Kawésqar grupos familiares nómades del mar; comunidad indígena Kawésqar ATA'P y comunidad indígena Kawésqar residentes en Río Primero, personas jurídicas de derecho privado, sin acreditar por lo demás que revistiera tal calidad o indicar de manera individualizada quiénes serían los eventuales afectados o miembros, aludiéndoseles de forma genérica, lo que desde ya impide que pueda acogérsela, en atención a que se pretende requerir de



este órgano jurisdiccional una defensa de intereses colectivos o difusos, lo que en esta clase de tutela resulta inadmisibles, dado que según se ha señalado debe estarse frente a accionantes o lesionados específicos o concretos.

El recurso de protección debe ser interpuesto a favor de un sujeto específico, que sea afectado en el ejercicio legítimo de un derecho que se estima conculcado, ya que por no tratarse de una acción popular, éste no puede interponerse en beneficio de personas o entes indeterminados o quien no ha acreditado la calidad de agraviado, como ocurre en el caso sometido a nuestra decisión, razones por las cuales se estima que el recurrente no tiene la legitimación activa para impetrar la presente acción cautelar.

SÉPTIMO: Que además, el recurso también debe desestimarse, ya que la recurrida solo se ha limitado a que se conteste una encuesta, que tuvo por finalidad fortalecer el proceso de diseño de una política pública regional, que se encuentra en formato de borrador, sin que al efecto aparezca una resolución que limite los derechos a la igualdad ante la ley de las citadas comunidades.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo prevenido en los artículos 19 y 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado sobre Tramitación y Fallo de Recursos de Protección de Garantías Constitucionales de veinticuatro de junio de mil novecientos noventa y dos y sus modificaciones, RECHAZA el recurso interpuesto por don Oscar Gibbons Munizaga, abogado, en favor de las ONG Comunidad Indígena Kawésqar Grupos Familiares Nómades del Mar; Comunidad Indígena Kawésqar Ata'P y Comunidad Indígena Kawésqar Residentes en Río Primero, en contra del Gobierno Regional de la XII Región de Magallanes y la Antártica Chilena, sin costas.

Redacción Ministro Sr. Víctor Stenger Larenas.

Se deja constancia que no firma la Ministra Sra. Paola Oltra Schüler, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo, por encontrarse haciendo uso de feriado legal.

Dese cumplimiento a lo dispuesto en el numeral 14 del



referido Auto Acordado.

Regístrese, notifíquese y archívese, en su oportunidad.

ROL N°922-2021 PROTECCIÓN.



Pronunciado por la Primera Sala de la C.A. de Punta Arenas integrada por los Ministros (as) Maria Isabel Beatriz San Martin M., Victor Stenger L. Punta arenas, seis de agosto de dos mil veintiuno.

En Punta arenas, a seis de agosto de dos mil veintiuno, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.  
A contar del 04 de abril de 2021, la hora visualizada corresponde al horario de invierno establecido en Chile Continental. Para la Región de Magallanes y la Antártica Chilena sumar una hora, mientras que para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar dos horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>