

# RELACIONES ENTRE LA LEY DE PROTECCIÓN INDÍGENA N° 19.253, LA LEY DE BASES DEL MEDIO AMBIENTE N°19.300 Y LA LEY GENERAL DE SERVICIOS ELÉCTRICOS (D.F.L. N°1 DE MINERÍA): ANÁLISIS DE UN FALLO

PAOLA GONZÁLEZ CARVAJAL\*

## INTRODUCCIÓN

Estimamos de interés el análisis de un fallo de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, recaído en los recursos de protección acumulados bajo los roles 1388, 1444 y 1441 del año 2000, interpuestos por María Elena Sola Ruedi y otros,<sup>1</sup> contra el Ministro de Economía, entonces don Jorge Leiva Lavalle. El acto recurrido, por los tres recursos es el Decreto Supremo N° 31 (2000)<sup>2</sup> que otorga a ENDESA la concesión definitiva para establecer la Central Hidroeléctrica Ralco, entre las regiones VIII y IX, del Bío Bío y de la Araucanía respectivamente, expedido por el Ministro de Economía, por orden del Presidente de la República. Son, además, partes en este proceso: la empresa ENDESA, el Consejo de Defensa del Estado y Francisco Segura, en representación de José Necul Sagal.

Esperamos que el presente trabajo aporte a la discusión de un tema de gran relevancia para la protección efectiva de los pueblos indígenas de Chile, la defensa de sus tierras, comprendidas estas desde una perspectiva ambiental, que considera tanto el manejo de sus recursos naturales como la subsistencia de su cultura. Nos resulta evidente la existencia de una severa controversia jurídica entre la Ley Indígena y la Ley Eléctrica. En cierto modo, la forma de resolver dicha controversia será muy relevante para el futuro de las relaciones entre el movimiento indígena, el movimiento ambiental y el Estado, así como para la salvaguarda de los pueblos originarios de nuestro país.

---

\* Abogada y Arqueóloga, ex-integrante de la Fiscalía del Medio Ambiente (FIMA).

1 Figuran también como recurrentes Nicolasa Quintremán Calpán y Berta Quintremán Calpán; los diputados Alejandro Navarro Brian, Arturo Longton Guerrero y los señores Hernán Echaurren Vial y Juan Pablo Orrego Silva.

2 De fecha 18 de enero del 2000, publicado en el Diario Oficial el día 16 de marzo del 2000.

## 1. EL RECURSO

Destacaremos algunas de las objeciones o impugnaciones al Decreto Supremo N° 31 señaladas por los recurrentes, las cuales resultan relevantes para el tema que nos ocupa, esto es, determinar las relaciones existentes entre la Ley Indígena, la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente y la Ley Eléctrica. Las argumentaciones de los recurrentes pueden resumirse de la siguiente manera:

a) El Decreto impugnado desconocería lo dispuesto por la CONAMA, que condicionó la aceptación favorable del Estudio de Impacto Ambiental de la Central Hidroeléctrica Ralco, a que la relocalización se efectuara conforme a la Ley Indígena, infringiéndose esta última, la del Medioambiente y la Ley Eléctrica, por los siguientes motivos:

i) Los actos administrativos medioambientales son vinculantes, exigiéndose en este caso la aprobación de las permutas por la CONADI.

ii) Se inundan tierras indígenas bajo el seudo título de la servidumbre eléctrica, permitiendo la concesión que se relocalice por una vía no permitida en la autorización medioambiental, esto es, las servidumbres eléctricas.

iii) Se violan los artículos 24 y 25 de la Ley de Bases del Medio Ambiente N°19.300 pues las servidumbres de la ley eléctrica son incompatibles con la relocalización que es condición exigida por la autorización de CONAMA.

b) Señalan los recurrentes que el Decreto en cuestión hace primar la Ley Eléctrica sobre la Ley Indígena N° 19.253 –y sobre la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente- desconociendo la Resolución de CONAMA y el estatuto especial de las tierras indígenas. En este caso, los fundamentos son:

i) Se omitió en el Decreto hacer constar lo dicho por la Superintendencia de Electricidad y Combustibles en cuanto a que la concesión no exime de cumplir las leyes indicadas.

ii) Se ordenan servidumbres sobre tierras indígenas, desconociendo su estatuto especial y la evidente limitación que éste implica para los actos de la administración.

c) El Decreto daña la cultura y forma de vida de las comunidades indígenas afectadas por el proyecto.

d) Sobre la misma base se desarrollan los dos siguientes y últimos motivos de impugnación: Se sostiene que se ha hecho primar la Ley Eléctrica sobre las leyes de Protección Indígena y del Medioambiente, porque se desconoció la citada Resolución de CONAMA y el estatuto especial de las tierras indígenas, omitiendo señalar en el Decreto lo dicho por la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, en cuanto a que la concesión no exime de cumplir las leyes indicadas; se invade tierras indígenas sin reconocerles su estatuto especial y se daña la cultura y forma de vida de las comunidades indígenas afectadas por el proyecto.

Los recurridos, por su parte, informan el recurso N° 1440-2000, destacando sobre el tema que nos ocupa lo siguiente:

1.- Recuerdan, en primer lugar, que mediante el recurso se impugna el Decreto Supremo N° 31 que otorgó concesión definitiva para establecer la Central Hidroeléctrica Ralco, porque infringiría el ordenamiento jurídico en los siguientes aspectos: la concesión desconocería el mandato del organismo medioambiental que otorgó la resolución favorable, condicionada a que el proceso de relocalización se efectuara conforme a la Ley Indígena; el Decreto haría primar la Ley General de Servicios Eléctricos por sobre la Ley de Protección Indígena y de la de Bases Generales del Medio Ambiente.

2.- Señalan a este respecto, que lo otorgado es una concesión eléctrica, no un permiso ambiental, sin que pueda constituir su otorgamiento una infracción de la resolución ambiental, no estando en el ámbito de la autoridad eléctrica velar porque esa resolución ambiental se cumpla, cuestión que le es ajena. Todo ello significa que al no ser un permiso ambiental, no está vinculado por la resolución ambiental aprobatoria del proyecto Ralco.

## 2. INFORMES EN DERECHO PRESENTADOS POR ENDESA

Adicionalmente, ENDESA adjuntó al proceso un gran número de informes en derecho, relativos a los tópicos en discusión, tales como, las relaciones entre la Ley Eléctrica y la Ley Indígena; los alcances del artículo 13 de la Ley 19.253, el Convenio 169; el concepto de pueblos indígenas, entre otros. Los informes en derecho fueron elaborados por los abogados señores Francisco Cumplido Cereceda, Iván Aróstica Maldonado, Alejandro Silva Bascuñán, Víctor Vial del Río, Mario Verdugo Marinkovic y Emilio Pfeffer Urquiaga. Todos estos informes coinciden en sus enfoques y a continuación destacaremos los temas que nos han parecido de mayor relevancia para la presente discusión. Estos son, la tesis que sostiene la improcedencia de la aplicación del principio de especialidad de la Ley Indígena frente a la Ley Eléctrica, y el postulado que sostiene que la prohibición de gravar las tierras indígenas que prescribe el artículo 13 de la Ley 19.253, únicamente se refiere a limitaciones a la facultad de disposición del propietario de dichas tierras.

### a. Rechazo a la aplicación del principio de especialidad de la Ley Indígena frente a la Ley Eléctrica

Este tema es abordado por los juristas Francisco Cumplido Cereceda e Iván Aróstica Maldonado. Cumplido se pregunta acerca de si existe oposición entre la constitución de servidumbres de la Ley Eléctrica y el régimen de protección de la propiedad indígena.<sup>3</sup> De acuerdo a la interpretación de cierta doctrina, el régimen de protección de las tierras indígenas prohibiría establecer a su respecto todo tipo de gravámenes, salvo que se pacten entre comunidades o personas indígenas de una misma etnia o que se cuente con la autorización previa de la CONADI. Esta prohibición alcanzaría a las servidumbres eléctricas. Según lo expresado por Cumplido existirían tres criterios para resolver la controversia:

- a) Criterio Jerárquico: el cual no sería aplicable al problema en análisis, dado que la Ley Indígena y la Ley Eléctrica poseen igual jerarquía.
- b) Criterio Cronológico: según los postulados del autor mencionado, la Ley Indígena, aunque es posterior, regula ámbitos normativos distintos, por lo que no puede derogar o suspender la Ley Eléctrica.
- c) Criterio de la Especialidad: de acuerdo a este criterio debe aplicarse el cuerpo normativo que tenga un ámbito de regulación más restringido, normativa cuyos supuestos de hecho constituyan una precisión o especificación en relación con aquel que se contiene en la otra perspectiva.

---

3 Cumplido, Francisco: Informe en derecho denominado Acerca de la constitución de servidumbres legales en tierras indígenas pág. 8

Cumplido señala que “tratándose en este caso de dos normas revestidas del carácter de especiales, por ser materias de distinto objeto material, es imposible que exista una relación ley general-ley especial, pues sus ámbitos de validez sustantivos son distintos”<sup>4</sup>

Finalmente, el autor discurre que “el único ámbito en que pudiera plantearse algún elemento común, es en la imposición de gravámenes. Sin embargo, como se verá luego la naturaleza de la regulación de ellos es distinta, pues en la Ley Indígena se alude a los gravámenes voluntarios, mientras que en la Ley Eléctrica se regula la imposición de gravámenes legales”<sup>5</sup>. Discrepamos de su interpretación de acuerdo a la argumentación que se expondrá más adelante.

Por su parte, Iván Aróstica coincide en lo medular con lo señalado por Cumplido indicando sobre el particular que “entre la Ley Indígena y la Ley Eléctrica no existe oposición, por lo que no es dable acudir a las reglas de la prevalencia por especialidad o de primacía en razón de vigencia posterior, donde una operaría en desmedro de la otra. Para que ello ocurriese sería necesario que la nueva ley contenga disposiciones inconciliables con la anterior, o que regulen un mismo objeto de manera excluyente. En la especie, se trata de leyes distintas y destinadas a cumplir una finalidad diversa.”<sup>6</sup>

De acuerdo a sus postulados, entonces, es tan “especial” la Ley 19.253, que versa sobre la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena y sus atribuciones respecto a las tierras de los indígenas, como el DFL 1 de 1982, que dice relación con las servidumbres legales que puede disponer el Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, para la ejecución de obras hidroeléctricas.<sup>7</sup>

Aróstica sostiene que el aforismo sobre la preeminencia de la ley “especial” carece de todo sustento legal en nuestro ordenamiento y que de acuerdo a cierta doctrina “la compatibilidad entre leyes no se soluciona con criterios de especialidad o posterioridad sino que se reduce a un problema de interpretación que debe solucionarse indagando en cada caso la voluntad del legislador.”<sup>8</sup>

Finalmente, el autor agrega que de acuerdo a lo señalado por la Contraloría General de la República “el intérprete debe precisar primero el sentido de la voluntad del legislador expresada en la norma, y sólo en caso de que las reglas y principios de hermenéutica demuestren que ella tiene carácter de especial, es dable asignarle esta naturaleza, como corolario de la interpretación”<sup>9</sup>.

#### b. Tesis que sostiene que la prohibición de gravar las tierras indígenas, que prescribe el artículo 13 de la Ley 19.253, únicamente se refiere a limitaciones a la facultad de disposición del propietario de dichas tierras

Este es uno de los planteamientos medulares de los informes en derecho presentados por ENDESA que persiguen legitimar la imposición de gravámenes en las tierras indígenas sin

4 Op. cit. pág. 11

5 Op.cit. pág. 11

6 Aróstica, Iván: Informe en derecho denominado: Compatibilidad entre la Ley sobre protección de las tierras indígenas y la Ley General de Servicios Eléctricos (prohibición de servidumbres voluntarias/ imposición de servidumbres legales) pág. 7

7 Op.cit. pág. 2

8 Ídem.

9 Circular Interna de la Contraloría General de la República N° 70.118 (5.10.70) “Sobre interpretación de normas administrativas”.

previa solicitud de aprobación por la CONADI. Destacaremos a continuación los argumentos esgrimidos por Iván Aróstica<sup>10</sup>, Francisco Cumplido<sup>11</sup> y Víctor Vial,<sup>12</sup> en apoyo de esta tesis.

Iván Aróstica destaca sobre el particular que la historia fidedigna del establecimiento de la Ley 19.253, así como del propio texto que fue aprobado en definitiva como artículo 13, permiten deducir que éste contempla una prohibición de enajenar y gravar tierras cuyos destinatarios son los indígenas, impidiéndoles que por actos o acuerdos suyos se desprendan de sus tierras o autolimiten su propiedad. De acuerdo a Aróstica, la prohibición que pesa sobre los propietarios indígenas para enajenarlos o gravarlos libremente, equivale a decir que ellos no pueden consentir en servidumbres voluntarias o concurrir a pactos que involucren una transferencia de su derecho de dominio, a menos que los autorice la CONADI. Esta interpretación se apoyaría en el inciso final del artículo 13 que establece la “nulidad absoluta” para los actos y contratos celebrados en contravención del mismo.

Siendo ello así, y como el artículo 13 hace recaer la prohibición sobre los indígenas, para el autor mencionado resulta obvio que no tiene el alcance de proscribir o excluir la posibilidad de que las mismas tierras puedan ser objeto de actos imperativos emanados del Estado, cuyo es el caso de las leyes que disponen expropiaciones o servidumbres de origen también legal, como las servidumbres eléctricas.

Agrega el autor que el único caso de menoscabo a las atribuciones del Estado, lo constituye el hecho que las tierras indígenas no pueden ser embargadas.

Posteriormente, Aróstica relaciona el artículo 13 de la Ley 19.253 con el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República y sostiene que el artículo 13 se refiere únicamente a una limitación al dominio de los indígenas sobre sus tierras, por exigirlo el interés nacional, pues el legislador quiso impedir que por actos suyos de enajenación o gravamen, a la postre se vieran perjudicados sus derechos. Sostiene que esta norma “no ha estatuido enclaves o territorios que inhiben al propio legislador, y en donde no tienen cabida las servidumbres legales o expropiaciones que consultan otros preceptos del ordenamiento jurídico vigente”.<sup>13</sup>

Entonces, la prohibición legal de enajenar y gravar sería sólo una limitación al dominio, derivando de ello las siguientes consecuencias:

- Afecta directamente al “dueño” o titular del derecho de propiedad (indígenas o comunidades indígenas).
- Restringe la facultad de “disposición” sobre estos bienes raíces.
- Sus tierras quedan fuera del comercio humano, salvo excepciones.
- Adolecen de objeto ilícito los actos “celebrados” en contravención (nulidad absoluta).

Agrega que, históricamente, las diversas leyes indígenas consideraron prohibiciones de enajenar y gravar tierras indígenas, con el propósito de impedir que los indígenas celebraran actos en su propio perjuicio. Al limitar la facultad de disposición de los indígenas, la

---

10 Aróstica, Iván: Informe en derecho denominado: Compatibilidad entre la Ley sobre protección de las tierras indígenas y la Ley General de Servicios Eléctricos (prohibición de servidumbres voluntarias/imposición de servidumbres legales).

11 Cumplido, Francisco: Informe en derecho denominado: Acerca de la constitución de servidumbres legales en tierras indígenas.

12 Vial, Víctor: Informe en derecho innominado.

13 Aróstica, Iván Op. cit., pág.7

Ley 19.253 no impide que el derecho de propiedad de los mismos pueda ser afectado –extinguido o limitado– por otros medios, que no impliquen el ejercicio de la facultad de disposición.

El autor mencionado agrega que la propiedad indígena, individual o comunitaria, puede ser expropiada, situación que no constituye una “enajenación”. Frente a una expropiación, el dominio lo adquiere el expropiante en virtud de la ley que la ordena, y no por un acuerdo de voluntades entre expropiado y expropiante. Es decir, ante un acto imperativo estatal de esta especie, el afectado no ejerce la facultad de disposición que tenía sobre el bien afectado, sino que se limita a acatar los dictados de la ley.

Asimismo, la propiedad indígena puede ser limitada, ya no por acuerdo de voluntades, pues lo prohíbe la ley, pero sí por aplicación de otras leyes que permiten constituir gravámenes, independientemente de la voluntad del dueño del predio o titular del respectivo derecho.

En suma, las servidumbres legales –incluidas las relativas al interés o utilidades de los particulares, cuyo es el caso de las servidumbres que consulta la Ley General de Servicios Eléctricos– tienen cabida y reciben aplicación incluso sobre las tierras indígenas que son objeto de la Ley N° 19.253. Ello, porque al no intervenir la voluntad o facultad de disposición de los propietarios indígenas en su constitución, no les alcanza la prohibición de gravar que consulta el artículo 13 de esa Ley.

Finalmente, sostiene el autor que en este tipo de servidumbres, cuyo origen y causa se encuentra en la ley que la ordena, tampoco se requiere la autorización de la CONADI. Tanto porque su competencia en la materia dice relación únicamente con gravámenes voluntarios –acorde con el marco legal de sus atribuciones específicas– no siendo menester su anuencia previa para dar aplicación a una ley, como lo es el DFL 1 de Minería, de 1982. Si la ley le ha conferido atribuciones para intervenir en los actos y contratos que celebren los indígenas sobre sus tierras, ello no quiere decir que la CONADI puede también intervenir en la constitución forzosa de las servidumbres que imponen otras leyes.

Por su parte, el jurista Francisco Cumplido Cereceda, se refiere al tema concordando sustancialmente con los planteamientos de Iván Aróstica. A este respecto plantea que el otorgamiento de una concesión definitiva entrega el derecho a imponer servidumbres (de acuerdo al artículo 14 del DFL de Minería). De lo dicho se sigue que el legislador de la Ley General de Servicios Eléctricos estableció un sistema en virtud del cual el otorgamiento de una concesión lleva anexo, para su pleno y cabal ejercicio, la facultad de ejercer con pleno imperio todos los derechos funcionales a su otorgamiento y, entre ellos, el de constituir las servidumbres. Según Cumplido, son instauradas por ley en beneficio del “interés colectivo” para el pleno, íntegro y cabal ejercicio de la concesión, y la asimila a una servidumbre administrativa de utilidad pública.

Respecto a la propiedad indígena y su régimen de protección, el autor mencionado establece tres principios básicos que le caracterizarían:<sup>14</sup> a) las tierras indígenas se distinguen por su titular no por su ubicación; b) no son inamovibles y, c) las prohibiciones están y siempre históricamente han estado establecidas para la protección de los indígenas en sus transacciones particulares. De esto último se concluye que la justificación primordial de la norma es proteger la propiedad indígena de los abusos cometidos en relaciones contractuales de

---

14 Cumplido, Francisco, Op. cit. pág.5

derecho privado. La norma posibilita la libre disposición, siempre que sea entre indígenas o comunidades.

En cuanto al régimen de limitaciones y restricciones al dominio de las tierras indígenas (tanto de personas naturales como comunidades), el autor mencionado destaca los siguientes caracteres: a) no pueden ser gravadas; b) no pueden ser enajenadas; c) no pueden ser embargadas; d) no pueden ser adquiridas por prescripción; e) no pueden ser dadas en arrendamiento por más de 5 años. f) no puede cederse su uso, goce y/o administración por más de 5 años.

En el caso de comunidades indígenas además: i) no pueden ser arrendadas bajo ningún plazo; ii) no pueden ser entregadas en comodato; iii) no puede cederse a terceros (ajenos a la etnia) su uso, goce o administración.

La infracción a estas limitaciones, prohibiciones o restricciones acarrea nulidad de derecho público.

Cumplido señala que la Ley Indígena regula sólo gravámenes de carácter contractual o voluntario; en el artículo 13 de la Ley Indígena, no estarían incluidos los gravámenes impuestos por actos de autoridad y de conformidad a la Ley Eléctrica.

Agrega el autor mencionado, que si la intención del legislador hubiere sido la de excluir a los indígenas del gravamen que autoriza constituir servidumbres legales de la Ley Eléctrica lo habría señalado expresamente.

El mismo autor señala ciertos antecedentes que, en su opinión, apoyarían esta interpretación; estos son:

- Artículo 14 ley 19.253: que señala que los “gravámenes” a los cuales se refiere el artículo anterior requerirán de la autorización del artículo 1749 del Código Civil.
- Inciso 2° artículo 13: El cual no prohíbe la imposición de gravámenes de cualquier naturaleza para las tierras de comunidades indígenas.
- Inciso final artículo 13: “los actos y contratos en contravención a este artículo adolecerán de nulidad absoluta.” Según Cumplido, esta nulidad no se aplica a las servidumbres eléctricas, por ser gravámenes legales de derecho público y cuya infracción apareja en caso alguno establecer a favor de tales etnias una situación de privilegio. Toda vez que aquellos, si bien se regulan por la Ley 19.253, siguen siendo chilenos sometidos a los mismos derechos y obligaciones que los demás nacionales”.<sup>15</sup>

Finalmente, otro de los informes en derecho presentados por ENDESA que abordan el tema en discusión, fue elaborado por Víctor Vial del Río.<sup>16</sup> El mencionado autor persigue determinar si el Capítulo V del DFL N° 1 de 1982 del Ministerio de Minería, denominado “De las Servidumbres” debe o no entenderse derogado tácitamente por la Ley N° 19.253 o “Ley Indígena” (1993), cuando las servidumbres afectan a predios que, de conformidad con dicha ley, tienen la calidad de “tierras indígenas”. Ello porque la Ley Indígena, posterior al DFL N° 1 de 1982 (Min. de Minería), constituye una legislación especial que establece restricciones para la enajenación y gravamen de las tierras indígenas, de modo que puede sostenerse que las servidumbres establecidas en la Ley de Servicios Eléctricos sólo podrían afectar las tierras indígenas si para su constitución se cumplió con la formalidad habilitante de protección establecida en el artículo 13 de la Ley Indígena.

---

15 Cumplido, Francisco. Op. cit. pág.6

16 Vial, Víctor, Op. cit. pág.3

Vial sostiene que del artículo 13 de la Ley 19.253 es posible desprender que en lo relativo a la adquisición del dominio de las tierras indígenas, **“la disposición se refiere a dos modos de adquirir el dominio: la tradición y la prescripción adquisitiva.”**<sup>17</sup> La referencia que hace el artículo 13 a estos modos de adquirir, permitiría, a su juicio, excluir de su ámbito de aplicación a aquellos que no constituyen enajenación, según el alcance jurídico que tiene esta palabra, y que designa la transferencia del dominio por acto entre vivos, como son la sucesión por causa de muerte y la ley, con la sola excepción de la prescripción, que aparece expresamente señalada. Agrega que la autorización que puede otorgar la Corporación sólo puede referirse a derechos reales distintos al dominio para cuya adquisición se invoca como modo de adquirir la tradición; a su juicio, **“mal podría extenderse a derechos reales que se adquieren por otro modo de adquirir, como sería, por ejemplo, la sucesión por causa de muerte o la ley”**.<sup>18</sup> Esgrime como fundamento el inciso final del artículo 13, ya citado.

Sólo los derechos reales con los cuales se grava la tierra indígena en beneficio de personas no indígenas por acto entre vivos voluntario –tradición– requieren autorización de la Corporación, ya que la ley protege al indígena de transacciones desventajosas con particulares no indígenas. Los derechos reales distintos del dominio, aunque constituyan gravámenes, según la acepción jurídica de esta palabra, y que nacen directamente de la ley, no requerirían, de acuerdo a la interpretación del autor, para su constitución autorización alguna, y más aún, **“se encuentran absolutamente al margen de la Ley Indígena, rigiéndose plenamente por la legislación que los consagra”**.<sup>19</sup> Las servidumbres eléctricas no nacen de un acto jurídico voluntario. El modo de adquirir que opera, en este caso, es la ley. Según Vial, estas servidumbres son de utilidad pública o establecidas con fines de utilidad pública y limitan a la propiedad en virtud de la función social. (Art. 19 N° 24 inc. 3° CPR).

Más adelante, el autor citado concluye que “La Ley 19.253 no modifica ni deroga La Ley de Servicios Eléctricos. Sólo la servidumbre que nace de un hecho voluntario y que supone para su adquisición la tradición, si grava a un predio indígena se sujeta a limitaciones y restricciones que establece la Ley 19.253. Las servidumbres eléctricas no se limitan por la ley 19.253”.<sup>20</sup>

### 3.- LA SENTENCIA

La sentencia recaída en los recursos en análisis, si bien hace referencia a las relaciones entre la Ley Indígena, la Ley de Bases de Medio Ambiente y la Ley Eléctrica, no se pronuncia directamente sobre lo que, en nuestra opinión, son los puntos esenciales en disputa en estos autos. Esto es, por una parte, si puede sostenerse la preeminencia de la Ley Indígena por sobre la Ley Eléctrica por aplicación del principio de especialidad, y por otra, si ha de considerarse la imposición de servidumbres eléctricas sobre tierras indígenas dentro de los “gravámenes” prohibidos por el artículo 13 de la Ley N°19.253. Lamentablemente, la sentencia en estudio sólo aborda tangencialmente estos temas, prolongando de este modo la incertidumbre jurídica acerca del régimen de protección legal sobre las tierras indígenas en la legislación chilena.

En efecto, la sentencia comienza a abordar las impugnaciones de alcance ambiental efec-

---

17 Op. cit. pág. 3

18 Op. cit. pág. 6

19 Op. cit. pág. 9

20 Op. cit. pág. 12

tuadas por los recurrentes, haciendo mención a los artículos 24 y 25 de la Ley 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, los cuales establecen, en síntesis, que el proceso de evaluación ambiental de un proyecto o actividad –en este caso, la Central Hidroeléctrica Ralco– concluye con una resolución que lo califica ambientalmente; si es favorable, certificará que se cumplen todos los requisitos ambientales, no pudiendo ningún organismo del Estado negar las autorizaciones ambientales pertinentes; el certificado establecerá, cuando corresponda, las condiciones ambientales que deberán cumplirse para efectuar el proyecto o actividad y aquellas bajo las cuales se otorgarán los respectivos permisos.

Sin profundizar más allá de la mención de los artículos 24 y 25 de la Ley N° 19.300, y a modo de resumen, los sentenciadores describen luego el contenido del artículo 13 de la Ley N° 19.253, señalando que dispone que las tierras que detalla el artículo 12 gozan de la protección especial de la ley, no pudiendo ser enajenadas, embargadas, gravadas ni adquiridas por prescripción, salvo entre comunidades o personas indígenas de una misma etnia, o con autorización de la Corporación. Las de comunidades indígenas no pueden ser arrendadas, ni prestadas o cedidas a terceros. Las de personas naturales indígenas podrán serlo por un plazo no superior a cinco años, pero con la autorización de la Corporación se podrán permutar por tierras de no indígenas, de similar valor comercial, las que se considerarán tierras indígenas, desafectándose las primeras. Sorprendentemente, no se pronuncia acerca del alcance de los gravámenes que se prohíben ni su vinculación con las servidumbres impuestas por las concesiones eléctricas definitivas. De este modo, la mención a estos artículos resulta bastante ambigua y descontextualizada.

Acto seguido, el fallo destaca, siempre sobre los mismos temas, que la señora Directora Ejecutiva de la CONAMA, informó, a esta Corte que se calificó favorablemente el proyecto “Central Hidroeléctrica Ralco”, definiéndose en la resolución respectiva las condiciones generales del proceso de relocalización, teniendo en cuenta que lo relativo a las permutas es algo separado y distinto de la evaluación de impacto ambiental y de la aprobación posterior por parte de la CONADI; que el proyecto cuenta con auditoría independiente así como también la tiene el plan de relocalización.

El fallo agrega que, el Director de la CONADI informó sobre las estadísticas de predios indígenas afectados por la Central Ralco y de predios que han sido desafectados y los que han solicitado autorización para establecer servidumbres voluntarias o formalizar permutas. No indica que existan problemas o inconvenientes que impidan concretizar la relocalización aludida por la CONAMA.

Concluyen entonces los sentenciadores, que “del análisis de los textos legales e informes referidos en los fundamentos inmediatamente precedentes, aparece claro, en opinión de este Tribunal, que no se configuran los últimos motivos de impugnación que se vienen analizando”.

Agregan que “el Decreto N° 31, que otorga concesión definitiva para establecer la Central Ralco y constituye determinadas servidumbres, si bien se ha dictado sobre la base de disposiciones de la Ley Eléctrica, no desconoce lo resuelto por la CONAMA ni las facultades propias de la CONADI, organismos que han informado que los procedimientos respectivos –de relocalización y de permutas, entre otros– se desarrollan normalmente, contando con auditorías o monitoreos independientes”.

Argumenta el fallo que la sola circunstancia de haberse omitido consignar lo opinado por la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, en cuanto a que la concesión no exime de cumplir las leyes indicadas o lo resuelto por la CONAMA, no puede significar, en nin-

gún caso, que el Decreto N° 31 pase por alto tal conjunto normativo que es obligatorio para todos los agentes de la administración y para los particulares concesionarios; de manera tal, que el no cumplimiento de cualquiera de los aspectos referidos, deja abiertos los recursos administrativos y judiciales pertinentes.

Nos detendremos un poco en esta última argumentación, dado que captamos un error de percepción fundamental en la argumentación de la Iltma. Corte. Al señalar que el Decreto N°31 no infringe la Ley Indígena y la Ley de Bases del Medio Ambiente, dado que tanto la CONAMA (a través del proceso de relocalización), como la CONADI (a través de la realización de permutas) desarrollan sus objetivos normalmente, olvida que los predios de las recurrentes, afectados por las servidumbres eléctricas impuestas por el Decreto N°31, **nunca** formaron parte de estos programas de relocalización o permutas, manteniéndose al margen de estos procesos; es por ello que los recurrentes plantean que no pueden estas familias ser relocalizadas vía imposición forzosa de las servidumbres eléctricas, sobre todo considerando que únicamente se les indemniza en dinero el valor de sus tierras, sin las garantías legales que implica el sistema de permutas establecido por la Ley 19.253. Es decir, es completamente irrelevante que la CONADI y la CONAMA desarrollen “normalmente” los procedimientos de permutas y relocalización, con auditorías o monitoreos independientes, si la tierra indígena de propiedad de las recurrentes nunca formó parte de estos programas.

Más adelante, el fallo se refiere al último aspecto de las impugnaciones relatadas: esto es, que se dañaría la cultura y forma de vida de las comunidades indígenas afectadas por el proyecto.

Los sentenciadores plantean que, el solo enunciado de la cuestión pone de manifiesto que el asunto está fuera del ámbito propio de la acción de los tribunales, aún en sede de protección. Esta acción cautelar está destinada a restablecer el imperio del derecho cuando, por actos u omisiones arbitrarios, se ha conculcado algún determinado derecho o garantía constitucional; por lo que es de su esencia examinar el acto impugnado desde el punto de vista de la ilegalidad o arbitrariedad. Y en este caso, dicho acto es un Decreto que junto a otros muchos actos administrativos y de gestión empresarial darán vida a un proyecto, cuyo desarrollo podría tener como consecuencia el efecto perverso que se le atribuye, ahora de manera exclusiva, al Decreto N°31. Agregan que el empeño del ordenamiento jurídico parece dirigirse a evitar ese efecto perverso, para lo cual precisamente existen las leyes y organismos relativos al medioambiente y a la protección de la vida y cultura de las etnias indígenas.

El Tribunal, en estos aspectos, destaca que tuvo en consideración los positivos informes que tales organismos han presentado. Agregan, que del contexto de los antecedentes reunidos les resulta claro que los decretos N°31 y 32, ambos del año 2000 y del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, no pueden calificarse de actos arbitrarios, esto es, fruto del mero capricho de la autoridad que los dictó, pues son el resultado de procedimientos de larga duración, durante los cuales ocurrieron impugnaciones y reclamos, se recibieron informes de diversa índole, apareciendo definido y racional el objetivo que se persigue con las decisiones que en ellos se expresan. Como argumento adicional de legitimidad de los decretos se menciona su normal toma de razón.

Sobre la base de los argumentos expuestos, la I. Corte declara sin lugar el recurso interpuesto. Este fallo fue apelado y la Corte Suprema confirma la sentencia apelada, con fecha 23 de enero de 2002.<sup>21</sup>

---

21 Rol ingreso Corte Suprema N°5004-2001, “Sola Ruedi, María Elena con Ministro de Economía”.

#### 4. COMENTARIOS

##### Historia, tierra indígena, importancia del medio ambiente

Destinaremos a continuación algunos párrafos a demostrar lo erróneo de la tesis sostenida por los juristas que elaboraron los informes en derecho presentados por ENDESA, en el sentido de que la historia fidedigna del establecimiento de la Ley N° 19.253 demuestra que el legislador únicamente prohibió la imposición de gravámenes voluntarios por parte de los propietarios de la tierra indígena, en sus relaciones entre particulares, dejando abierta de este modo la posibilidad de imponer gravámenes de origen legal, como por ejemplo, las servidumbres eléctricas.

En primer término, la Ley N° 19.253 siempre tuvo como norte revertir la desmedrada situación de los pueblos indígenas de Chile, diferenciándose de las anteriores legislaciones indígenas, y estableciendo un régimen jurídico de protección de sus tierras radicalmente diferente a los anteriores. En efecto, de acuerdo a lo señalado por el diputado Kusmicic,<sup>22</sup> “las primeras legislaciones nacionales relativas a los indígenas inician un largo camino de pérdida de sus bienes ancestrales como son la tierra, el agua y los bosques. Los gobiernos incorporan las tierras ocupadas por estos pueblos al territorio nacional permitiendo la enajenación y apropiación de éstas por particulares no indígenas. De esta manera, el pueblo mapuche es confinado a vivir en una reducida parte de sus ancestrales tierras y se dividen sus comunidades”. A este respecto, resultan de interés las expresiones del diputado Ojeda<sup>23</sup> quien señala que “ellos [los indígenas] no tienen la tierra y el agua, en circunstancias de que nacieron con la tierra y con el agua. Este proyecto les dará la tierra y el agua, para que no sigamos observando el mismo cuadro repetido en espacios y tiempos”.

Situados en este contexto, veremos que la gran innovación de la Ley Indígena N° 19.253 ha sido dotar al concepto de tierras indígenas de una dimensión medioambiental, lo que trae aparejado una protección integral de su entorno, el cual incluye los recursos naturales y los componentes socioculturales, carácter que es completamente acorde con el tratamiento jurídico otorgado a los pueblos originarios en derecho comparado.

En este sentido debemos entender las expresiones del diputado Kusmicic<sup>24</sup> relativas a que el proyecto de Ley Indígena, “reconoce la relación de los pueblos indígenas con la tierra. Por ello, se presentan una serie de normas destinadas a regular mecanismos que protejan la tierra que habitan, tanto en un régimen de propiedad como de posesión, velándose por una adecuada explotación y preservación del equilibrio ambiental”.

Similares conceptos son vertidos por el diputado Octavio Jara<sup>25</sup> quien destaca que la ley sobre protección, fomento y desarrollo de los Pueblos Indígenas, “valora la especial relación de estos pueblos con sus territorios ancestrales, con su sentido de pertenencia local, y su relación con los recursos naturales que nosotros deberíamos aprender. Por su parte, el diputado Pérez<sup>26</sup> agrega que el proyecto de Ley Indígena “valora y respeta la existencia de ellas [comunidades indígenas], que son partes esenciales de las raíces de la sociedad chilena. Les reconoce además su cultura e idioma; que la tierra es el fundamento principal de su

---

22 Sesión 44° Cámara de Diputados, jueves 21 de enero de 1993, pág. 3720

23 Sesión 44° Cámara de Diputados, jueves 21 de enero de 1993, pág. 3731

24 Sesión 44° Cámara de Diputados, jueves 21 de enero de 1993, pág. 3721

25 Sesión 44° Cámara de Diputados, jueves 21 de enero de 1993, pág. 3709

26 Sesión 44° Cámara de Diputados, jueves 21 de enero de 1993, pág. 3736

vida y su cultura. Respeta, protege y promueve el desarrollo; protege sus tierras, vela por su adecuada explotación, del equilibrio ecológico y les otorga personalidad jurídica a sus instituciones”.

En tanto, el Boletín elaborado por la Cámara de Diputados<sup>27</sup> es concluyente en cuanto a la protección y valoración que otorga la Ley Indígena al medio ambiente de los pueblos originarios, señalando que “se considera que los indígenas requieren para su desarrollo de un espacio ecológico, de un medio ambiente adecuado, que es necesario cautelar. El territorio es entendido como un espacio de creación, desarrollo y vida de los indígenas que excede muchas veces las propias tierras que ellos mantienen en propiedad. Son parte del territorio: las aguas, el aire, los lagos, las riberas del mar, el suelo, el subsuelo, la flora, la fauna”.

Más adelante agrega que “los indígenas tienen una especial relación con la tierra, son los pueblos de la gente de la tierra. Es por ello que la depredación de los recursos naturales, la contaminación y otros desequilibrios afectan principalmente su supervivencia. La presente ley establece una estrecha relación entre ecología, medio ambiente y desarrollo de los pueblos indígenas”.<sup>28</sup>

De lo anteriormente expuesto, en nuestra opinión resulta claro que la Ley Indígena persigue proteger efectivamente las tierras indígenas y sus recursos naturales y culturales. Resulta un contrasentido pensar que los legisladores únicamente persiguieron limitar la facultad de disposición de los propietarios de tierras indígenas, posibilitando la imposición forzosa de gravámenes de origen legal, tales como servidumbres o expropiaciones. De ser así, cuán ilusoria e inútil resultarían las declaraciones consignadas en el artículo 1 de la Ley N° 19.253 que indican que “es deber del Estado, a través de sus instituciones, respetar, proteger y promover el desarrollo de sus indígenas, sus culturas y comunidades, adoptando las medidas adecuadas para tales fines, y proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación y por su equilibrio ecológico”. Por lo demás, es completamente cuestionable lo afirmado por ENDESA, respecto a que detrás de la concesión definitiva para construir la Central Hidroeléctrica Ralco, exista un “interés nacional” o un principio de “utilidad pública”, sobre todo si se considera que, el artículo 1° de la Ley 19.253 es de orden público, en cuanto señala que existe un claro interés social de protección de las etnias indígenas chilenas y de sus tierras.

No podemos dejar de mencionar a este respecto, las expresiones del Primer Mandatario de la época en que se elaboró la ley, quien señalaba entonces que “tenemos mucho que aprender de esas culturas, de sus raíces. Muchas veces nos preocupamos sólo del progreso, que sin duda es importante, pero existe el riesgo de perder el sentido profundo de las cosas. Vemos tantas veces que el progreso mal entendido destruye el medio ambiente, y nos trae más problemas que los que pretendíamos solucionar. Debemos aprender de las culturas que supieron respetar la naturaleza, tener una relación armónica con ella. Las culturas indígenas nos plantean preguntas fundamentales en torno al progreso, al tipo de desarrollo que queremos, al tipo de vida que esperamos”.<sup>29</sup>

Agregaremos que la protección de las tierras indígenas en su dimensión ambiental es una idea legislativa completamente acorde con las exigencias contenidas en los tratados internacionales, como el Convenio 169, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. En efecto, el artículo 7 N° 1 del citado instrumento internacional prescribe que “los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que

27 Sesión 43° Cámara de Diputados, miércoles 20 de enero de 1993, pág.3624

28 Sesión 43° Cámara de Diputados, miércoles 20 de enero de 1993, pág.3626

29 Sesión 43° Cámara de Diputados, miércoles 20 de enero de 1993, pág.3626

atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”.

En tanto, el artículo 13 N° 1 agrega que “al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación”. Finalmente, el artículo 15 N° 1 señala que “los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.” Con el objeto de aportar al entendimiento de las motivaciones que determinan y legitiman este régimen jurídico de excepción que poseen las tierras indígenas, debemos necesariamente abordar los conceptos de bien común y discriminación positiva.

De acuerdo a lo expresado por Viera-Gallo,<sup>30</sup> una forma equivocada de enfrentar el problema de la pluralidad cultural de una nación y de la existencia de pueblos indígenas, “es negar la realidad y decir, amparándose en la igualdad formal de la ley, que todos son exactamente lo mismo y, por tanto, con una voluntad de asimilación de la cultura indígena a la cultura dominante, negando la realidad específica, histórica, experiencia, valores, creencias, lengua y cultura de esos pueblos”. Por el contrario, una opción más justa es discriminar positivamente a favor de los pueblos y comunidades indígenas, estableciendo derechos especiales que los benefician, con el objeto de hacer efectivo para ellos el principio de igualdad ante la ley, consagrado en la Constitución Política del Estado, procurando la igualdad real por sobre la igualdad formal.

El principio de discriminación positiva debe necesariamente relacionarse con el concepto de bien común y el fin último del Estado. El artículo 1 inciso 3° de la Constitución, señala que “el Estado está al servicio de la persona humana”. De acuerdo con lo señalado por Fernando Dougnac<sup>31</sup> el precepto mencionado “consagra el principio de que el Estado no es un fin en sí mismo, sino que un medio de las personas que habitan la República de Chile para alcanzar su perfeccionamiento”.

Para promover el “Bien Común” el Estado: “...debe contribuir a la creación de condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto de los derechos y garantías que esta Constitución establece”. De acuerdo a lo expresado por el autor mencionado “el bien de uno solo de los trece o más millones de habitantes de la República es tan valioso, desde un punto de vista valórico, como el de los trece millones restantes.

---

30 Sesión 44° Cámara de Diputados, jueves 21 de enero de 1993, pág.3723

31 Dougnac, Fernando: “Bien Común y Conflictos Sociales”. Artículo publicado en el diario “El Mercurio”, Cuerpo A, 26 de agosto de 1998.

Agrega el mismo autor, respecto de la pretendida construcción de la Represa Ralco, “a la luz de los principios del “Bien Común”, no existe dilema. Los derechos de los pehuenches que no desean abandonar sus tierras no están en conflicto real, valórico, con el resto de la sociedad. A ésta no le queda otro camino que acatar sus decisiones. ¿Razón? Los derechos de estos indígenas constituyen por naturaleza y legalmente, atributos esenciales necesarios para su propio perfeccionamiento humano; forman parte de “las condiciones sociales” que les permiten alcanzar “su mayor realización espiritual y material posible”. Condiciones sociales que, a su vez, precisó el legislador en la Ley N° 19.253 o “Ley Indígena” al señalar en su artículo 1° inciso tercero que: “...Es deber de la sociedad y del Estado en particular (...) respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades, adoptando las medidas adecuadas para tales fines, y proteger las tierras indígenas...”<sup>32</sup>

## 5. CONCLUSIONES

Hemos intentado en el presente trabajo abordar el tema de las relaciones entre la Ley Indígena, la Ley Eléctrica y la Ley N° 19.300, a la luz de los conflictos sociales suscitados por la construcción de la Central Hidroeléctrica Ralco y, en particular, abordando el problema de la legitimidad o ilegitimidad de la imposición de servidumbres eléctricas sobre tierras indígenas, que se traducen en el traslado forzado de personas indígenas quienes no participaron de los programas de relocalización y permutas, contemplados por la Ley N° 19.300 y la Ley N° 19.253, respectivamente.

Nos resulta evidente la existencia de una severa controversia jurídica entre la Ley Indígena y la Ley Eléctrica. En cierto modo, la forma de resolver dicha controversia será muy relevante para el futuro de las relaciones entre el movimiento indígena, el movimiento ambiental y el Estado. Es por ello que estimamos que debiese existir un renovado interés en el tema, por parte de tratadistas y jueces, a fin de debatir las graves consecuencias que acarrearía la aceptación de las tesis de ENDESA antes expuestas. En nuestra opinión, la efectividad de la Ley Indígena se encuentra gravemente amenazada, y con ello, todo el régimen jurídico de protección destinado a la salvaguarda de nuestros pueblos originarios.

---

32 Dougnac, Fernando: op.cit

## 5. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA<sup>33</sup>

Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago

RECURSO DE PROTECCIÓN N° 1388-2000 AC. 1440 Y 1441.

“SOLA RUEDI, MARÍA ELENA CONTRA MINISTRO DE ECONOMÍA”

Santiago, 25 de julio de 2000

### VISTOS Y TENIENDO PRESENTE:

1°.- Que en estos autos acumulados bajo los roles 1388, 1440 y 1441 del 2000 son recurrentes: en el primero, doña María Elena Sola Ruedi; en el segundo, Nicolasa Quitremán Calpán, por sí, a nombre de sus hermanos Juan Quitremán Calpán y Luisa Quitremán Calpán, y de otras personas que allí se detallan; y en el tercero, doña Berta Quitremán Calpán, los diputados señores Alejandro Navarro Brian, Arturo Longton Guerrero y los señores Hernán Echaurren Vial y Juan Pablo Orrego Silva.

Es recurrido el señor Presidente de la República, a través del señor Ministro de Economía, entonces don Jorge Leiva Lavalle.

El acto recurrido, en los dos primeros recursos es el Decreto Supremo N° 31 de 18.01.00, publicado en el Diario Oficial de 16.03.00, que otorga a ENDESA la concesión definitiva para establecer la Central Hidroeléctrica Ralco, entre las regiones VIII y IX, del Bío Bío y de la Araucanía, expedida por el Ministro de Economía, por orden del Presidente de la República. En el tercer recurso se impugna también el Decreto Supremo N° 32 publicado en el Diario Oficial el 15.03.2000, que otorga concesión eléctrica definitiva para establecer líneas de transporte de energía en la VIII Región del Bío Bío, comuna de Santa Bárbara.

Son además partes en este proceso: la empresa ENDESA, el Consejo de Defensa del Estado y Francisco Segura, en representación de José Necul Sagal y otros.

En el primer recurso se indican como conculcados los derechos o garantías a que se refieren los N°s 24 y 5 del artículo 19 de la Carta Fundamental; en el segundo, los consignados en los N°s 1, 8 y 24 de ese artículo; y en el tercero, los de los N°s 24, 23 y 2 de esa norma.

2°.- Que en el primer recurso (N° 1388), se señala que el Decreto Supremo N° 31 establece una servidumbre sobre 1.335,2 hectáreas del fundo Vilcura Norte, de propiedad de la recurrente, que en la práctica pasarán a ser de exclusivo uso y beneficio de ENDESA, pues de ellas 1.015 hectáreas serían inundadas, estando allí actualmente tres edificios de su predio y sus corrales, huertos, jardines y patios, mientras las otras 320 estarán destinadas a toda la instalación industrial (presa, túnel de aducción, casa de máquinas y caminos interiores de la Central Hidroeléctrica Ralco), todo lo cual la priva del uso o goce del terreno y, siendo perpetuo, afecta también la facultad de disponer.

Ello atenta contra el 19 N° 24 de la Constitución pues esta norma establece que la privación a alguno de los atributos del dominio sólo puede establecerse mediante expropiación autorizada por ley, lo que no ha ocurrido en la especie. Alegan que se vulnera el artículo 53° de la Ley Eléctrica, que señala que las servidumbres de esa ley no pueden afectar los edificios, corrales, huertos, parques, jardines o patios que de ellos dependen, salvo para efectos de líneas aéreas de baja tensión; y según el inciso final de esa norma, en los casos de grandes centrales hidroeléctricas, como la que afecta a su predio, a petición del propietario debió efectuarse la expropiación parcial o total del predio sirviente, siendo de destacar que la expropia-

<sup>33</sup> Esta sentencia no fue apelada ante la Excma. Corte Suprema de Justicia

ción difiere sustancialmente de la imposición de servidumbre.

La inundación de las habitaciones y sus anexos también viola la garantía del 19N° 5 (inviolabilidad del hogar) y constituye un gravísimo precedente de privación del hogar mediante juicio sumario de servidumbre.

La ilegalidad surge del atropello de normas de la Ley Eléctrica y su Reglamento (artículo 26 de la Ley, 38 y siguientes, 73 y siguientes, del Reglamento), que dispone que la Superintendencia debe realizar un proceso previo a la concesión, lo que incluye la notificación de los afectados, con los planos de la servidumbre, siendo este el momento de ofrecer la opción de expropiación. En este caso se omitió la notificación y tampoco se ofreció la opción. ENDESA ha tratado de eludir el derecho de expropiación, mediante un juicio en el Juzgado de Santa Bárbara.

La arbitrariedad se produce, porque se actuó a sabiendas, pues se hizo presente a la Superintendencia de Electricidad la voluntad de ser expropiada.

Pídense declare nula o se deje sin efecto la servidumbre que impone sobre su predio el decreto señalado, o se impongan medidas que el tribunal estime pertinentes.

3°.- Que el recurso N° 1.440 señala que el artículo 8 del Decreto Supremo N° 31 individualiza 131 predios y sus propietarios, sobre los cuales se constituyen las servidumbres para la construcción de la Central Hidroeléctrica, de los cuales 98 pertenecen a personas naturales indígenas o sus sucesiones, las que a la época de publicación de la solicitud de ENDESA (Diario Oficial 15.04.98), conforme a la ley 19.253, tenían la calidad de tierras indígenas y pertenecían a las personas individualizadas en ese decreto. Los recurrentes forman parte del grupo de 35 familias pehuenches que no firmaron contratos de permuta con ENDESA, con lo cual no se cumple la condición impuesta por la CONAMA, en cuanto a que el proceso de relocalización debía hacerse únicamente en el marco de la Ley Indígena. La Superintendencia de Servicios Eléctricos, otorgante de la concesión, al omitir toda referencia a este imperativo deber de ENDESA, infringe la Ley 19.300 y la Ley 19.253. Es un abuso interpretativo tratar de separar la construcción de las obras del tema de la relocalización o reasentamiento de los indígenas, proceso este último que puede realizarse exclusivamente en la forma indicada en la Ley Indígena.

Las servidumbres que se establecen en el Decreto no contemplan ninguna de esas exigencias y condiciones y al disponerse su constitución según el D.F.L.1., tácitamente se pretende dejarlas sin efecto, desde que autoriza al titular de la concesión a ocupar los terrenos necesarios para ejercerlas, contra la voluntad de sus dueños indígenas. Entonces el Decreto es ilegal, porque contraviene expresamente los artículos 24 y 25 de la Ley 19.300, pues estas servidumbres son incompatibles con el plan de relocalizaciones citado.

Píden que se declare la arbitrariedad o ilegalidad del Decreto, o simplemente que los efectos de la concesión definitiva no afecten a las tierras indígenas ni a sus propietarios, mientras no se cumplan las condiciones establecidas en la Ley 19.300 y a las resoluciones de la CONAMA, así como a la Ley 19.253 que exige la autorización de la CONADI para permutar o gravar tierras de ese carácter.

4°.- Que el recurso N° 1441, impugna los decretos N° 31 y 32, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que otorgan a ENDESA una "concesión definitiva para establecer la Central Hidroeléctrica Ralco" y una concesión eléctrica definitiva para establecer líneas de transporte de energía eléctrica en la VIII Región del Bío Bío, comuna de Santa Bárbara. Se indica que el Decreto N° 31 es ilegal porque la Ley Eléctrica exige para la concesión definitiva, tratándose de centrales hidroeléctricas, que la solicitud indique el derecho de agua que posea el peticionario, requisito que no cumple ENDESA. Existe aproximadamente 1 kilómetro del lecho del río Bío Bío, sobre el cual ENDESA no tiene derecho. No se cuenta con derechos de agua entre las cotas 540 y 523. Los decretos

impugnados afectan la propiedad de los recurrentes, porque se permite la inundación permanente de vastos territorios del Alto Bío-Bío que actualmente le pertenecen a Berta Quintrepán Calpán y a otros recurrentes de la etnia; perturban y amenazan la libertad para adquirir toda clase de bienes, a la misma recurrente, y afectan el derecho de igualdad ante la Ley pues otorgan un trato privilegiado a ENDESA, no obstante las irregularidades en el proceso de concesión, y permiten una forma de notificación no establecida en la ley.

10°.- Que el recurso de protección se establece en la Carta Fundamental a favor de quienes, por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales, sufran privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos o garantías que menciona el artículo 20 de la Carta, a fin de que la Corte de Apelaciones, constatados que sean los requisitos señalados, adopte las providencias necesarias para reestablecer el imperio del derecho y asegurar la protección de los afectados, sin perjuicio de los demás derechos que el afectado pueda hacer valer ante la autoridad o tribunales correspondientes.

11°.- Que, como se ha dicho, en el fundamento 1°, los actos impugnados son los decretos supremos N°s 31 y 32, ambos del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, publicados en los Diarios Oficiales de 16 y 15 de marzo de 2000, respectivamente.

El primero otorga a Endesa concesión definitiva para establecer la Central Hidroeléctrica Ralco entre las regiones VIII y IX, con una potencia de 570 MW y una generación promedio anual de 3.330 millones de Kwh. Se invocan como fundamento legal los artículos 11 y 28 de la Ley Eléctrica y la Ley N° 18.410.

El segundo, otorga concesión eléctrica definitiva para establecer líneas de transporte de energía en la VIII región, comuna de Santa Bárbara, aprobando los planos de servidumbres de las instalaciones respectivas, por un período indefinido. Se invocan también, como fundamento legal, los artículos 11 y 28 de la Ley Eléctrica y la Ley 18.410.

12°.- Las objeciones o impugnaciones al Decreto N° 31 pueden resumirse de la siguiente manera:

- a) Infringe el artículo 24, letra d), de la Ley Eléctrica, pues no se cumplió la exigencia de que la solicitud de concesión indicara el derecho de agua que posee el petitionerario.
- b) No se notificó, en la oportunidad del trámite pertinente, los planos de servidumbres a uno de los propietarios afectados, siendo improcedente- por tratarse de un procedimiento reglado- la notificación tácita, infringiéndose el artículo 26 de la Ley Eléctrica e impidiendo ejercer la opción de ser expropiado conforme al artículo 53 de la Ley Eléctrica, antes de dictarse el Decreto de concesión.
- c) Se autorizó la constitución de servidumbres para la construcción de la central, no obstante que la propietaria había solicitado ser expropiada conforme al artículo 53 de la Ley Eléctrica, antes de dictarse el Decreto de concesión. Los fundamentos para esta impugnación son los siguientes:
  - 1.- La servidumbre importa que los terrenos pasen a uso y beneficio exclusivo de ENDESA, privándose atributos del dominio, lo que según el artículo 24 de la Constitución Política de la República, sólo puede materializarse mediante expropiación.
  - 2.- Conforme al artículo 53 de la Ley Eléctrica este tipo de servidumbres no puede afectar edificios, casas o anexos, salvo que se trate de construir centrales hidroeléctricas, en cuyo caso el propietario afectado puede solicitar la expropiación parcial o total del predio sirviente.
  - 3.- La expropiación debió efectuarse antes de la concesión, la que se constituyó de manera ilegal y arbitraria, pues se requirió a la Superintendencia la expropiación antes de dictarse el decreto impugnado.
- d) El Decreto desconocería lo dispuesto por la CONAMA, que condicionó la aceptación favorable a que la relocalización se efectuara conforme a la Ley Indígena, infringiéndose esta última, la del

Medioambiente y la Ley Eléctrica, por los siguientes motivos:

- 1.- Los actos administrativos medioambientales son vinculantes, exigiéndose en este caso la aprobación de las permutas por la CONADI.
  - 2.- Se inundan tierras indígenas bajo el seudo título de la servidumbre eléctrica, permitiendo la concesión que se realice por una vía no permitida en la autorización medioambiental, esto es, las servidumbres eléctricas.
  - 3.- Se violan los artículos 24 y 25 de la Ley de Bases del Medio Ambiente N°19.300, pues las servidumbres de la Ley Eléctrica son incompatibles con la relocalización, que es condición exigida por la autorización de CONAMA.
- e) Hace primar la Ley Eléctrica sobre la Ley Indígena N° 19.253 y sobre la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, desconociendo la resolución de CONAMA y el estatuto especial de las tierras indígenas. En este caso, los fundamentos son:
- 1.- Se omitió en el Decreto hacer constar lo dicho por la Superintendencia de Electricidad y Combustibles en cuanto a que la concesión no exime de cumplir las leyes indicadas.
  - 2.- Se ordena servidumbres sobre tierras indígenas, desconociendo su estatuto especial y la evidente limitación que éste implica para los actos de la administración.
- f) El Decreto daña la cultura y forma de vida de las comunidades indígenas afectadas por el proyecto.

14°.- Que la primera objeción al Decreto N° 31 se hace consistir en que infringe el artículo 24, letra d), de la Ley Eléctrica, por no haberse cumplido con indicar, en la solicitud de concesión de la Central Hidroeléctrica, el derecho de agua que posee el petionario. Concretamente se postula que ENDESA no posee los derechos de agua necesarios, pues debiendo restituir las aguas en la cota 523, sólo cuenta con derechos hasta la cota 540, por lo que los planos contemplan un punto de restitución que está fuera de su derecho de agua. Sobre esta materia, debe recordarse lo que se señaló en el apartado g) del fundamento 9 de este fallo, en el que se consigna que a fs. 1020 el señor Director General de Aguas informó que ENDESA solicitó y obtuvo el cambio de punto de restitución del derecho de aprovechamiento no consuntivo de que es titular en el río Bío-Bío, desde cota 540 m.s.n.m. aproximadamente, a cota 523 m.s.n.m, como se lee a fs. 1018, en la Resolución de 30 de octubre de 2000 de la Dirección Regional del Bío-Bío, de aquella Dirección General. En dicha Resolución se deja constancia que el traslado no afecta a derecho de terceros, que la construcción de la respectiva obra no deberá importar perjuicio o menoscabo de derechos de terceros y que la interesada deberá constituir las servidumbres que correspondan, cargando con los gastos respectivos. La objeción de que se trata, incluso en lo referente a los planos de rigor con toda la importancia que ellos tienen en lo técnico y en lo jurídico, ha quedado superada de la manera dicha, siendo pertinente considerar que la norma legal sólo exige que en la solicitud se indique el derecho de agua que posea el petionario, lo que en su momento se cumplió, procediéndose con posterioridad a solucionar un aspecto técnico que tiene incidencia en el funcionamiento práctico de las obras, pero que no anula el acto administrativo que se viene analizando, sin perjuicio de los derechos y obligaciones que se han podido generar con el acto complementario.

15°.- Que la segunda impugnación se refiere a que no se notificó, en su oportunidad, los planos de servidumbres a uno de los propietarios afectados, siendo improcedente en este caso la notificación tácita. Con ello se infringió el artículo 26 de la Ley Eléctrica y se impidió ejercer la opción de ser expropiado antes de dictarse el decreto de concesión. Sobre esta materia, debe consignarse, en primer lugar, que la norma referida no señala determinadamente algún tipo de notificación y sólo se refiere, en general, a que los planos sean puestos en conocimiento de los afectados; en segundo lugar, que no se excluye la notificación tácita, pareciendo evidente a estos sentenciadores que dicha forma de

notificación puede tener lugar en estos procedimientos, conforme a las reglas generales; y, tercero, que parece claro que la señora Sola Ruedi, por las actuaciones que ha desplegado –que incluso lo han sido ante los Tribunales– tuvo oportuno conocimiento de los planos y pudo formular las observaciones y oposiciones que fueren del caso, como lo permite la norma en análisis.

16°.- Que la siguiente objeción se hace consistir en que se autorizó la servidumbre para construir la Central, no obstante que la propietaria había solicitado ser expropiada antes de dictarse el decreto de concesión, conforme lo autoriza el artículo 53 de la Ley Eléctrica. Dicha norma excluye de determinadas servidumbres entre ellas, la de obras hidroeléctricas- a los edificios, y limita las que pueden sufrir los corrales, huertos y otros similares. Pero en su inciso final dispone: “No obstante lo establecido en los incisos anteriores, cuando se trate de centrales hidráulicas productoras de energía de 25.000 o más Kilowatts de potencia, los edificios, corrales, (...) estarán sujetos a la servidumbre de acueducto y de las obras hidroeléctricas. Pero a petición del propietario deberá efectuarse la expropiación parcial o total del predio sirviente.” Del texto legal transcrito fluye que en el caso de centrales hidráulicas mayores se puede afectar a los edificios, corrales, huertos, etcétera, con las servidumbres de acueducto y de obras hidráulicas, estando obligado el Estado a expropiar, de manera total o parcial, el predio sirviente, a petición del propietario; esto significa, por lógica, que primero debe existir una servidumbre eléctrica constituida, que dé origen a un predio sirviente, situación fáctica que genera el derecho del propietario a ser expropiado. Por ello, no es admisible sostener que la expropiación debió efectuarse antes de la concesión y consiguiente constitución de la servidumbre- y que para ello habría sido suficiente haber requerido a la Superintendencia la expropiación antes que se dictara el decreto impugnado. Por el hecho de dictarse el decreto de que se trata, no se priva a los propietarios de su derecho a ser expropiados, si se cumplen las condiciones que la Ley prescribe y es precisamente la servidumbre la que viene a originar o hacer factible el ejercicio de ese derecho.

17°.- Que otro motivo de impugnación consiste en que el Decreto -N°31- desconocería lo dispuesto por la CONAMA, en cuanto condicionó su aceptación favorable a que la relocalización de los propietarios se efectuara conforme a la Ley Indígena, lo que no ha ocurrido en el caso de la Central Ralco, violándose los artículos 24 y 25 de la Ley N° 19.300 y 13 de aquella Ley.

Sobre la misma base se desarrollan los dos siguientes y últimos motivos de impugnación. Se sostiene que se ha hecho primar la Ley Eléctrica sobre las Leyes de Protección Indígena y del Medioambiente, porque se desconoció la citada resolución de CONAMA y el estatuto especial de las tierras indígenas, omitiendo señalar en el Decreto lo dicho por la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, que la concesión no exime de cumplir las leyes indicadas, en cuanto se invade tierras indígenas sin reconocerles su estatuto especial, y en cuanto se daña la cultura y forma de vida de las comunidades indígenas afectadas por el proyecto.

18°.- Que por lo que se refiere a los tópicos recién citados debe señalarse, en primer lugar, que los artículos 24 y 25 de la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, establecen, en síntesis, que el proceso de evaluación ambiental de un proyecto o actividad –en este caso, la Central Hidroeléctrica Ralco– concluye con una resolución que lo califica ambientalmente; si es favorable, certificará que se cumplen todos los requisitos ambientales, no pudiendo ningún organismo del Estado negar las autorizaciones ambientales pertinentes; el certificado establecerá, cuando corresponda, las condiciones ambientales que deberán cumplirse para efectuar el proyecto o actividad y aquellas bajo las cuales se otorgarán los respectivos permisos.

Por su parte, el artículo 13 de la Ley N° 19.253, que establece normas sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, dispone que las tierras que detalla el artículo 12 gozan de la protección especial de la ley, no pudiendo ser enajenadas, embargadas, gravadas ni adquiridas por prescripción, salvo entre comunidades o personas indíge-

nas de una misma etnia, o con autorización de la Corporación. Las de comunidades indígenas no pueden ser arrendadas, ni prestadas o cedidas a terceros. Las de personas naturales indígenas podrán serlo por un plazo no superior a cinco años, pero con la autorización de la Corporación se podrán permutar por tierras de no indígenas, de similar valor comercial, por lo que se considerarán tierras indígenas desafectándose las primeras.

19°.- Que, siempre sobre los mismos temas, debe recordarse que la señora Directora Ejecutiva de la CONAMA, a fs. 854, informó a esta Corte que se calificó favorablemente el proyecto “Central Hidroeléctrica Ralco”, definiéndose en la resolución respectiva las condiciones generales del proceso de relocalización, teniendo en cuenta que lo relativo a las permutas es algo separado y distinto de la evaluación de impacto ambiental y de la aprobación posterior por parte de la CONADI; que el proyecto cuenta con auditoría independiente así como también la tiene el plan de relocalización; y que el seguimiento y fiscalización realizados por la CONAMA, “han permitido constatar que las obras realizadas por parte del titular del proyecto, no han afectado las tierras indígenas no permutadas a esta fecha.”

Por su parte, el señor Director de la CONADI informó, a fs. 898 sobre las estadísticas de predios indígenas afectados por la Central Ralco y de predios que han sido desafectados y los que han solicitado autorización para establecer servidumbres voluntarias o formalizar permutas. No indica que existan problemas o inconvenientes que impidan concretizar la relocalización aludida por la CONAMA.

Que del análisis de los textos legales e informes referidos en los fundamentos inmediatamente precedentes, aparece claro, en opinión de este Tribunal, que no se configuran los últimos motivos de impugnación que se vienen analizando. En efecto, el Decreto N° 31, que otorga concesión definitiva para establecer la Central Ralco y constituye determinadas servidumbres, si bien se ha dictado sobre la base de disposiciones de la Ley Eléctrica, no desconoce lo resuelto por la CONAMA ni las facultades propias de la CONADI, organismos que han informado que los procedimientos respectivos—de relocalización y de permutas, entre otros—se desarrollan normalmente, contando con auditorías o monitoreos independientes.

La sola circunstancia de haberse omitido consignar lo opinado por la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, en cuanto a que la concesión no exige de cumplir las leyes indicadas o lo resuelto por la CONAMA, no puede significar, en ningún caso, que el Decreto N° 31 pase por alto tal conjunto normativo que es obligatorio para todos los agentes de la administración y para los particulares concesionarios; de manera tal, que el no cumplimiento de cualquiera de los aspectos referidos, deja abiertos los recursos administrativos y judiciales pertinentes.

20°.- Que, sin embargo de lo dicho, preciso es hacer una referencia adicional al último aspecto de las impugnaciones relatadas; esto es, que se dañaría la cultura y forma de vida de las comunidades indígenas afectadas por el proyecto.

Ciertamente, el solo enunciado de la cuestión pone de manifiesto que el asunto está fuera del ámbito propio de la acción de los tribunales, aún en sede de protección. Esta acción cautelar—como se sabe y se ha reconocido más arriba—está destinada a restablecer el imperio del Derecho cuando, por actos u omisiones arbitrarios, se ha conculcado algún determinado derecho o garantía constitucional; por lo que es de su esencia examinar el acto impugnado desde el punto de vista de la ilegalidad o arbitrariedad. Y en este caso, dicho acto es un Decreto, que junto a otros muchos actos administrativos y de gestión empresarial, darán vida a un proyecto, cuyo desarrollo podría tener como consecuencia el efecto perverso que se le atribuye, ahora de manera exclusiva, al Decreto N° 31, tantas veces citado. El empeño del ordenamiento jurídico parece dirigirse a evitar ese efecto perverso, para lo cual preci-

samente existen las leyes y organismos relativos al medioambiente y a la protección de la vida y cultura de las etnias indígenas.

El Tribunal, en estos aspectos, no puede sino aceptar los positivos informes que tales organismos han presentado a su consideración; sin que esté demás recordar, que esos y otros informes fueron requeridos de oficio, para precisamente asegurarse que sean respetados y se respetarán los derechos que permiten vivir en un medioambiente sano y acorde con la cultura originaria que a cada cual corresponde.

21°.- Que la impugnación que se hace al Decreto N° 32, ya especificado, consiste en estimarlo ilegal porque otorga concesiones de líneas de transporte eléctrico de la energía que emanarán de la Central Ralco, sobre la base de la ilegalidad de la concesión y servidumbres establecidas por el Decreto N° 31, lo que no puede aceptarse en virtud de lo ya razonado a propósito de las impugnaciones que los recursos hicieron a este último decreto.

22°.- Que del contexto de los antecedentes reunidos en los dos tomos que constituyen la materialidad de los recursos acumulados, y de los numerosos anexos, fluye con claridad que los decretos N° 31 y 32, ambos del año 2000 y del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, no pueden calificarse de actos arbitrarios, esto es, fruto del mero capricho de la autoridad que los dictó, pues son el resultado de procedimientos de larga duración, durante los cuales ocurrieron impugnaciones y reclamos, se recibieron informes de diversa índole, apareciendo definido y racional el objetivo que se persigue con las decisiones que en ellos se expresan.

Por otra parte, ambos fueron cursados, en el trámite de toma de razón, por la Contraloría General de la República, y específicamente bajo la firma del titular de ese organismo, quien, según se lee en el oficio que rola a fs. 667, estimó que ambos, "conforme el estudio de juricidad practicado (...), se ajustan a derecho, y por tanto ha procedido a darles curso legal".

23°.- Que con todo lo razonado precedentemente, queda claro que este Tribunal no acepta las alegaciones de inadmisibilidad e improcedencia formuladas por la parte recurrida, pues ellas no se corresponden con el mérito del proceso o corresponden a enfoques que deben entenderse subsumidos en el encuadramiento de hechos e impugnaciones que se ha efectuado en este fallo. Y visto, además, lo dispuesto por el artículo 20 de la Constitución Política de la República y en el Auto Acordado sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección, se declaran sin lugar los recursos interpuestos a fs. 7, 82 y 136.-

Regístrese y archívese.

Redacción del Ministro señor Cisternas. N1388-2000 (acumulados: 1440 y 1441-2000) Dictada por el Ministro señor Lamberto Cisternas Rocha y Abogados Integranes señores Hugo Llanos Mansilla y Rafael Gómez Balmaceda.

\*\*\*\*\*