

MATERIA : **RECURSO DE PROTECCIÓN**

INGRESO : **13031-2020**

EN LO PRINCIPAL : **EVACÚA INFORME**

EN EL OTROSÍ : **ACOMPaña DOCUMENTOS**

Iltma. Corte de Apelaciones de Concepción

FRANCISCO LÓPEZ DÍAZ, Subsecretario de Energía, en autos sobre Acción Constitucional de Protección Rol Ingreso N° 13031-2020, a US. Iltma., respetuosamente digo:

Con fecha 15 de julio de 2020, se ha recibido en este Ministerio, Subsecretaría de Energía y Secretaría Regional Ministerial de Energía de la Región del Biobío, la notificación electrónica del requerimiento efectuado por SS. Iltma. mediante resolución de fecha 14 de julio de esta anualidad, solicitando informar al tenor de la acción de protección antes individualizada, dentro de un plazo de 10 días.

Con fecha 28 de julio de 2020, esta Subsecretaría solicitó ampliación del plazo conferido por SS. Iltma. para evacuar el informe solicitado, ampliación que fue concedida con fecha 3 de agosto de 2020, por un plazo de 5 días hábiles.

Por tanto, dentro del plazo conferido, vengo en informar en relación a lo expuesto en el referido recurso, haciendo asimismo presente las consideraciones jurídicas que al efecto se estiman pertinentes, y solicitando desde ya, que dicha acción sea rechazada íntegramente, con costas, al tenor de lo que a continuación se expondrá:

I. FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN PRESENTADA

a) Fundamentos de Hecho

1. Sobre los llamados recibidos por la Sra. Carmen Rosa Paine Tranamil

Los recurrentes indican que la Sra. Paine Tranamil recibió el día 18 de junio de 2020 un mensaje a través de la red social “WhatsApp”, de parte de una funcionaria del Ministerio de Energía con el objeto de invitarla a concurrir al proceso participativo de elaboración de una guía para el Desarrollo Participativo de Proyectos de Energía, adjuntando una copia de la invitación y un “link” con ella. Posteriormente, el día 1 de julio de 2020, la Sra. Paine Tranamil, habría recibido otro mensaje por “Whatsapp” de parte de otra funcionaria de este Ministerio, recordándole la entrevista que habían acordado, a lo que la Sra. Paine Tranamil habría indicado que no participaría del proceso y no respondería nada pues no debían haber más represas ni hidroeléctricas en el Alto Biobío, pues ellas han provocado un profundo daño en el pueblo Pehuenche, y que además, ese fue el compromiso que suscribió el Estado de Chile ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por el caso Ralco. Que a la par, estaban enfrentando el Covid, con gran contagio en la comuna, una de las más afectadas a nivel nacional sin apoyo del Estado, con personas mapuche con hambre, enfermas, y que era un abuso. Además, señaló a la funcionaria del Ministerio de Energía que su conducta era ilegal, pues todo este proceso ameritaba consulta indígena.

2. Sobre los procesos de participación desarrollados actualmente por el Ministerio de Energía

Los recurrentes señalan que de acuerdo a la información que aparece en la página web de esta Secretaría de Estado, se encuentran en desarrollo diversos procesos de participación ciudadana, destacando el de la “Guía para el desarrollo de proyectos de energía, tomo etapa previa al SEIA y evaluación ambiental”, que es el único proceso relacionado con el objeto del presente recurso. Finaliza este apartado indicando que la mayoría, sino todos los tópicos del proceso, son atingentes y afectan derechos de los pueblos indígenas, por lo que a juicio de los recurrentes debieron ser consultados y no encerrados en un mero proceso de participación.

3. Sobre los procesos de consulta que el Ministerio de Energía dice estar desarrollando actualmente

Los recurrentes indican que las consultas indígenas desarrolladas por este Ministerio solo se relacionan con las evaluaciones ambientales y no respecto del resto de medidas administrativas, lo que podría verse en la página web institucional. Por esto, en la opinión de ellos, quedaría más que claro que esta Cartera de Estado limitaría las consultas indígenas sólo a los proyectos geotérmicos o a los proyectos energéticos, pero cuando se trata de determinar las medidas recomendadas por el Ministerio para “relacionarse” con los pueblos originarios, bastaría una mera participación ciudadana por teléfono, que es muy distinta a la consulta indígena. Esta situación atentaría respecto a los estándares de razonabilidad y de no arbitrariedad frente a las demandas que podría enfrentar un proyecto energético. Más aún si esos proyectos se pretenden emplazar en territorio pehuenche, en sus tierras y aguas.

Así, en sus dichos, los hechos descritos vulnerarían las garantías constitucionales establecidas en los artículos 19 N^{os} 1, 2 y 24 de la Constitución Política de la República, en adelante, la “Constitución”.

b) Fundamentos de Derecho de la acción de protección interpuesta

1. Garantía constitucional amenazada, restringida y vulnerada: la igualdad ante la ley. Art 19 N° 2 de la Constitución

En primer lugar, y a modo de generalidades, señalan los recurrentes que los derechos indígenas dicen relación, en su especificidad, y en lo que tengan de distinto o diferentes de los estándares de derechos fundamentales aplicados al resto de la población chilena no indígena, con el derecho a la igualdad ante la ley y la no discriminación, para lo cual justifica con argumentos históricos y de diferenciación en cuanto sus estándares de aplicación para sostener que si ellos no son aplicados se vulneraría el derecho a la igualdad ante la ley. Luego, relacionan la consulta indígena con el derecho a la igualdad, como una medida de discriminación positiva, en el sentido que los pueblos indígenas detentan un mecanismo de participación superior al resto de los ciudadanos chilenos, un nuevo derecho amparado en el Convenio N° 169, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo, promulgado mediante Decreto Supremo N° 236, de 2008, del Ministerio de Relaciones Exteriores, en adelante, el “Convenio N° 169”, esta es, la denominada consulta indígena, mecanismo que buscaría restablecer a los pueblos originarios en la igualdad de la que carecen materialmente.

A continuación, describen el deber de los Estados frente a la aplicación del Convenio N° 169 y, en particular, respecto a la consulta indígena. Respecto a ella, señalan que el Estado tiene el deber

jurídico de consultar a los pueblos indígenas cuando tramita normas legislativas y/o administrativas que afectan a tales pueblos, la que es una obligación de rango constitucional, y se ha incorporado plenamente como nueva norma que modifica la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional tras la ratificación del Convenio N° 169. Luego, discurre en que 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 chileno, situación incluso reconocida por el Tribunal Constitucional, en cuanto a sus requisitos y a sus estándares.

Posteriormente, trata sobre la consulta y el proceso participativo objeto del recurso, señalando que de acuerdo a la página web de este Ministerio, el proceso para la elaboración de la “Guía para el desarrollo de proyectos de energía, tomo etapa previa al SEIA y evaluación ambiental” se enmarca dentro de la denominada participación ciudadana, lo cual no se condice con lo que se debe entender con un procedimiento de consulta indígena, para lo que los recurrentes, a su juicio, establecen cuales serían sus elementos (medida administrativa, afectación directa, proceso de diálogo, de acuerdo a las circunstancias, buena fe previa y autoridades representativas), para indicar que esta Cartera de Estado habría incurrido en una simulación no tolerada, al deber de aplicar la consulta indígena y no un proceso participativo y, además, ello implicaría un fraude a la ley. Todo ello implicaría una discriminación para con los recurrentes.

2. Garantía constitucional amenazada, restringida y vulnerada: el derecho de propiedad. Art 19 N° 24 de la Constitución

Los recurrentes indican que el artículo 19 N° 24 de la Constitución, consagra la protección del “derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales”, citando al respecto al Tribunal Constitucional respecto a la naturaleza de la propiedad indígena y que los derechos territoriales de los pueblos indígenas han sido concebidos como una dimensión ampliada del dominio que nace de la relación comprensiva que existe entre los pueblos indígenas y su entorno, superando –vastamente- la concepción de lo particular o ius privatista, para alcanzar dimensiones colectivas. Esta concepción especial de la propiedad de los pueblos indígenas, se incorpora en nuestro ordenamiento jurídico mediante la recepción de una nutrida legislación forjada en el derecho internacional de derechos humanos, de carácter proteccionista y que se funda en el derecho a la igualdad entre los distintos pueblos (derecho al territorio y a los recursos naturales), para posteriormente discurrir sobre normativa internacional, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Convenio N° 169.

Finalizan este apartado señalando que los proyectos energéticos que pretende fomentar la guía, mediante las buenas prácticas que viene en recabar y sistematizar, no se emplazarán en el aire, sino que en las tierras y aguas ancestrales del pueblo Pehuenche, por lo que se amenaza el derecho de propiedad si se realiza el proceso participativo, sin realizar consulta por parte de los órganos públicos recurridos, pues se predispone al Estado a favorecer la instalación de tales proyectos en tal territorio indígena sin dialogar ni negociar adecuadamente con los indígenas que viven ahí, y que son sus propietarios ancestrales, sobre tales estándares plasmados en la guía.

3. Garantía constitucional amenazada, restringida y vulnerada: derecho a la integridad psicológica. Art 19 N° 1 de la Constitución

En este apartado señalan los recurrentes que tienen conocimiento que su territorio es parte de las apetencias de poderosas familias chilenas las que los verían como un estorbo para la instalación de hidroeléctricas. Se habla de carretera hídrica, centrales de pasada, y ahora hidroeléctricas de menor tamaño, que son justamente aquellas cuya pronta instalación o intento de instalación en el Alto Biobío, motivan el proceso participativo de elaboración de la Guía para el Desarrollo Participativo de Proyectos de Energía. Esto reviste una situación peligrosa porque, a juicio de los recurrentes, la negativa a este proceso participativo, les podría traer terribles consecuencias.

Luego, se refieren a la situación de la pandemia, la cual ha tenido graves efectos en el territorio pehuenche, por lo que en este panorama, evidentemente la participación de una Guía como la del caso de marras, afectaría psicológicamente a las víctimas, sería una amenaza y una vulneración a su integridad psíquica, pues los afectados estarían concentrados en curarse, en no contagiarse, en que no los maten por no estar de acuerdo con la invasión de sus tierras, y no podrían concentrarse en luchar contra un proceso participativo ilegal.

4. Forma en que la acción de los recurridos amenazaría y vulneraría los derechos constitucionales de los recurrentes. Supuestas acciones y omisiones ilegales

Mencionan que la omisión resultaría de no consultar la medida administrativa denominada elaboración de la Guía para el Desarrollo Participativo de Proyectos de Energía y la acción vulneradora del Ministerio de Energía sería continuar tramitando administrativamente el proceso participativo de elaboración de la Guía para el Desarrollo Participativo de Proyectos de Energía, no obstante, tal como señala el Convenio N° 169, en su artículo 6, el Estado tiene el deber de realizar consultas indígenas, por lo que habría una ilegalidad al no aplicar esta norma autoejecutable. Asimismo, agregan una supuesta vulneración del artículo 7 de dicho Convenio, por cuanto establece que los pueblos indígenas tienen derecho a elegir su propia forma de desarrollo económico, y dado que no se han realizado consultas, se vulnerarían sus derechos, pues no se habría escuchado, ni dialogado con los pehuenches acerca de esta medida que les afectaría directamente.

Finalizan los recurrentes señalando que el no realizar la consulta, los discrimina, sería una mordaza contra los derechos indígenas al someterlos a un colonialismo jurídico, decidiendo a puertas cerradas respecto de derechos ajenos, quitando poder a los pueblos y condenándolos a padecer medidas administrativas que carecen de su visión.

Por todo lo anterior, los recurrentes solicitan a S.S. Ilma.:

- Que se deje sin efecto el denominado proceso participativo de elaboración de la Guía para el Desarrollo Participativo de Proyectos de Energía, pues se aplicará en territorio ancestral indígena y en aguas indígenas ancestrales sin la debida consulta indígena.
- Que se inicie un proceso de consulta indígena para la elaboración de la Guía mencionada, una vez que haya pasado la pandemia y luego de dos meses de terminada la alerta sanitaria, como plazo razonable para re iniciar un diálogo con quienes en favor se recurre y con los pueblos originarios del Alto Biobío.
- Cualquier otra medida que S.S. Ilma. crea adecuada al caso concreto

II. CONSIDERACIONES DE HECHO EN RELACIÓN A LA ACCIÓN CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN PRESENTADA

1. Del Enfoque Participativo en el Ministerio de Energía

El año 2012 entró en vigencia la Ley N° 20.500 sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública, la que consagró y reconoció el derecho de las personas a participar en las políticas, planes, programas y acciones del Estado.

El año 2014, con motivo de la dictación de la Ley N° 20.776, que modifica y perfecciona la ley que rige al Ministerio de Energía, esta es, el Decreto Ley N° 2.224, de 1978, del Ministerio de Minería, que Crea el Ministerio de Energía y la Comisión Nacional de Energía, se adiciona en su artículo 1°, letra I, la siguiente función ministerial: *“Fomentar y facilitar la participación de personas naturales*

o jurídicas, con o sin fines de lucro, en la formulación de políticas, planes y normas, en materias de competencia del Ministerio”.

Producto de la reforma legal señalada, se creó la División de Participación y Relacionamento Comunitario del Ministerio de Energía, en adelante e indistintamente, la “DPRC”, cuyo objetivo es generar espacios de diálogo y confianza que promuevan una participación equilibrada de los distintos actores involucrados en los proyectos energéticos, acompañándolos en las diferentes etapas que conducen al establecimiento e implementación de acuerdos que propendan al bien común y al desarrollo local. De acuerdo a la Resolución N°42, de 31 de diciembre de 2018, del Ministerio de Energía, que aprueba Texto que fija la organización interna del Ministerio de Energía, son funciones de dicha División:

- a) Elaborar, implementar, difundir y evaluar estándares de participación para el desarrollo de proyectos de energía.
- b) Promover en los distintos actores, el desarrollo de procesos de diálogo en torno a los proyectos de energía.
- c) Realizar el seguimiento al desarrollo de las mesas de trabajo para el diálogo en torno a la energía y el cumplimiento de sus acuerdos.
- d) Diseñar los instrumentos necesarios para dar soporte metodológico a las diferentes acciones encomendadas.
- e) Elaborar, implementar, difundir y evaluar la política de asociatividad para proyectos de energía.
- f) Apoyar la implementación de los procesos de consulta indígena que sean requeridos por las concesiones de explotación geotérmica.
- g) Incorporar la participación de los pueblos originarios en el diseño, implementación, monitoreo y evaluación de la política energética del Ministerio.
- h) Promover y capacitar internamente en el Ministerio el desarrollo de una cultura de ciudadanía participativa.
- i) Gestionar el cumplimiento de la Ley N°20.500, sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública y de las correspondientes normas reglamentarias e instrucciones en la materia.
- j) Implementar la Ley N°20.285, sobre Acceso a la Información Pública, dentro de la Subsecretaría de Energía, con el apoyo de las demás Divisiones del servicio.
- k) Sistematizar las acciones y aprendizajes para difundir tanto al interior del Ministerio como en otras organizaciones.

A su vez, la DPRC se encuentra conformada por 3 unidades, las cuales tienen las siguientes funciones específicas:

- Unidad de Mecanismos de Participación y Transparencia: Responsable de garantizar el derecho ciudadano a informarse, participar, sugerir y/o reclamar, generando espacios de acceso, interacción y comunicación entre los ciudadanos y el Ministerio de Energía, de manera transparente, participativa y no discriminatoria. Este equipo debe asegurar la efectividad de los mecanismos de participación ciudadana en la gestión pública contemplados en la Ley N° 20.500, sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública; velar por la correcta aplicación de la Norma General de Participación Ciudadana del Ministerio de Energía y el procedimiento que formaliza las modalidades específicas de aplicación de los mecanismos de participación ciudadana señalados en dicha norma; atender las consultas, reclamos, sugerencias y peticiones presentadas por la ciudadanía; ejecutar la coordinación administrativa de los procesos relacionados a la Ley N° 20.285, sobre Transparencia y Acceso a la Información Pública; ejecutar la gestión operativa del proceso de respuestas ante requerimientos parlamentarios y administrar la Plataforma de Lobby según las disposiciones de la Ley N° 20.730.

- Unidad de Contenidos, Metodología y Asociatividad: Responsable de diseñar contenidos y desarrollar metodologías para el funcionamiento de la División y la implementación de mecanismos de asociatividad y valor compartido, así como la coordinación con otras Divisiones, instituciones públicas y personas naturales y jurídicas en ámbitos de diálogo, participación y desarrollo local.
- Unidad de Procesos de Diálogo, Participación y Consulta Indígena: Responsable de apoyar y facilitar la correcta implementación de los procesos participativos en los proyectos de energía que aplican los instrumentos metodológicos que impulsa la DPRC, tales como Guías de participación ciudadana u otros que fomenten una correcta vinculación entre la comunidad, las empresas y el Estado, que vayan en la línea de mejorar los estándares de participación en el sector energético. Además, promover y velar por la ejecución de políticas, planes, proyectos y programas orientados a la resolución integral, oportuna y pertinente de las necesidades de la población indígena con un enfoque intercultural a toda la estructura estatal, así como por la oportuna y eficaz coordinación de acciones, gestiones e inversiones con otros organismos públicos que persigan tal finalidad.

De esta forma, desde el año 2014, el Ministerio de Energía ha promovido activamente el desarrollo de procesos participativos para la elaboración de sus políticas, planes y programas, guías, estrategias y análisis de temas relevantes para el sector.

A modo ejemplar se han desarrollado la Mesa de Asociatividad, la Mesa de Hidroelectricidad Sustentable, la Mesa de cierre y/o reconversión de unidades a carbón, la Comisión de Seguimiento del Capítulo Indígena de la Política Energética Nacional, entre otras.

Todos estos procesos participativos son de carácter voluntario y convocan a representantes de los diversos sectores de la sociedad: organizaciones funcionales y territoriales, organizaciones no gubernamentales, representantes de pueblos indígenas, representantes de empresas, gremios, instituciones públicas y academia.

Para llevar adelante dichos procesos participativos, la DPRC utiliza metodologías destinadas a recoger las diferentes opiniones de los grupos participantes, las cuales son posteriormente sistematizadas y consideradas en la elaboración de las políticas, planes, programas y acciones que se llevan adelante por esta Secretaría de Estado.

Asimismo, para la difusión de las instancias participativas a todos los posibles interesados, la DPRC utiliza diversos medios de convocatoria que permiten fomentar la participación de la mayor cantidad y diversidad de personas y realidades, sin discriminación de ningún tipo. Dentro de dichos medios se encuentran los correos electrónicos, las redes sociales, avisos en medios de comunicación, mensajes radiales, llamados telefónicos y mensajes de *WhatsApp*, con la finalidad de llegar a todas aquellas personas que tengan posible interés en el proceso de participación al que se esté convocando.

2. De la Política Energética 2050 y su Capítulo Indígena

Mediante el Decreto Supremo N° 148, de 30 de diciembre de 2015, se aprobó la Política Nacional de Energía¹ luego de una serie de instancias de participación y diálogo ciudadano orientado a la elaboración de una política de largo plazo como compromiso del Estado. Para llegar a la versión final de dicho instrumento, se contó con una plataforma de participación virtual, la que permitió entregar públicamente el material generado en todo el proceso de Energía 2050 y recibir

¹ https://www.energia.gob.cl/sites/default/files/energia_2050_-_politica_energetica_de_chile.pdf

opiniones de los ciudadanos, la realización de encuestas deliberativas, mesas de trabajo, un comité consultivo y asimismo una consulta pública al documento preliminar de la política energética. Asimismo, dicho instrumento de política sectorial fue sometido a un proceso de evaluación ambiental estratégica, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente y el Decreto Supremo N° 32, de 2015, del Ministerio del Medio Ambiente, que aprueba el reglamento para la Evaluación Ambiental Estratégica.

Cabe señalar que el Pilar N°2 de la Política Nacional de Energía 2050, correspondiente a “Energía como motor de desarrollo”, incorpora lineamientos particularmente referidos al desarrollo energético inclusivo, asumiendo “la necesidad de avanzar en la incorporación de mejores estándares, en los que se consideren a la par de los aspectos económicos y técnicos, la visión y expectativas de las comunidades locales en torno al medio ambiente y el desarrollo”.

Y, es en este contexto, que en el lanzamiento de la Política Nacional de Energía 2050, se comprometió trabajar en el Capítulo Indígena de la Política Energética 2050², en adelante el “Capítulo Indígena”, cuestión que se materializó mediante la Resolución N° 27, de diciembre de 2016, del Ministerio de Energía, que creó el Comité Consultivo Indígena Nacional para la Elaboración del Capítulo Indígena, el cual tuvo por objeto asegurar la adecuada representación en la discusión y formulación de propuestas para dicho Capítulo de los pueblos Aymara, Quechua, Diaguita, Colla, Lican Antay, Mapuche Huilliche, Kawesqar y Yagán, y asimismo, servir de instancia de participación, diálogo y entrega de insumos para su creación, con miras a establecer un diálogo intercultural entre sus instituciones representativas y el Ministerio de Energía, con el objeto particular de dar observancia al Artículo 7.1, frase final del Convenio N° 169, por cuanto la referida norma dispone que: *“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.”*

Resultado de lo anterior fue que el Capítulo Indígena, se hizo público en junio del año 2017.

En dicho contexto, y dando continuidad al trabajo ya iniciado, mediante la Resolución Exenta N° 09, de 9 marzo de 2018, del Ministerio de Energía, se creó la Comisión Indígena de Seguimiento para la Implementación del Capítulo Indígena, en adelante, la “Comisión de Seguimiento”, la cual tiene como objetivo hacer seguimiento a los lineamientos y acciones que se establecen en el referido Capítulo Indígena, asegurando así la participación de los pueblos indígenas en la implementación y evaluación de las acciones formuladas a partir de dicho instrumento de política, e incorporando su mirada e intereses en el sector energético.

La referida Comisión de Seguimiento, conformada por representantes de pueblos indígenas, sesiona de forma nacional y macrozonal por lo menos tres veces en el año, y a la misma se presentan y difunden acciones tales como, iniciativas de formación en energías renovables para comunidades, giras tecnológicas, información sobre procedimientos de proyectos de electrificación rural, formación en el enfoque de derechos humanos y empresas, construcción participativa de Guías de Orientaciones para el Desarrollo de Proyectos en Contextos Indígenas, Guías de Participación General promovidas por el Ministerio de Energía, así como diversos procesos participativos que sean de interés de pueblos indígenas.

Finalmente, mediante la Resolución Exenta Ministerial N° 8, de 24 de julio de 2020, del Ministerio de Energía, se modificó la integración de dicha Comisión de Seguimiento y se estableció un procedimiento para la renovación de sus integrantes.

Es del caso señalar que, el Lineamiento N° 1 del Capítulo Indígena denominado “Desarrollo energético garantizando el respeto de los derechos de los pueblos indígenas” y su Componente N°

² https://www.energia.gob.cl/sites/default/files/capitulo-de-pertinencia-indigena-de-la-politica-energetica-nacional_0.pdf

2, referido al “fortalecimiento de conocimientos y capacidades que permitan potenciar y mejorar el rol de los pueblos indígenas y de otros actores relacionados, en torno al desarrollo de iniciativas de participación vinculadas con proyectos de energía y sus diferentes etapas”, los describen como los acuerdos establecidos en la política sometida a participación de donde nacen precisa y directamente el desarrollo de la Guía de Estándares de Participación y, particularmente, la Guía de Orientaciones de Proyectos de Energía en Contextos Indígenas, en adelante la “Guía de Orientaciones en Contextos Indígenas”, cuya actualización se trabajará próximamente por la DPRC del Ministerio de Energía. Esta última guía está orientada, precisamente, a otorgar conocimientos y capacidades a los pueblos indígenas en materias de participación vinculadas a proyectos energéticos.

En síntesis, el Ministerio de Energía ha dado estricto cumplimiento a las obligaciones contenidas en el Convenio N° 169 y a su ley orgánica establecida en el DL 2224, de 1978, del Ministerio de Minería, incorporando la participación de los pueblos indígenas y reconociendo sus derechos en la etapa de elaboración y seguimiento de políticas públicas, así como fomentando y facilitando la participación de personas naturales y jurídicas.

3. De la Guía de Estándares de Participación³ y la Guía de Orientaciones para el Desarrollo de Proyectos de Energía en Contextos Indígenas⁴

En el contexto antes referido, dado por los instrumentos de política con que cuenta el Ministerio de Energía y a través de las distintas acciones que en su mérito se desarrollan, esta Cartera de Estado ha podido identificar que la falta de procesos de diálogo temprano referidos a la materialización de proyectos energéticos, esto es, antes de su ingreso al Sistema de Evaluación Ambiental, entre los titulares de dichos proyectos y las distintas comunidades que habitan los territorios donde éstos deben emplazarse y operar, constituye uno de los factores que más incide en la conflictividad en torno al desarrollo de los mismos. Es así, como a partir del marco y lineamientos dados por los instrumentos de política energética referidos en el numeral 1) anterior, el Ministerio de Energía decidió que era necesario contar con un instrumento que estableciera un marco o estándares adecuados de participación para el desarrollo de este tipo de proyectos de manera de brindar las herramientas necesarias a las personas, comunidades, pueblos originarios y cualquier otro interesado, para una participación real y efectiva.

Así, el año 2015, el Ministerio de Energía elaboró un instrumento para orientar la participación de los distintos actores involucrados en los proyectos energéticos, denominado Guía de Estándares de Participación para el Desarrollo de Proyectos de Energía, en adelante, la “GEP”, la que constituye un instrumento de carácter general, voluntario, indicativo y no vinculante, que tiene la vocación de relevar aquellas metodologías y acciones que han sido identificadas tanto en nuestro país como internacionalmente, como buenas prácticas, respetuosas de derechos individuales y colectivos de comunidades, tendientes al desarrollo armónico de proyectos energéticos con las comunidades vecinas.

Dicha GEP, es un instrumento transversal al proceso de desarrollo de un proyecto, ya que se aplica en todas las etapas de su ciclo de vida: prefactibilidad, evaluación ambiental, construcción, operación y cierre. Con su aplicación se espera que los proyectos de energía que se desarrollen en el país, promuevan una mayor consideración de los intereses y necesidades de las comunidades receptoras, para generar proyectos de mayor calidad ambiental y social al incorporar las opiniones y conocimientos de las comunidades locales y al incidir positivamente en el desarrollo local. Asimismo, con la aplicación de esta GEP, se espera transitar, bajo cierta metodología y estructura, de mejor manera por la incertidumbre que a veces se genera en los procesos de diálogo entre titulares de proyectos y comunidades vecinas a los mismos. De esta forma, se busca que la toma

³ <http://biblioteca.digital.gob.cl/handle/123456789/582>

⁴ <https://www.energia.gob.cl/sites/default/files/documentos/guia-pueblo-indigenas-energia.pdf>

de decisiones que realicen las partes interesadas respecto al proyecto energético sea realizada con mayor información, obteniendo así resultados más certeros.

SS. Itma., es importante hacer recalcar que, como se dijo, esta GEP tiene un carácter indicativo, no vinculante y complementaria a la normativa existente, por lo que tanto en su aspecto formal como sustancial, en ningún caso contradice a las normas legales y reglamentarias que regulan los procesos de participación ciudadana y/o consulta indígena que tienen lugar durante la evaluación ambiental de un proyecto.

Los objetivos que busca lograr la GEP son los siguientes:

- Promover que los proyectos de inversión energéticos se desarrollen en base al ejercicio y respeto de los derechos sociales, ambientales, territoriales, culturales (tangibles e intangibles) y económicos de personas y comunidades, y que contribuyan al desarrollo de los territorios y comunidades relacionados con los proyectos.
- Ayudar a establecer un marco claro de interacción entre las empresas de energía, las comunidades y el Estado, que reduzca las asimetrías existentes, promueva el respeto de los derechos de las partes, identifique el tipo y grado de participación que se requiere en el desarrollo de los proyectos de energía y promueva la construcción de acuerdos sostenibles entre los distintos actores y comunidades que comparten un territorio.

Como elemento central de la GEP, se definieron ciertos principios y criterios, que son el horizonte de referencia valórico que orienta este documento y sus dimensiones o variables específicas a considerar. Dichos principios son: inclusión, oportunidad y pertinencia, transparencia, incidencia, planificación conjunta y desarrollo local.

Adicionalmente a lo señalado, es necesario destacar que la GEP, de forma análoga a como se elaboró el instrumento de política energética del cual se deriva (la Política Energética 2050), fue elaborada a través de un proceso participativo general que buscó integrar la mirada de la sociedad civil, el sector privado, el sector público y el tercer sector (ONG). Todas estas instancias tenían por objetivo que se expresaran las distintas realidades experienciales del país: norte, centro y sur; comunidades relacionadas con la hidroelectricidad, centrales térmicas, energías renovables, zonas de alto potencial para la instalación de dichos proyectos.

De esta forma, los primeros talleres fueron realizados en el marco del proceso de elaboración participativa de la Política Energética de largo plazo para el 2050 y en las Mesas de Asociatividad y Ordenamiento Territorial realizadas el año 2014. Dichas instancias levantaron los primeros insumos para identificar los principales intereses y necesidades de los distintos actores y sectores. Posteriormente, se realizaron talleres específicos para la construcción de la GEP en tres comunas del país, todas con alta presencia de proyectos energéticos, en distintas etapas de desarrollo y de distintas tecnologías.

Del proceso anterior, se elaboró un documento preliminar considerando todos los insumos levantados. Este documento, en calidad de borrador, se sometió a revisión de una Mesa Nacional, en la que participaron actores de la sociedad civil (uniones comunales de Juntas de Vecinos, Comités Ambientales comunales y otras OSC), ONGs, organizaciones de pueblos indígenas y autoridades tradicionales, sector empresarial (asociaciones gremiales, empresas generadoras y transmisoras y consultores), sector público (Ministerios, Servicios y Municipios) y academia, entre otras entidades.

Las sesiones se realizaron en Santiago, pero se contó con participación de representantes de las comunas de Calama, Mejillones, Panguipulli, Talca, San Clemente, San José de Maipo, Caldera,

Ñuñoa, Quintero e Iquique. En esta mesa se revisó el documento preliminar de la GEP (en 4 sesiones), a través de diversas metodologías participativas.

El documento preliminar de la GEP también fue sometido a un proceso de consulta pública donde se recibieron múltiples observaciones. Esta consulta pública se inició en un seminario al que asistieron un poco más de 400 personas, donde se dio a conocer el documento y se presentaron los análisis y opiniones respecto al mismo por parte de expertos de la Corporación Financiera Internacional (IFC), de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y de la Fundación Casa de la Paz. También fue revisado y comentado desde la perspectiva ciudadana por Fundación AVINA, representantes de la sociedad civil (Sindicato N° 1 de Pescadores de la Caleta San Marcos, Iquique, Región de Tarapacá), un representante de los pueblos originarios y por el sector empresarial (Asociación de Generadoras, AGG). En este seminario también se hizo un taller con 250 participantes, quienes pudieron conversar sobre el documento y hacernos saber sus observaciones y preocupaciones.

Posteriormente a la elaboración de la GEP de carácter general, durante el año 2017, el Ministerio de Energía asumió la tarea de elaborar la Guía de Orientaciones en Contextos Indígenas, mediante la cual se buscó profundizar los conocimientos que los sectores relacionados con proyectos de energía pudieran tener en materia indígena, generando un acercamiento a los aspectos generales y a algunas especificidades relacionadas con la temática. En este mismo sentido, se debe recalcar que la información entregada es un insumo que busca mejorar la relación que se podría llegar a establecer entre desarrolladores de proyectos energéticos y pueblos indígenas, la que debiera contar siempre con la presencia activa del Estado.

Tal como se destacó en el numeral 2 de este apartado sobre consideraciones de hecho, dicho instrumento indicativo de Orientaciones en Contextos Indígenas, se enmarca en el Lineamiento N° 1 del Capítulo Indígena “desarrollo energético garantizando el respeto de los derechos de los pueblos indígenas” y, específicamente, se asocia con el Componente N° 2 referido al “fortalecimiento de conocimientos y capacidades que permitan potenciar y mejorar el rol de los pueblos indígenas y de otros actores relacionados; en torno al desarrollo de iniciativas de participación vinculadas con proyectos de energía y sus diferentes etapas”, el cual tuvo presente para su elaboración la normativa existente tanto en Ley N° 19.253, en adelante Ley Indígena, el Convenio N° 169, como asimismo, los “Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos” de las Naciones Unidas. Los referidos instrumentos consideran que la participación de los pueblos indígenas se debe entender como un proceso continuo, necesario y beneficioso para todas las partes vinculadas con el desarrollo energético.

Así, esta Guía de Orientaciones en Contextos Indígenas constituye la materialización de parte de las acciones comprometidas en el Capítulo Indígena, siendo su contenido el resultado de un trabajo participativo con los representantes Indígenas de la Comisión de Seguimiento del Capítulo Indígena y, presentado asimismo, a la Comisión de Energía de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI), en cumplimiento de lo dispuesto en la letra e) del artículo 42 de la Ley N° 19.253.

La Guía de Orientaciones en Contextos Indígenas está compuesta por cinco secciones. En la primera se presentan antecedentes territoriales y culturales de los pueblos indígenas; en la segunda se dan a conocer algunos de los derechos con los que cuentan los pueblos indígenas de acuerdo a la normativa vigente; en la tercera sección se proponen una serie de principios y criterios para orientar el cumplimiento del estándar de participación de los pueblos indígenas; en la cuarta sección se señalan algunas recomendaciones esenciales a considerar en torno al desarrollo de un proyecto de energía próximo a pueblos indígenas y, por último, en su sección quinta, se presentan aspectos generales relacionados con el sector energía.

En síntesis, en cumplimiento de sus facultades legales y dando aplicación a la normativa vigente, a partir de la Política Energética Nacional y su Capítulo Indígena, el Ministerio de Energía, ha creado dos tipos de instrumentos orientadores, cuyo objetivo es tender a fomentar y mejorar los procesos de relacionamiento, comunicación y participación que tienen lugar entre los distintos interesados en torno al desarrollo de proyectos energéticos, a saber: la **Guía de Estándares de Participación (GEP)**, de carácter general, aplicable a cualquier contexto de relacionamiento y la **Guía de Orientaciones en Contextos Indígenas**, de carácter especial, aplicable a contextos de relacionamiento con comunidades pertenecientes a pueblos originarios. Ambos instrumentos, comparten una naturaleza de carácter indicativo, no vinculante y, asimismo, el haber sido elaborados a través de los correspondientes procesos participativos, construidos en forma ad-hoc, para las particularidades y especificidades de cada uno de ellos.

4. Proceso de actualización de la Guía de Estándares de Participación para el Desarrollo de Proyectos de Energía

La Guía de Estándares de Participación para el Desarrollo de Proyectos de Energía, GEP, fue elaborada en un contexto de grandes proyectos de inversión, principalmente hidroeléctricos y termoeléctricos, por lo que hoy, cinco años después, se encuentra, en parte, desactualizada en cuanto al tipo de proyectos de energía que actualmente se están desarrollando de forma mayoritaria: de energías renovables y, en general, de menor tamaño. Además de lo anterior, en función de la evolución de los distintos tipos de tecnologías y cómo las personas y comunidades interactúan con las mismas, se ha estimado necesario proceder a actualizar y ajustar la GEP a estas nuevas realidades de los proyectos del sector energético.

Adicionalmente, en estos últimos años, han tomado relevancia a nivel nacional diversos estándares internacionales en torno al desarrollo de proyectos de inversión, tales como los promovidos por la Organización de Naciones Unidas (ONU), y la banca financiera internacional, volviéndose necesario incorporarlos explícitamente en este documento. Asimismo, en base a la experiencia que ha adquirido el Ministerio de Energía a través del trabajo desarrollado por la DPRC, se ha contribuido a que los proyectos de energía, indispensables para el desarrollo del país, se sigan realizando con más y mejores procesos de diálogo, favoreciendo incluso el logro de acuerdos de carácter asociativo entre comunidades y titulares. Sin embargo, se ha considerado de utilidad el incorporar a la GEP estas experiencias, de tal manera de relevar aquellos elementos en donde aún existen brechas por cubrir y también ser capaces de evaluar en su mérito aquellas prácticas que están bien encaminadas a la luz de los estándares internacionales.

Por estas razones, el Ministerio de Energía decidió iniciar un proceso de actualización de la GEP, pero con ciertas diferencias en relación a su versión inicial, en tanto la actualización se elaborará en tomos por etapas de desarrollo de los proyectos, centrándose en acciones esenciales a realizar, homologadas con estándares internacionales incluyendo además, recomendaciones a partir de la experiencia adquirida por el Ministerio de Energía y casos de experiencias nacionales bien encaminadas hacia el cumplimiento de estándares internacionales.

De esta forma, los nuevos objetivos contemplados en la actualización de la GEP son:

- Promover que los proyectos de inversión energéticos se desarrollen en forma sostenible y acorde a los estándares internacionales, en base al ejercicio y respeto de los derechos humanos de personas y comunidades, para generar una relación armónica con el territorio donde se instalan y contribuir a su desarrollo.
- Establecer un marco de interacción entre las empresas de energía, sus proveedores, las comunidades y el Estado, que reduzca las asimetrías existentes, promueva el respeto de

los derechos de las partes, identifique el tipo y grado de participación que se requiere en el desarrollo de los proyectos de energía, y promueva el diálogo y la construcción de acuerdos sostenibles entre los distintos actores y comunidades que comparten un territorio.

Acorde con lo señalado, se está actualizando la GEP compuesta por varios tomos que permitirán abordar el relacionamiento empresa-proveedores-comunidad-Estado con mayor profundidad en cada una de las etapas de desarrollo de un proyecto de energía, o bien, el proceso completo, pero desde una perspectiva específica.

El primer tomo permite abordar el relacionamiento empresa-comunidad-Estado en el desarrollo de un proyecto de energía en la etapa previa a ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y, en la etapa de evaluación ambiental y obtención de permisos sectoriales. Este tomo se desarrolló participativamente durante el año 2019, y durante el año 2020 se sometió a consulta pública. Actualmente se encuentra próximo a ser publicado.

Los tomos dos y tres abordan las etapas de construcción y operación de proyectos. El proceso participativo general para su elaboración se inició en junio del 2020. Ahora bien, la realización de dicho proceso participativo general para la construcción actualizada de estos dos tomos de la GEP y su supuesta falta de consulta indígena, es precisamente el objeto de la artificial controversia planteada por las recurrentes mediante la interposición de la acción constitucional de protección materia de autos.

Por otra parte, es necesario insistir en que, tal como se ha expuesto, en cada proceso participativo llevado adelante por el Ministerio de Energía, se busca involucrar a los distintos actores relacionados con el sector energético, con representatividad de las distintas experiencias existentes, incluyendo representantes del norte, centro y sur del país, la convivencia con distintas tecnologías energéticas y en distintas etapas de desarrollo de los proyectos, intentando siempre convocar a representantes de comunidades que conviven con proyectos de energía, representantes de empresas generadoras, transmisoras y distribuidoras; representantes de comunidades y organizaciones sociales y ambientales, ONGs y fundaciones, proveedores, sindicatos, consultoras, gremios, universidades, gobiernos locales y organismos internacionales y, por su puesto también, a representantes de pueblos indígenas.

A este efecto, cabe tener presente lo dispuesto en el artículo 2 N°2, letra a) del Convenio N°169, el cual dispone que:

“1. Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.

2. Esta acción deberá incluir medidas:

a) que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población;” (...)

Todos estos representantes de distintos sectores de la sociedad, participan de forma voluntaria y destinan tiempo y creatividad para lograr que los proyectos de energía se desarrollen de forma sostenible y tras cada taller realizado, se sistematiza la información levantada en tablas comparativas que permiten elaborar los contenidos de las guías a partir de los temas planteados por los participantes, teniendo a la vista lo que plantean los estándares internacionales.

En el caso específico del proceso participativo de los tomos de Construcción y Operación, se ha buscado recoger la experiencia y conocimiento de distintos actores de la sociedad civil y del mundo público y privado, que en el último tiempo hubieran tenido relación con proyectos en las etapas de operación o construcción, lo anterior, para entender desde primera fuente las dificultades propias de estas etapas en los territorios, las formas de resolución de controversias socio-técnicas, la identificación de buenas prácticas y también, dónde se encuentran las mayores brechas a superar por parte de la industria, con el objetivo de plasmar esos conocimientos en dichos documentos.

Asimismo, además de los tomos de actualización de la GEP antes referidos, este Ministerio de Energía, ha dispuesto llevar adelante, a la brevedad posible, la actualización de la Guía de Orientaciones para el Desarrollo de Proyectos de Energía en Contextos Indígenas, la cual tendrá su propio y especial proceso que será llevado a cabo para con los pueblos originarios existentes en nuestro país, mediante metodologías participativas que permitan a sus organizaciones representativas involucrarse en la actualización de la misma y tener incidencia en su contenido. En cuanto al caso concreto referido al proceso participativo de la GEP, cabe señalar que para llevar a cabo dicho proceso, se definió desarrollarlo en dos etapas: Una primera etapa enfocada al desarrollo de entrevistas en profundidad con diferentes dirigentes de organizaciones territoriales y funcionales, representantes de comunidades indígenas y funcionarios municipales presentes en territorios en donde existen proyectos de energía en construcción u operación; y una segunda etapa, dentro de la que se planificó el desarrollo de siete talleres grupales a través de videoconferencias para levantar información para la elaboración de este documento. Tal definición se tomó considerando el contexto actual de emergencia sanitaria provocada por el COVID-19, donde de acuerdo a las medidas administrativas adoptadas por las autoridades competentes existen importantes restricciones y prohibiciones para realizar reuniones y viajes a lo largo del territorio nacional.

Cabe señalar que la actualización de la GEP no busca agilizar medidas legislativas ni proyectos de inversión en particular, sino que se trata de un documento comprometido por el Ministerio de Energía en el marco de su Política Energética Nacional y su “Plan + Energía”, particularmente en lo que se refiere a promover el diálogo equilibrado por parte de los actores relacionados con proyectos de energía, disponiendo de información sobre estándares nacionales e internacionales, identificando experiencias asociadas a casos concretos, modelos de acuerdos entre las partes, entre otras materias.

Ahora bien, para definir a las personas participantes de este proceso participativo general, se seleccionaron actores relevantes de las regiones del país en donde existe un mayor número de proyectos de energía en etapas de construcción y operación, para ser entrevistados y/o ser invitados a participar de los talleres, basándose en criterios tales como equidad de género, características territoriales, tipos de tecnologías de los proyectos presentes en los territorios y, experiencia de los actores en relación a la temática que se abordará en los documentos, sin que la calidad de indígenas, o no, fuese un criterio relevante para dicha selección de participantes, por cuanto como se dijo, por una parte se buscaba recoger las experiencias de comunidades, de cualquier tipo, en torno a proyectos del sector energético. Al efecto, es importante recalcar que esta guía no tiene por objetivo específico la participación de pueblos originarios, a diferencia de la Guía de Orientaciones en Contextos Indígenas, cuya actualización se realizará mediante un proceso participativo con organizaciones representativas de los distintos pueblos originarios existentes en nuestro país, ajustándose dicho proceso a los estándares establecidos en el Convenio N° 169.

En el caso particular de la señora Sra. Carmen Rosa Paine Tranamil, quien es una de las recurrentes de la acción constitucional materia de autos y supuestamente afectada por la violación de sus garantías constitucionales, es necesario señalar que ella fue seleccionada dentro de las personas

para participar de las entrevistas, junto con otros 50 dirigentes y funcionarios municipales, en atención a los criterios indicados anteriormente, y no en atención a su calidad de persona indígena representante de una comunidad u organización de pueblos originarios, por cuanto, tal como se viene señalando, para los efectos del proceso participativo destinado a construir la actualización de los tomos sobre Construcción y Operación de la Guía para el Desarrollo Participativo de Proyectos de Energía, lo relevante era contar con participantes que tuviesen experiencias (positivas o negativas) en relación a la construcción y operación de proyectos energéticos, sin atender propiamente a su calidad de miembro o representante de alguna comunidad o pueblo originario de nuestro país.

A las 50 personas seleccionadas, el día 18 de junio de 2020, se les envió una invitación para participar de las entrevistas de la primera etapa de este proceso participativo. La invitación se envió mediante correo electrónico a todas aquellas personas que contaban con dicho medio y respecto de las restantes se definió invitarlas mediante la plataforma WhatsApp. Lo anterior, con la intención de no restringir la participación y poder contar con la opinión de la mayor cantidad de personas seleccionadas. La Sra. Carmen Paine Tranamil se encontraba dentro del grupo de personas a las que se las invitó mediante un mensaje a través de la señalada plataforma WhatsApp.

La invitación, incluía un texto de presentación de la funcionaria del Ministerio de Energía, la invitación propiamente tal en formato de imagen y un video grabado por Santiago Vicuña Fuenzalida, Jefe de la División de Participación y Relacionamento Comunitario del Ministerio de Energía, a través del cual se intentaba explicar más en detalle el proceso. Cabe señalar que el video era muy pesado y no se podía mandar directamente, por lo que la funcionaria a cargo del envío de la invitación, subió a su cuenta personal de Youtube dicho video, enviando sólo un link al mismo en la convocatoria. A continuación se transcribe la información que fue enviada en la convocatoria:

“Hola, buenas tardes.

Junto con saludar, me presento, soy Fanny Gallegos, de la División de Participación del Ministerio de Energía. Le escribo para compartir la siguiente invitación para el proceso participativo de elaboración de la Guía para el Desarrollo Participativo de Proyectos de Energía que estamos preparando en el Ministerio, proceso del cual nos gustaría que fuese parte.



INVITACIÓN

El Ministerio de Energía está elaborando la **“Guía para el Desarrollo Participativo de Proyectos de Energía”**, particularmente los tomos enfocados en las etapas de construcción y operación de proyectos. En este contexto, queremos invitarle a ser parte del proceso participativo para su elaboración, en el cual esperamos levantar la mayor cantidad de información de los actores claves que han sido parte de estos procesos ya sea en proyectos que actualmente se están construyendo, como en proyectos que se encuentran operando.

Debido al contexto actual de contingencia por el COVID-19, el formato de participación será a través de entrevistas telefónicas que realizará el equipo encargado del Ministerio. Estas entrevistas tendrán una duración entre 45 minutos y 1 hora y serán grabadas para luego sistematizar la información en forma anónima y ser considerada en los contenidos del documento. Se realizarán entre el **30 de junio y el 06 de julio, en día y hora a confirmar por usted.**

Su participación es muy importante para nosotros ya que nos permitirá conocer su mirada y experiencia en profundidad y así incorporar tanto sus ideas, como las buenas prácticas y las que deben mejorar en el desarrollo de proyectos de energía.

Agradeceremos pueda confirmar su interés en participar en este proceso al correo participacion@minenergia.cl o al teléfono +569 62183272. Con esa información, una persona del Ministerio de Energía se contactará con usted para definir día y hora específica de la entrevista telefónica. ¡¡Esperamos su participación!!

FORMATO: Entrevista Telefónica Grabada (45 minutos a 1 hora)

FECHA Y HORARIO: A coordinar con cada entrevistado. Periodo del 30 de junio al 06 de julio.

Por favor en caso de aceptar participar, agradeceré nos pueda confirmar al correo participacion@minenergia.cl o a este mismo número.

¡Desde ya muchas gracias y quedo atenta a sus comentarios!!”

El día 22 de junio de 2020, se comenzó el proceso de contactar a todas las personas seleccionadas para participar, con el objeto de confirmar si deseaban o no ser parte del mismo, para lo cual, la funcionaria de la DPRC, Srta. Fanny Gallegos, tomó contacto con la Sra. Paine Tranamil, quien accedió a participar, acordando realizar la entrevista telefónica el día jueves 02 de julio, a las 10:00 hrs. La llamada telefónica en comento tuvo una duración total de 9 minutos y 34 segundos. Cabe agregar que en dicha llamada la Sra. Paine Tranamil manifestó su desacuerdo y malestar con la presencia de empresas en territorios indígenas.

Finalmente, 37 personas, dentro de las que se encontraba la Sra. Carmen Paine Tranamil, de las 50 seleccionadas, accedieron a ser entrevistadas telefónicamente.

La realización de la entrevista de la Sra. Carmen Paine Tranamil, fue encargada a la Srta. Carla Douglas, profesional de la SEREMI de Energía de la Región Metropolitana.

Así, el día 01 de julio de 2020 (un día previo al acordado para la entrevista), la última funcionaria referida intentó contactara la Sra. Paine Tranamil vía WhatsApp con el objeto de confirmarla entrevista, sin obtener respuesta.

El día 02 de julio de 2020, en el horario acordado, la funcionaria señalada llamó a la Sra. Paine Tranamil, quien se rehusó a realizar la entrevista y cuestionó el proceso participativo que se estaba llevando a cabo. Así, considerando el hecho de que la participación en este tipo de procesos es de naturaleza absolutamente voluntaria, la entrevista en cuestión no se realizó.

Por último, cabe señalar que, a la fecha de emisión del presente informe, se han realizado 32 entrevistas telefónicas, sin mayores inconvenientes, así como 6 de los 7 talleres planificados a través de la plataforma Zoom.

Finalmente, y tal como se ha expuesto anteriormente cabe insistir claramente en la participación vinculada a la Guía para el Desarrollo Participativo de Proyectos de Energía y la participación de acuerdo a los estándares del Convenio N° 169 correspondiente a la Guía de Orientación en Contextos Indígenas.

III. CONSIDERACIONES DE DERECHO SOBRE LA ACCIÓN CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN PRESENTADA

1. La acción de protección no es la vía idónea para plantear el asunto relativo a la supuesta procedencia de una eventual consulta de los tomos de actualización de la GEP

Tal como consta en abundante jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia⁵ el recurso de protección es una acción de carácter cautelar, breve y urgente, que persigue restablecer el imperio del derecho y volver las cosas al status quo en que se encontraban antes de su interposición y por ello éste no consiste en una instancia de declaración de derechos, sino de protección de aquellos, que siendo preexistentes e indubitados se encuentren afectados por alguna acción u omisión ilegal y arbitraria, presupuesto que en el entendimiento de esta Secretaría de Estado no se configura en la especie, por cuanto la discusión jurídica relativa a si los instrumentos indicativos constituidos por las Guías elaboradas y actualizadas por el Ministerio de Energía, que dan forma y materializan tanto aspectos de la Política Energética Nacional como de su Capítulo Indígena, deban ser o no objeto de un proceso de consulta para con los pueblos indígenas o bien, de un proceso participativo para con los pueblos indígenas, es en nuestro entendimiento, necesaria de ser abordada en un proceso de lato conocimiento, por cuanto supone la existencia de derechos indubitados en la materia.

En efecto, esta Cartera de Estado tiene plena convicción del hecho de encontrarse aplicando estricta y correctamente las normas que regulan la consulta y participación indígena en nuestro ordenamiento jurídico, particularmente aquellas establecidas en el Convenio N° 169, como en el Decreto Supremo N°66, de 2014, del Ministerio de Desarrollo Social y Familia, y que por lo tanto, el derecho de los pueblos originarios a ser consultados sólo aplica respecto de medidas administrativas y legislativas que sean susceptibles de causarles afectación directa, sin que exista propiamente un derecho a consulta respecto de políticas planes y programas y menos aún sobre Guías no vinculantes. Lo anterior es sin perjuicio del hecho que sobre estas políticas planes y programas, los pueblos indígenas tienen sí el derecho a participar en su formulación, aplicación y evaluación, cuestión que precisamente es, lo que el Ministerio de Energía se encuentra implementando con su actuar.

2. Sobre la consulta indígena y la participación establecida en el Convenio N° 169

Con fecha 4 de octubre de 2008 se publicó el Decreto N° 236, del Ministerio de Relaciones Exteriores, que promulga el Convenio N° 169.

Como es sabido, su artículo 6 N°1 letra a) dispone:

“1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

⁵ VGR Fallo de la Corte de Apelaciones de Coyhaique, Rol N°207-2018, de 24 de diciembre de 2018, considerando Décimo.

a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;"

Por lo tanto, una primera cuestión a considerar es que en nuestro ordenamiento vigente, sólo las medidas administrativas y legislativas susceptibles de generar afectación directa, están sujetas al deber de consulta y como se explicará a continuación, ninguna de las guías que ha elaborado este Ministerio de Energía, y que actualmente se encuentran en proceso de actualización, cumplen con el requisito básico y fundamental de constituir una medida administrativa, y menos aún legislativa, que esté sujeta al deber de consulta establecido en el Convenio N° 169.

A este respecto, cabe tener asimismo presente, lo dispuesto en el art. 34 del Convenio N° 169 el que dispone que *"(...) La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país..."*.

Por su parte, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, en su Observación General del año 2011, ha señalado respecto a la consulta que *"(...) tienen que establecerse mecanismos apropiados a escala nacional y ello debe realizarse de una forma adaptada a las circunstancias..."*.

En base a lo anterior es que se hizo necesario en nuestro derecho interno establecer un procedimiento administrativo especial, de aplicación general, que permitiera fijar la implementación del citado artículo 6 N° 1 del Convenio N° 169, lo que se materializó por medio de la dictación del Decreto Supremo N° 66, de 2013, del Ministerio de Desarrollo Social, en adelante "D.S. N° 66/2013", el cual fue objeto de un procedimiento amplio de consulta indígena entre los años 2011 y 2013.

Tal como consta en dicho reglamento, el mismo, tiene como uno de sus objetivos principales desarrollar aquellos conceptos que el Convenio N° 169 utiliza de forma genérica y que requieren ser precisados de acuerdo a la realidad jurídica nacional para darles una correcta aplicación, y en particular, establecer la oportunidad en que debe hacerse la consulta y el procedimiento que deberá seguirse cuando se adopte una medida administrativa o legislativa susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas.

En dicho contexto normativo es el art. 7 del DS N°66/2013 el que ha implementado en nuestro ordenamiento interno el concepto de medidas administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, definiéndolas de la siguiente manera:

"(...) aquellos actos formales dictados por los órganos que formen parte de la Administración del Estado y que contienen una declaración de voluntad, cuya propia naturaleza no reglada permita a dichos órganos el ejercicio de un margen de discrecionalidad que los habilite para llegar a acuerdos u obtener el consentimiento de los pueblos indígenas en su adopción, y cuando tales medidas sean causa directa de un impacto significativo y específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales, afectando el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas...".

De la norma citada se desprende que la obligación de realizar un proceso de consulta, requiere necesariamente que nos encontremos ante una medida administrativa – o legislativa- susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas.

En el aspecto formal, la Guía de Estándares de Participación y sus tomos de actualización, incluido aquel dedicado a la Guía de Orientaciones en Contextos Indígenas, no han sido aprobadas por este Ministerio de Energía a través de la dictación de ningún tipo de acto administrativo y, en cuanto al fondo, tal como se ha tratado de explicar en el acápite de consideraciones de hecho del presente informe, constituyen instrumentos de naturaleza indicativa, no vinculantes que pretenden, a través de la sistematización de diversas experiencias positivas y negativas relacionadas a proyectos del sector energético, servir de pauta o referente para los diversos actores que tienen relación con los mismos, sin que a partir de las mismas se puedan alterar situaciones jurídicas pre existentes a su elaboración y, que por lo tanto, no comparten la naturaleza de los actos administrativos ni sus características de presunción de legalidad, imperio y exigibilidad.

En efecto SS. Iltma., como es de su conocimiento, el Artículo 3° de la Ley N° 19.880 que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado conceptualiza a los actos administrativos como aquellas *“decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública, tomando la forma de decretos supremos y resoluciones”*.

Al respecto también se ha referido la doctrina, indicando que "lo que se requiere es que sea posible que la medida que se piensa adoptar tenga impactos en los derechos reconocidos a los pueblos indígenas, particularmente su integridad y supervivencia cultural y autonomía (...) si bien una interpretación literal de la norma conduciría a pensar que toda decisión pública debe ser consultada, pues de una u otra manera afectará a los pueblos indígenas, de lo que se trata es garantizar los derechos de estos pueblos frente a cualquier 'decisión del Estado que pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad', pues la consulta previa es un mecanismo de visibilización de impactos en un contexto de interculturalidad" (Meza-Lopehandía, M. y otros, Los Pueblos Indígenas y el Derecho, Editorial LOM Ediciones, 2013, páginas 397 y 398, citado en sentencia CS Rol 817-2016).

Descartado entonces que la GEP y sus tomos de actualización, incluida la Guía de Orientaciones en Contextos Indígenas, sean propiamente medidas administrativas tanto en su aspecto formal como de fondo, cabe preguntarse, entonces a qué tipo de instrumento corresponden.

La respuesta a esta interrogante es que dichas guías y sus actualizaciones, constituyen instrumentos de política sectorial, indicativos no vinculantes, que derivan directa y respectivamente de la **Política Energética Nacional**, construida a través de un proceso participativo general durante los años 2014 a 2015, y del **Capítulo Indígena**, elaborado mediante un proceso participativo llevado adelante a la luz de las disposiciones del Convenio N° 169.

Dicho tratado internacional, diferencia en sus normas la llamada Consulta Indígena, aplicable a medidas administrativas o legislativas susceptibles de causar afectación directa a comunidades indígenas, y tratada como vimos anteriormente principalmente en su artículo 6 N°1, de la llamada Participación Indígena, consagrada, en la acepción que nos interesa para efectos de lo discutido en la acción constitucional materia de autos, en su artículo 7 N°1 frase final, el cual que al efecto dispone:

“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 esta materia, se hace de suma relevancia tener presente que, como es de conocimiento de SS. Iltma., en fallo del Tribunal Constitucional, ROL N° 309, de 4 de agosto del 2000, resolviendo sobre un *“Requerimiento formulado por diversos diputados para que el tribunal resuelva la*

constitucionalidad del Convenio N° 169, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la organización internacional del trabajo, el 27 de junio de 1989, de acuerdo al artículo 82, N° 2, de la Constitución Política de la República”, su considerando sexto estableció con meridiana claridad:

“6°. Que, en cambio, la situación es diferente respecto de las otras dos normas de la Convención N° 169 que, a juicio de los requirentes, versan sobre materias propias de ley orgánica constitucional, según se pasará a demostrar. En efecto, el artículo 7, N° 1°, oración final, del tratado en estudio dispone: “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.”. La simple lectura de este precepto es suficiente para estimar que estamos en presencia de una norma autoejecutable como se infiere con claridad de la forma imperativa en que se encuentra redactada al disponer que los pueblos “deberán participar”. (...)”

De allí que, tanto la construcción del Capítulo Indígena, como también la de La Guía de Orientaciones en Contextos Indígenas y su próxima actualización, constituyen manifestaciones concretas de la aplicación por parte de este Ministerio de Energía de procesos participativos orientados específicamente al cumplimiento de la antes referida disposición del artículo 7, N° 1, oración final de Convenio N° 169, por cuanto dado la naturaleza de instrumentos de política sectorial, lo que corresponde aplicar a su respecto es la antes referida norma y no aquella del artículo 6 N° 1 que consagra la obligación de consulta indígena, establecida para las medidas administrativas y legislativas susceptibles de afectarlos directamente.

3. Sobre la supuesta vulneración de garantías constitucionales cometida por el Ministerio de Energía y sus órganos

A continuación, se analizarán cada una de los derechos constitucionales alegados por los recurrentes como afectados.

i) Derecho a la igualdad ante la ley. Art. 19 N° 2 de la Constitución.

Los recurrentes señalan que al no efectuarse una consulta indígena, o si se vulneran sus estándares de aplicación respecto de la GEP, el derecho a la igualdad ante la ley se ve vulnerado, pues se despoja a estos pueblos del mecanismo que los hace iguales o que los iguala materialmente ante la ley respecto de las personas no indígenas, para luego extenderse en lo que es dicha consulta y como debe realizarse, en cuanto a sus estándares.

En efecto, al ser está GEP un instrumento de carácter indicativo y no vinculante, a diferencia de lo planteado por los recurrentes, las mismas no pretenden de ninguna forma reemplazar o desvirtuar la realización de procedimientos de consultas indígenas establecidos por nuestra normativa vigente, esto es, tanto aquellos referidos a medidas administrativas de carácter general como particularmente aquellos que tienen lugar durante la evaluación ambiental de proyectos, sino que, como ya se ha dicho, la mismas tiene la vocación de relevar y poner de manifiesto aquellas buenas prácticas, que en cumplimiento de la normativa nacional, son aplicables al desarrollo de proyectos, especialmente del sector energético.

De la forma señalada, en entendimiento de esta Cartera de Estado, en la implementación de los procesos participativos que lleva adelante su DPRC para la elaboración participativa de la GEP, no ha existido ningún tipo de infracción a la igualdad ante la ley, ni tampoco discriminación por parte

de la autoridad administrativa estatal, sino que por el contrario, dicho actuar corresponde, precisamente, a la implementación de procedimientos participativos de carácter general, para la comunidad toda, en atención al estricto cumplimiento de la normativa actualmente vigente en nuestro ordenamiento jurídico.

En relación a lo anterior, cabe indicar que en ningún caso puede existir una vulneración o amenaza de la garantía constitucional de igualdad ante la ley, en cuanto a haber implementado procesos participativos de carácter general, pues así se busca recabar la opinión de las personas que podrían verse afectadas y construir en forma conjunta estos instrumentos de política sectorial. En dicho sentido, este Ministerio ha dado estricto cumplimiento al mandato del Constituyente en cuanto a asegurar el respeto y promoción de los derechos constitucionales, tal como determinó la sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° STC 740, de 18 de abril de 2018, en su considerando 40:

“El mandato imperativo de “asegurar” los derechos contemplados en el catálogo del art. 19 CPR, importa: a) que sólo puede asegurarse lo que existe previamente; b) que la condición de seguridad que el Constituyente desea brindar a los derechos que reconoce importa hacer cesar cualquier transgresión o vulneración que, más allá de los propios límites previstos por la CPR, puedan experimentar tales derechos, como también impedir la amenaza o peligro inminente que pueda afectarlos; y c) que deben diseñarse e implementarse todos los mecanismos necesarios para brindar efectiva protección tanto a la titularidad de tales derechos cuanto a su ejercicio”.

Pues bien, este es el incentivo perseguido por esta Secretaría de Estado, tal como se señaló anteriormente en el presente informe, en cuanto a desarrollar procesos participativos que por ningún motivo buscan evitar la realización de consultas indígenas, sino por el contrario, ser mecanismos de información y de construcción conjunta de aquellos instrumentos indicativos que pueden guiar u orientar la respetuosa realización de proyectos energéticos, precisamente para que dichas personas tengan conocimiento de ellos, prestándoles una efectiva protección a sus derechos fundamentales y al ejercicio de éstos, de manera alguna procediendo a algún tipo de discriminación arbitraria.

Por otro lado cabe analizar la esencia de la protección constitucional de la igualdad ante la ley, a saber, la distinción razonable, o el criterio de razonabilidad, de una medida de igualdad o de desigualdad. En dicho sentido, el Tribunal Constitucional en sentencia Rol N° STC 784, de 20 de diciembre de 2007, considerando 19, ha conceptualizado la igualdad ante la ley de la siguiente manera:

“La igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición. Así, se ha concluido que la razonabilidad es el cartabón o standard de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de igualdad o la desigualdad.

“Para efectos de dilucidar si se produce una infracción al derecho a la igualdad ante la ley, es necesario determinar, en primer lugar, si realmente estamos frente a una discriminación o diferencia de trato entre personas que se encuentran en una situación similar, para luego examinar si tal diferencia tiene el carácter de arbitraria importando una transgresión a la CPR. Así, debe analizarse si tal diferencia carece de un fundamento razonable que pueda justificarla y si, además, adolece de falta de idoneidad para alcanzar la finalidad que ha tenido en vista el legislador. La razonabilidad es el cartabón o estándar que permite apreciar si se ha infringido o no el derecho a la igualdad ante la ley. De esta manera, la garantía de la igualdad ante la ley no se opone a que la legislación contemple tratamientos distintos para situaciones diferentes,

siempre que tales distinciones o diferencias no importen favores indebidos para personas o grupos.

En dicho sentido es imposible sostener, como lo efectúan los recurrentes, una afectación al referido derecho constitucional en base a una discriminación o diferencia arbitraria o poco razonada, debido a que de modo alguno estamos frente a tratamiento diferente, que no importen favores indebidos a una persona o un grupo determinado, al contrario, la razonabilidad de los respectivos procesos participativos para la construcción y actualización de la GEP, tal como se explicó en el presente informe, se sustentó en la identificación de falta de procesos de diálogo temprano referidos a la materialización de proyectos energéticos. Esto en modo alguno implicaba soslayar el cumplimiento de los mecanismos de consulta previstos para los pueblos originarios, sino que buscaba constituir un instrumento de carácter general, voluntario, indicativo y no vinculante, por lo que no es correcto afirmar, como lo hacen los recurrentes, que a través de las Guías se pretende despojar a los pueblos indígenas de un mecanismo que los hace iguales.

Por otro lado, la Constitución desarrolla la noción de la proporcionalidad como elemento fundante de la igualdad ante la ley. En dicho sentido, el Tribunal Constitucional, a través de la sentencia Rol N° STC 1273, de fecha 20 de abril de 2010, considerando 60, establece:

“La denominada “nueva fórmula” consiste en considerar lesionada la igualdad ante la ley cuando un grupo de destinatarios de la norma, comparados con otro grupo de destinatarios de la norma, son tratados de manera distinta, a pesar de que entre ambos grupos no media ninguna diferencia de tal entidad o importancia que pudiera justificar un tratamiento desigual. Para poder dimensionar tales situaciones esta fórmula requiere expresamente una ponderación en el sentido de examen de proporcionalidad, especialmente respecto de una diferencia de trato de gran intensidad, para lo cual se requiere que aquella persiga un fin legítimo, que esa búsqueda sea necesaria y que presente una razonable relación con el valor del fin propuesto”.

Así, no es posible argumentar una desproporción en cuanto a la GEP y su actualización, si ella precisamente, buscó una gran amplitud y abstracción referente a su ámbito de aplicación, en cuanto a los destinatarios de ella y no tratar de manera distinta a sus destinatarios.

ii) Derecho de propiedad. Art. 19 N° 24 de la Constitución.

En primer lugar, cabe indicar que el recurrente intenta confundir con el tratamiento del derecho constitucional a la propiedad y la aplicación, directa, en tierras y aguas indígenas, entendiendo que la GEP es de carácter obligatorio y vinculante, al aseverar que *“Los proyectos energéticos que pretende fomentar la guía, mediante las buenas prácticas que viene en recabar y sistematizar, no se emplazarán en el aire, sino que en las tierras y aguas ancestrales del pueblo pehuenche”*.

Pues bien, latamente se ha explicitado el carácter no vinculante de la GEP, por el cual no es posible dar una relación de causa efecto entre una medida indicativa y no obligatoria en las tierras y aguas indígenas. Incluso, en caso que la intención de los recurrentes fuese acreditar una supuesta amenaza por un documento no vinculante, cabe referirse a lo que podría considerarse una amenaza al libre ejercicio de un derecho y para ello resulta clave la noción que la amenaza deba ser cierta, es decir, que la eventualidad de un proyecto energético a desarrollarse en tierras o aguas indígenas sea real y, al mismo tiempo, no amparada por la normativa nacional; junto a ello, esta amenaza al ejercicio del derecho debe ser concreta y razonable.

En dicho sentido, la Corte Suprema por medio de la Sentencia Rol N° 4.599-2003, de 2 de diciembre de 2003, señaló en torno a la amenaza en el ejercicio de un derecho fundamental que ella:

“(…) sea objeto de protección constitucional debe revestir copulativamente los caracteres de ser cierta, actual, precisa y concreta en sus efectos y resultados”.

Así, que el recurrente estime que la GEP, instrumento de carácter general y no vinculante, pretende reemplazar al procedimiento de consulta, no reúne las características de amenazas requeridas por el constituyente para la noción de una amenaza como parte fundante de una violación a una garantía constitucional.

Pues bien, no es posible razonablemente establecer que los procesos que la GEP pretende fomentar implicarán una afectación directa, eso implica, asimismo, desconocer que solo la ley, y ni siquiera la potestad reglamentaria, pueden establecer limitaciones al derecho de propiedad.

En dicho sentido, el Tribunal Constitucional en la sentencia Rol N° 370, de 9 de abril de 2003, considerandos 30 a 33, menciona:

“El art. 19, N° 24, CPR señala con lenguaje de significado claro, perentorio e inequívoco, que sólo la ley puede establecer las obligaciones inherentes al dominio y que derivan de su función social. Por ende, la potestad reglamentaria de ejecución no puede, sin vulnerar la CPR, crear las obligaciones que pesan sobre el ejercicio del derecho de propiedad. Instituir o establecer tales obligaciones e insertarla en el estatuto jurídico que le es inherente, constituye una misión que la CPR reserva, con énfasis o vigor especial e ineludible, al legislador en sentido estricto”.

En dicho sentido, para que un proyecto energético “afecte” territorios o aguas indígenas deberá someterse a toda la institucionalidad nacional referente al desarrollo de este tipo de proyectos, como lo es el caso de la Evaluación de Impacto Ambiental, mecanismo es definido por la letra j) del artículo 2° de la ley N° 19.300, como:

“el procedimiento, a cargo del Servicio de Evaluación Ambiental, que, en base a un Estudio o Declaración de Impacto Ambiental, determina si el impacto ambiental de una actividad o proyecto se ajusta a las normas vigentes”.

Por tanto, es del todo errado suponer, como lo hacen los recurrentes, que se afectará el derecho de propiedad indígena, incluso por amenaza, en los supuestos por ellos planteados atendido que solo la ley puede establecer una limitación o perturbación al derecho de propiedad.

iii) Derecho a la integridad psicológica Art. 19 N° 1 de la Constitución.

De manera similar a lo indicado anteriormente, para que un derecho constitucional se vea perturbado o amenazado resulta necesario acreditar fehaciente y directamente la perturbación o amenaza. En particular, respecto al artículo 19 N° 1 de la Constitución, el Tribunal Constitucional, en la sentencia STC N° 577, de 26 de abril de 2007, considerando 14, señaló:

“Para que se configure una vulneración a lo establecido en el art. 19, N° 1, CPR, que garantiza a toda persona el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, debe acreditarse la existencia de una situación o un riesgo que ponga en peligro tales derechos. De ahí entonces que no es suficiente para configurar dicha infracción, la sola circunstancia de que las aguas de un curso de agua no sean aptas para el consumo humano, lo que ocurre en muchos ríos y esteros del país”.

Los recurrentes no establecen una relación directa de como la GEP los afecta o amenaza, directamente, en su integridad psíquica, sino que discurren por supuestos no relacionados con ella por lo que debe descartarse por su SS. Iltma.

Finalmente, en cuanto a lo indicado referente a las acciones y omisiones ilegales, teniendo presente todos los antecedentes de hecho y derecho expuestos en el presente informe, a juicio de

este Ministerio, la actuación consistente en la implementación de procesos participativos para la elaboración de su GEP, de carácter general para la realización de proyectos, como asimismo, la implementación de procesos participativos especiales para con pueblos indígenas para la Guía de Orientaciones en Contextos Indígenas y su actualización, basados en la normativa del Convenio N° 169 de la OIT, no es ilegal puesto que se ajusta a la normativa vigente en nuestro ordenamiento jurídico, en atención a las facultades constitucionales y legales que se conceden a esta autoridad administrativa, y en segundo término, no es arbitraria, puesto que no descansa en el mero capricho de la autoridad, sino por el contrario, dichos procesos participativos han sido y serán llevados a cabo, en cumplimiento de obligaciones legales derivadas tanto de la normativa general sobre participación existente, como asimismo, y especialmente, en cumplimiento de las normas especiales relativas a derechos de los pueblos originarios, previstas en el Convenio N° 169 de la OIT, sin que aquello implique de ninguna forma la omisión de la obligación que recae sobre los Órganos de la Administración del Estado relativa a la realización de consultas a pueblos originarios frente a la dictación de medidas administrativas o legislativas que sean susceptibles de afectarlos directamente.

IV. CONCLUSIONES

En virtud de las consideraciones de hecho y de derecho previamente efectuadas, es posible concluir lo siguiente:

- Con la reforma efectuada por la ley N° 20.776, que modifica y perfecciona la ley que rige al Ministerio de Energía, se adicionó la siguiente potestad “Fomentar y facilitar la participación de personas naturales o jurídicas, con o sin fines de lucro, en la formulación de políticas, planes y normas, en materias de competencia del Ministerio”. Producto de ella se creó la DPRC, siendo su objetivo el generar espacios de diálogo y confianza que promuevan una participación equilibrada de los distintos proyectos energéticos. En base a ello, la DPRC ha promovido activamente, desde al año 2014, una serie de procesos participativos (Mesa de Asociatividad, Mesa de Hidroelectricidad Sustentable, Mesa de Cierre y/o Reconversión de Unidades a Carbón, la Comisión de Seguimiento del Capítulo Indígena de la Política Energética Nacional, entre otras), los cuales son de carácter voluntario y convocan a diversos actores de la sociedad.
- Para difundir los procesos participativos la DPRC utiliza diversos medios de convocatoria, siempre buscando fomentar la participación de la mayor cantidad y diversidades de personas y de sus realidades particulares, sin discriminación de ningún tipo.
- La Política Nacional de Energía es el resultado de un proceso que cuenta con la validación social, política y técnica, lo que se consiguió luego de una serie de instancias de participación y diálogo ciudadano orientado a la elaboración de una política de largo plazo como compromiso del Estado de Chile.
- Las Guías que ha desarrollado y se encuentran en proceso de actualización por parte del Ministerio de Energía, tanto en la forma como en el fondo, no constituyen actos administrativos que sean susceptibles de afectar directamente a pueblos indígenas, sino que son una manifestación de carácter indicativo y no vinculante, de los instrumentos de política sectorial del Ministerio de Energía, que recogen las experiencias recopiladas en torno al desarrollo de proyectos del sector energético, y que tiene la vocación de poner de manifiesto aquellas conductas, que apegándose a la normativa vigente, han resultado en experiencias exitosas para el desarrollo de proyectos.

- El Ministerio de Energía, en cumplimiento de sus facultades legales y dando aplicación a la normativa vigente, a partir de la Política Energética Nacional y su Capítulo Indígena, ha creado dos tipos de instrumentos orientadores, cuyo objetivo es tender a fomentar y mejorar los procesos de relacionamiento, comunicación y participación que tienen lugar entre los distintos interesados en torno al desarrollo de proyectos energéticos, a saber: la **Guía de Estándares de Participación (GEP)**, de carácter general, aplicable a cualquier contexto de relacionamiento y la **Guía de Orientaciones en Contextos Indígenas**, de carácter especial, aplicable a contextos de relacionamiento con comunidades pertenecientes a pueblos originarios. Ambos instrumentos, comparten una naturaleza de carácter indicativo, no vinculante y, asimismo, el haber sido elaborados a través de los correspondientes procesos participativos, construidos en forma ad-hoc, para las particularidades y especificidades de cada uno de ellos.
- Respecto a la Consulta Indígena cabe señalar que sólo las medidas administrativas y legislativas susceptibles de generar afectación directa, están sujetas al deber de consulta y ninguna de las guías que ha elaborado el Ministerio de Energía, y que actualmente se encuentran en proceso de actualización, cumplen con el requisito básico y fundamental de constituir una medida administrativa, y menos aún legislativa, que esté sujeta al deber de consulta establecido en el Convenio N° 169. Además la *“Guía de Estándares de Participación”* y sus tomos de actualización, incluido aquel dedicado a la *“Guía de Orientaciones en Contextos Indígenas”*, no han sido aprobadas por el Ministerio de Energía a través de la dictación de ningún tipo de acto administrativo, atendida la naturaleza indicativa y no vinculante de ellas.
- La acción constitucional de protección incoada no es la vía idónea para discutir la eventual necesidad de realizar un proceso de consulta a comunidades indígenas en virtud del Convenio N° 169, respecto de las diferentes Guías de buenas prácticas que ha desarrollado y se encuentran en proceso de actualización por parte del Ministerio de Energía.
- No se ha vulnerado la garantía de igualdad ante la ley, ya que la actuación del Ministerio de Energía se fundamenta en sus facultades legales como asimismo en la normativa general de participación aplicable a la ciudadanía en general y, especialmente, en la aplicación de la normativa contemplada por el Convenio N° 169 y el Decreto Supremo N° 66, de 2013, del Ministerio de Desarrollo Social y Familia, siendo sus actos basados en criterios de razonabilidad, proporcionalidad y debidamente justificados, asegurando siempre que la implementación de sus mecanismos proteja los derechos fundamentales.
- No se ha vulnerado la garantía del derecho de propiedad, atendido que, como lo ha señalado la Jurisprudencia de la Corte Suprema, la amenaza de afectación de este derecho debe ser cierta, actual, precisa y concreta en sus efectos y resultados lo cual no ocurre en el caso de autos. Además, la afectación a esta garantía constitucional solo puede efectuarse a través de la ley y el marco legal que rige esta situación se relaciona con la Evaluación de Impacto Ambiental, en tanto mecanismo que busca determinar si el impacto de una actividad o proyecto se enmarca en la normativa vigente.
- No se ha vulnerado la garantía a la integridad psicológica, tal como lo alegan los recurrentes, los que no establecen una relación directa de como la GEP los afecta o amenaza, directamente, sino que discurren en torno a supuestos no relacionados con ella.

POR TANTO, en virtud de todo lo anteriormente expuesto, **SOLICITO A S.S. ILTMA.**, tener por evacuado el informe requerido en autos tanto a esta Cartera de Estado, como a la Subsecretaría de Energía, la Secretaría Regional Ministerial de Energía de la Región del Biobío y la División de Participación y Relacionamiento Comunitario del Ministerio de Energía, rechazando el Recurso de Protección interpuesto en estos autos en todas sus partes, con expresa condenación en costas.

OTROSÍ: Ruego a US. Iltma., tener por acompañados los siguientes documentos referidos en el presente informe:

1. Resolución N°42, de 31 de diciembre de 2018, del Ministerio de Energía, que aprueba Texto que fija la Organización Interna del Ministerio de Energía.
2. Decreto Supremo N° 148, de 30 de diciembre de 2015, que aprueba la Política Nacional de Energía.
3. Resolución N° 27, de diciembre de 2016, del Ministerio de Energía.
4. Resolución Exenta N° 09, de 9 marzo de 2018, del Ministerio de Energía, que creó la Comisión Indígena de Seguimiento para la Implementación del Capítulo Indígena.
5. Resolución Exenta Ministerial N° 8, de 24 de julio de 2020, que modificó la integración de la Comisión de Seguimiento del Capítulo Indígena.



FRANCISCO LÓPEZ DÍAZ
SUBSECRETARIO DE ENERGÍA