



CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO
N° ING: 1794-2010 FOLIO: 62358
FECHA: 27/05/2010
LIBRO: Protección
HORA: 10:35 CASTGCPR
Escrito : Se evacua informe *Duplicado*

ORD. N° **1303**

ANT.: Resolución de fecha 20.05.10, que acoge a tramitación el recurso de protección y solicita informe a esta Secretaría de Estado.

MAT.: Recurso de Protección Ingreso N° 1794-2010, ltima. Corte de Apelaciones de Santiago.

INCL.: Lo indicado.

SANTIAGO, 26 MAYO 2010

DE : HERNÁN DE SOLMINIHAC TAMPIER
MINISTRO DE DE OBRAS PÚBLICAS

A : SR. PRESIDENTE
ILTMA. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO

EN LO PRINCIPAL: INFORMA; EN EL PRIMER OTROSÍ: SOLICITA ALZAMIENTO DE ORDEN DE NO INNOVAR; EN EL SEGUNDO OTROSÍ: ACOMPAÑA DOCUMENTOS; EN EL TERCER OTROSÍ: PERSONERÍA

HERNÁN DE SOLMINIHAC TAMPIER, Ministro de Obras Públicas, domiciliado en calle Morandé N° 59, Santiago, vengo en informar en relación al recurso de protección N° 1794-2010, interpuesto por don Iván Reyes Alcamán, en representación de la **Comunidad Indígena Caciques Federico Alcamán y Juan Huenchual**; don Eric Jansson Catrin Lemuñir, en representación de la **Comunidad Indígena José Catrin**; don Mario Lemuñin Huinca, en representación de la **Comunidad Indígena Francisco Lemuñir**; don Carlos Painen Loncon, en representación de la **Comunidad Indígena Antonio Cotaro**; don Leonel Modesto Catrifiñir Colifiñir, en representación de la **Comunidad Indígena José Aillañir**; y don Luis Eduardo Antimán Huenchuñir, en representación de la **Comunidad Indígena Juan Antonio Antiman**, en contra del Ministerio de Obras Públicas, representado por el suscrito,

por el supuesto acto arbitrario e ilegal constituido, según señalan, por la dictación del DS MOP N° 121, de fecha 2 de febrero de 2010, que adjudica el contrato de concesión para la ejecución, conservación y explotación del contrato de concesión "Nuevo Aeropuerto de la Región de la Araucanía", el que, a juicio de ellos, incumpliría, básicamente, con lo dispuesto en el artículo 6 del Convenio N° 169 de la OIT.

En concepto de los recurrentes, tal circunstancia importa una infracción a las garantías consagradas en el artículo 19, números 2 y 6 de la Constitución Política de la República (CPR), esto es, la igualdad ante la ley y la libertad de conciencia y ejercicio libre de todos los cultos.

Al efecto, informo a usted que, en mérito de los antecedentes que a continuación se exponen, el recurso interpuesto debe desestimarse en todas sus partes, por improcedente, con expresa condenación en costas.

I PETICIONES DEL RECURSO INTERPUESTO

En virtud del recurso de protección interpuesto, los recurrentes solicitan a la Iltrma. Corte que declare:

1. Que se deje sin efecto el DS MOP N° 121, de fecha 02.02.10; y
2. Que "se ordene al Estado de Chile a materializar su deber de consultar a los Pueblos Indígenas contemplado en el artículo 6 del Convenio N° 169 de la OIT, respecto al caso sublite."

Adicionalmente, en el segundo otrosí de su presentación, los recurrentes solicitan se decrete "orden de no innovar, suspendiendo inmediatamente Decreto número 121", la que fue concedida por esta Iltrma. Corte mediante resolución de fecha 24 de mayo de 2010.

En el presente informe quedará claramente establecido y justificado que la actuación del MOP se ha encuadrado plenamente dentro de las atribuciones establecidas por el ordenamiento vigente, respetando la normativa medioambiental y de concesiones de obras públicas.

II EL MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS ESTÁ FACULTADO PARA EJECUTAR OBRAS MEDIANTE EL SISTEMA DE CONCESIÓN

Sin perjuicio de no ser materia discutida en autos, antes de revisar el fondo del recurso planteado, estimamos necesario referimos, brevemente, a las facultades del MOP sobre el asunto en análisis.

El artículo 87 del DFL MOP N° 850 señala: "Las obras públicas fiscales podrán ejecutarse, asimismo, mediante contrato adjudicado en licitación pública nacional o internacional, siempre que esta última no afecte la seguridad nacional, a cambio de la concesión temporal de su explotación o la de los bienes nacionales de uso público o fiscales destinados a desarrollar las áreas de servicio que se convengan. Las concesiones tendrán la duración que determine el decreto supremo de adjudicación, que deberá llevar, además, la firma del Ministro de Hacienda, sin que en caso alguno puedan ser superiores a 50 años."

A su vez, el artículo 88 del mismo cuerpo legal, señala que las concesiones que se otorguen se registrarán por:

- Las normas del DS MOP N° 900, Ley de Concesiones de Obras Públicas;
- Su Reglamento (DS MOP N° 956);
- Las bases de licitación de cada contrato en particular, que el Ministerio de Obras Públicas elabore al efecto.

Atendidas dichas normas, el Ministerio de Obras Públicas tiene la facultad para ejecutar obras públicas fiscales mediante el sistema de concesión.

III DESCRIPCIÓN DEL PROYECTO "NUEVO AEROPUERTO DE LA REGIÓN DE LA ARAUCANÍA"

El proyecto consiste en la construcción de un nuevo aeropuerto para la región de la Araucanía, - que reemplace el actual aeródromo Maquehue de Temuco-, con todas las obras civiles e instalaciones necesarias para dar a las líneas aéreas y a los pasajeros, las condiciones de servicio, confort y seguridad, acordes a las de un aeropuerto con carácter internacional. Incluye las obras asociadas al camino de acceso y su conexión con la Ruta 5 Sur en el nuevo enlace proyectado.

El nuevo aeropuerto estará ubicado a 20 km al sur – poniente de la ciudad de Temuco, región de la Araucanía, aproximadamente a 2 km al costado poniente de la Ruta 5, en el sector de Quepe de la comuna de Freire.

La concesión incluye la conservación y mantención de la infraestructura vertical y horizontal asociada al área de movimiento de aviones del aeropuerto y del acceso vial, incluido el enlace con la Ruta 5, dentro del área de concesión.

Las principales obras a ejecutar se encuentran descritas en el artículo 2.5 de las Bases de Licitación respectivas (Anexo 1).

IV CRONOLOGÍA DE LAS ACTUACIONES DEL MOP EN LA ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESION DE LA OBRA PÚBLICA FISCAL DENOMINADA “NUEVO AEROPUERTO DE LA REGIÓN DE LA ARAUCANÍA”

En legítimo uso de la facultad referida en el punto II precedente, el MOP desarrolló una serie de actuaciones tendientes a licitar el contrato de concesión “Nuevo Aeropuerto de la Región de la Araucanía”, a saber:

1. Con fecha 24.06.01 y 29.06.01, se efectuó la publicación en el Diario El Mercurio y el Diario Oficial, respectivamente, del Llamado a Precalificación para el Registro Especial Internacional para el “Segundo Programa de Concesiones Aeroportuarias”.
2. Con fecha 6 de enero de 2006, se ingresó a la CONAMA el Estudio de Impacto Ambiental (EIA), el cual fue aprobado por la COREMA de la Araucanía el 15 de noviembre del mismo año.
3. Conforme al artículo 39° de la Ley de Concesiones de Obras Públicas (LCOP), mediante convenio de fecha 25.10.06, suscrito por el MOP y la Dirección General de Aeronáutica Civil (DGAC) aprobado por Resolución DGAC N° 1174, de fecha 19.12.06, ésta mandató al MOP para la ejecución del Nuevo Aeropuerto de la Región de la Araucanía (en adelante el “contrato de concesión” o el “aeropuerto”).
4. De conformidad con el artículo 87 del DFL MOP N° 850, de 1997, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 15.840, de 1964, Orgánica del Ministerio de Obras Públicas, y del DFL N° 206, de 1960, Ley de Caminos; la Ley de Concesiones de Obras Públicas, contenida en el Decreto con Fuerza de Ley MOP N° 164, de 1991, hoy Decreto Supremo MOP N° 900, de 1996, y el Reglamento de Concesiones contenido en el DS MOP N° 956, de 1997, se inició el proceso de licitación del proyecto de concesión “Nuevo Aeropuerto de la Región de la Araucanía”.
5. Por oficio Gab. Pres. N° 115, de fecha 22.01.08, S.E. la Presidenta de la República aprobó la ejecución de la obra pública fiscal denominada “Nuevo Aeropuerto de la Región de la Araucanía”, a través del sistema de concesiones.
6. El Ord. DPC N° 04/A/2/3847/6682, de fecha 28.11.08, el Director General de Aeronáutica Civil, aprobó las Bases de Licitación respectivas.
7. Mediante Ord. N° 1244, de fecha 03.12.08, el Ministro de Hacienda aprobó dichas Bases de Licitación y el Prospecto de Inversión.

8. Con fecha 07.12.08 y 18.12.08, se publicó en el Diario La Tercera y en el Diario Oficial, respectivamente, el Llamado a Licitación Pública del Nuevo Aeropuerto de la Región de la Araucanía”.
9. Mediante Resolución DGOP N° 94, de fecha 29.04.09, se aprobaron las Bases de Licitación respectivas y su Circular Aclaratoria N° 1.
10. Posteriormente, mediante Resoluciones DGOP N° 102, del 06.05.09; N° 210, del 18.08.09; N° 3862, del 25.08.09; y N° 237, del 09.09.09, se aprobaron las Circulares Aclaratorias N°s 2, 3, 4 y 5, respectivamente.
11. Con fecha 09.10.09, se recibieron las Ofertas y se procedió a la apertura de las Ofertas Técnicas.
12. Con fecha 02.11.09, se levantó el Acta de Evaluación de las Ofertas Técnicas.
13. Con fecha 03.11.09, se levantó el Acta de las Ofertas Económicas.
14. Con fecha 10.11.09, se levantó el Acta de Calificación de las Ofertas Económicas.
15. El informe de la DGAC, que ratifica la evaluación, fue evacuado mediante Ord. DGAC OF “O” N° 04/A/2/3662/6852.
16. Con fecha 18.12.09, se levantó el Acta de Adjudicación de la DGOP.

Finalmente, mediante DS MOP N° 121, de fecha 2 de febrero de 2010 (Anexo N° 2), se adjudicó el contrato de concesión para la ejecución, conservación y explotación de la obra pública fiscal denominada “Nuevo Aeropuerto de la Región de la Araucanía” al licitante Empresa Constructora Belfi S.A. Dicho decreto de adjudicación fue tomado razón por la Contraloría General de la República con fecha 29 de marzo de 2010 y publicado en el Diario Oficial el día 17 de abril de 2010.

En consecuencia, el contrato de concesión otorgado mediante el DS MOP N° 121 impugnado, se ajustó plenamente a la normativa vigente ambiental y de concesiones de obras públicas.

V EL CONVENIO 169 DE LA OIT, SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN PAÍSES INDEPENDIENTES, NO ES APLICABLE AL CONTRATO DE CONCESIÓN “NUEVO AEROPUERTO DE LA REGIÓN DE LA ARAUCANÍA”.

1. Los recurrentes fundan su acción, principalmente, en el texto del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, que dispone:

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

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

2. La regla general es que los tratados internacionales se aplican respecto de hechos o actos posteriores a la fecha de su entrada en vigor. Este principio de irretroactividad de los tratados se encuentra consagrado en el artículo 28 de la Convención de Viena, al señalar:

“Las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo”.

3. Conforme a esta disposición, excepcionalmente un tratado tendrá efectos retroactivos cuando las partes así lo hayan manifestado en dicho instrumento o cuando esa intención pudiera desprenderse del mismo.
4. Esta irretroactividad, considerada principio general del Derecho Internacional, encuentra su fundamento en la necesidad de seguridad jurídica que debe amparar a todas las situaciones o derechos adquiridos en virtud de la norma antigua o con anterioridad a la aparición de una norma. Se trata de un principio de prudencia legislativa con el que se intenta evitar que los cambios en el Derecho o las nuevas regulaciones afecten a situaciones anteriormente justas¹. Resulta, entonces, que siempre la aplicación de las normas convencionales será irretroactiva, salvo disposición expresa o intención en contrario.
5. El Convenio N° 169 de la OIT no contiene norma alguna que expresamente se refiera a la aplicación de sus disposiciones en el tiempo y, a su vez, tampoco puede inferirse la voluntad de las partes, por lo que le resulta plenamente aplicable la regla general sobre irretroactividad de dicho tratado.

Es más, su propio texto ordena su aplicación con posterioridad a su entrada en vigor. Al respecto, su artículo 38 dispone que el Convenio:

¹ Orihuela Catalayud, Esperanza. “Los Tratados Internacionales y su Aplicación en el Tiempo”. Cuadernos Iniciales 4, Universidad Autónoma de Madrid, 2004. p. 22.

"2. Entrará en vigor doce meses después de la fecha en que las ratificaciones de dos Miembros hayan sido registradas por el Director General.

3. Desde dicho momento, este convenio entrará en vigor, para cada Miembro, doce meses después de la fecha en que haya sido registrada su ratificación."

La ratificación del Convenio 169 por parte del Estado de Chile fue efectuada mediante DS N° 236, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial con fecha 14 de octubre de 2008; habiéndose efectuado el registro de la ratificación el día 15 de septiembre de 2008, comenzando a regir, en consecuencia, en Chile el día 15 de septiembre del año 2009. Así las cosas, sólo o a partir de esta fecha las disposiciones del tratado son plenamente obligatorias y vinculantes para Chile.

VI EL DS MOP N° 121 NO ES ILEGAL PUESTO QUE EL CONVENIO N° 169 DE LA OIT NO TIENE EFECTOS RETROACTIVO

Debe tenerse presente que el DS MOP N° 121, que adjudica el Contrato de Concesión, es un acto terminal que culmina un proceso de licitación que contempla una serie de actuaciones de la Administración, el cual debe sujetarse estrictamente a las Bases de Licitación. Dicho proceso se inició -una vez aprobada la calificación ambiental del proyecto mediante la RCA N° 252, de fecha 15 de noviembre de 2006 (modificada por Resolución Exenta N° 2406, de fecha 5 de octubre de 2007, de la Dirección Ejecutiva CONAMA)-, con la publicación del Llamado a Licitación del Contrato de Concesión, el que se efectuó en el mes de diciembre de 2008, por lo que resulta jurídicamente improcedente exigir la aplicación del artículo 6 del Convenio 169, si éste entró en vigencia recién el día 15 de septiembre de 2009, esto es, después de más de tres años de iniciado el proceso de licitación.

Por lo tanto, no hubo mala fe ni negligencia por parte del MOP, ya que a la fecha de inicio del proceso licitatorio, incluida la calificación favorable mediante RCA N° 252, del año 2006, el citado Convenio no formaba parte de nuestra legislación, al no haber entrado aún en vigencia.

VII AÚN NO SIENDO APLICABLE EL CONVENIO 169, EL CONTRATO DE CONCESIÓN CONTEMPLÓ LA DEBIDA PARTICIPACIÓN DE LAS COMUNIDADES MAPUCHE COMO CONSTA EN LA RESOLUCIÓN DE CALIFICACIÓN AMBIENTAL (RCA) N° 252

1. El MOP ingresó al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) el Estudio de Impacto Ambiental (EIA) del "Anteproyecto Referencial Nuevo Aeropuerto de la Región de la Araucanía", con fecha 6 de enero de 2006, el cual fue aprobado mediante RCA de la COREMA de la Araucanía N° 252, de fecha 15 de noviembre de 2006.

2. Cabe destacar que en los Vistos N° 4 de la RCA N° 252, sobre **"Antecedentes en relación con la implementación de mecanismos de Participación Ciudadana"**, se contempla lo siguiente:

- "16.01.06, publicación del extracto del EIA "Anteproyecto Referencial Nuevo Aeropuerto de la Región de La Araucanía", en el Diario Austral de Temuco.
- 16.01.06 **Contacto con dirigentes:**
 - **Visita y entrega de información; Conversación directa con don Hugo Alcamán; Lonko y presidente de la comunidad "Caciques Federico Alcamán y Juan Huenchual".** Se acordó que él organizaría una reunión con su comunidad y que la CONAMA asistiría para informar a la comunidad de cómo realizar observaciones al proyecto y de los plazos disponibles para ello.
 - **Visita y entrega de información; Conversación directa con la señora Elizabeth Lafquén Aravena; presidente de la comunidad "Ricardo Rayín".** Se acordó que ella organizaría una reunión con su comunidad y que la CONAMA asistiría para informar a la comunidad de cómo realizar observaciones al proyecto y de los plazos disponibles para ello.
 - **Visita y entrega de información; Conversación directa con don Aurelio Lafquen Alcamán; Lonko y presidente de la comunidad "Dollinco".** Se acordó que él organizaría una reunión con su comunidad y que la CONAMA asistiría para informar a la comunidad de cómo realizar observaciones al proyecto y de los plazos disponibles para ello.
 - **Visita y entrega de información; Conversación directa con la señora esposa de don Florencio Huincaflores; presidente de la Junta de Vecinos de la comunidad "Rucahue".**
 - **Visita y entrega de información; Conversación directa con don Víctor Manuel Manquilef Melgarejo; vicepresidente de la comunidad "Fermín Manquilef".** Se acordó que él organizaría una reunión con su comunidad y que la CONAMA asistiría para informar a la comunidad de cómo realizar observaciones al proyecto y de los plazos disponibles para ello.
- 17.01.06, publicación del extracto del EIA "Anteproyecto Referencial Nuevo Aeropuerto de la Región de La Araucanía", en el Diario Oficial de la República de Chile.
- 17.01.06, se da inicio al proceso de participación ciudadana.
- 18.01.06 Reunión de carácter técnico con concejales de la comuna

Asiste la Directora de CONAMA y profesionales de la misma para informar al Concejo Municipal del procedimiento de PAC.

- **19.01.06 Reunión con integrantes de la comunidad "Caciques Federico Alcamán y Juan Huenchual"**

A solicitud de un grupo de integrantes de esta comunidad y que además trabaja en la producción de frambuesas y arándanos, la CONAMA asiste a una reunión donde se les informa en qué consiste el proceso de PAC, de los plazos y la forma de realizar observaciones. Asisten 8 personas de la comunidad, 1 profesional de CONAMA y 1 profesional de la Municipalidad de Freire. **En esta reunión se acuerda realizar una reunión de amplia convocatoria el día sábado 28 de enero con la comunidad a las 15:00 en la sede social de la comunidad:**

- 20.01.06 Visita a terreno para entregar dípticos informativos y EIA en digital a aquellas personas y organizaciones que lo solicitaron
- 27.01. 06 Reunión de discusión ciudadana en Comunidad "Fermín Manquilef"

Reunión de amplia convocatoria para informar y discutir del proyecto y las formas de participar a través de observaciones. Esta se realizó en la sede social. Asistieron 64 personas.

- 28.01. 06 Reunión de discusión ciudadana en Comunidad "Dollinco". Asistieron 26 personas.

Reunión de amplia convocatoria para informar y discutir del proyecto y las formas de participar a través de observaciones. Esta se realizó en la escuela Dollinco. Asistieron 26 personas.

- 28.01.06 **Reunión de discusión ciudadana en Comunidad "Caciques Federico Alcamán y Juan Huenchual"**

Reunión de amplia convocatoria para informar y discutir del proyecto y las formas de participar a través de observaciones. Esta se realizó en sede social. Asistieron 18 personas.

- 04.02.06 Reunión de discusión ciudadana en Comunidad Dollinco

Reunión de amplia convocatoria para informar y discutir del proyecto y las formas de participar a través de observaciones. Esta se realizó en sede social. Asistieron 90 personas.

- 06.02.06 Reunión de discusión ciudadana (Freire Urbano)

Reunión de amplia convocatoria para informar y discutir del proyecto y las formas de participar a través de observaciones. Esta se realizó a las 18:00 horas en el Centro Cultural de Freire. Asistieron 24 personas.

- 09.02.06 **Reunión de discusión ciudadana en Comunidad Caciques Federico Alcamán y Juan Huenchual.**

Reunión de amplia convocatoria para informar y discutir del proyecto y las formas de participar a través de observaciones. Esta se realizó en la sede social. Asistieron 21 personas.

- 23.02.06 Reunión de discusión en Freire urbano

Reunión de amplia convocatoria para informar y discutir del proyecto y las formas de participar a través de observaciones. Esta se realizó en la sede social. Asistieron 90 personas.

- 24.02.06 Reunión de discusión en Freire urbano
- 25.02.06 Reunión de apresto en Comunidad Dollinco

Reunión donde participan sólo integrantes de la comunidad y la finalidad de esta reunión es revisar en forma práctica las observaciones que las personas de la comunidad han preparado.

- 16.03.06 Reunión de capacitación técnica con las Comunidades

Reunión donde participan dirigentes de las comunidades mapuche que han participado del proceso; además asisten a esta reunión la Alcaldesa de Freire y los Concejales de la misma. Esta reunión tuvo como propósito analizar técnicamente el proyecto; la capacitación estuvo a cargo del Instituto del Medio Ambiente (IMA) de la Universidad de la Frontera. Además se visitó el Aeropuerto Maquehue y la DGAC (Dirección general de aeronáutica civil) realizó una capacitación donde se entregaron antecedentes de cómo funciona un aeropuerto.

- 25.03.06, se da término al proceso de participación ciudadana. El proceso concluye con 360 observaciones de personas naturales y 11 de personas jurídicas.”

3. Cabe tener presente que **en dicho proceso participaron integrantes de las comunidades indígenas del área de influencia indirecta definida en el año 2006, incluidas las recurrentes de autos (Anexo 10).**

4. Lo anterior demuestra, fehacientemente, que las comunidades mapuche tuvieron una vasta participación en el desarrollo del proyecto, mediante la realización de sendas reuniones en las distintas comunidades involucradas, de amplia convocatoria las que se realizaron no sólo con el fin de informarles sobre proyecto en sí, sino que pudiesen presentar las observaciones o reparos que éste les merecía. A mayor abundamiento, cabe destacar que se continúa trabajando con las comunidades indígenas que suscribieron el Convenio Quepe Pelales, de fecha 29 de noviembre de 2007 (Anexo 4).
5. En el mismo sentido, los Anexos I y II de la RCA N° 252, se refieren específicamente a las **“Observaciones Ciudadanas Anteproyecto Aeropuerto Regional en Comuna de Freire”**, que contemplan, entre otras, las observaciones manifestadas por los recurrentes que en cada caso se señalan (Ver Anexo 5).

VIII AÚN CUANDO NO ES APLICABLE, SE HAN CUMPLIDO LOS FINES DE LA CONSULTA PREVISTA EN EL CONVENIO N° 169

1. Del artículo 6 se desprende que la consulta debe hacerse de buena fe, con el objetivo de llegar a un acuerdo entre las partes involucradas. El objetivo del Convenio no es establecer un procedimiento reglado respecto a la Consulta, sino entregar este deber a los Estados, quienes a través de sus organismos permitan la consulta a los pueblos indígenas que pudieran verse afectados.
2. El objetivo último del Convenio al no regular detalladamente la consulta, es reforzar la idea que el Convenio se inserta dentro de la normativa vigente de los Estados y viene a completar las normativas sectoriales que dicen relación con los pueblos indígenas. Este principio aparece expresamente señalado en el artículo 34 de dicho Convenio:

“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”.
3. En tercer lugar, los Estados poseen un ámbito de decisión propio, flexible, para implementar las consultas.
4. Cabe señalar que la sentencia del el Tribunal Constitucional, al conocer sobre la constitucionalidad del Convenio en STC Rol N° 309 de 2000 y Rol N° 1050 de 2008, señala con especial detalle el alcance de la consulta consagrada en el Convenio. Precisamente, en la última de las sentencias citadas señala:

“Décimo cuarto. Que ha de entenderse que al disponer el artículo 6, N° 2, del

Acuerdo remitido, que la finalidad de las consultas es la de llegar a un acuerdo acerca de las medidas propuestas, no importa una negociación obligatoria, sino que constituye una forma de recabar opinión, misma que no resultará vinculante, ni afectará las atribuciones privativas de las autoridades que la Constitución Política de la República establece. En este entendido el precepto resulta plenamente compatible con la participación democrática que contempla el artículo 1º de la Carta Fundamental y con la radicación de la soberanía y de su ejercicio que contempla el artículo 5º de la misma Ley Fundamental”.

“Décimo Quinto. Que la posibilidad de participación que las normas en análisis del Convenio entregan a los pueblos indígenas no pugnan con el principio de participación con igualdad de oportunidades en la vida nacional, que consagra el artículo 1º de la Carta Fundamental, toda vez que ellas disponen, para un grupo socio económico vulnerable, con la especificidad histórica cultural que le es propia, un mecanismo de participación que no tiene carácter vinculante”²

5. De estos considerando se desprende que la Consulta establecida en el Convenio, en cuanto instrumento no vinculante, flexible y que opera sin perjuicio de las atribuciones legales, se debe conciliar con el principio de participación ya reconocido a nivel nacional en las normas vigentes, sin constituir una negociación obligatoria, sino una forma de recabar información que no resulta vinculante con las atribuciones privativas de las autoridades establecidas en la Constitución.
 6. El artículo 49 del DS N° 30, del Ministerio de SEGPRES, que reglamenta el SEIA, exige “asegurar la participación informada de la comunidad organizada en el proceso de calificación ambiental”, concepto que es más amplio que la sola consulta que contempla el artículo 6 del Convenio 169.
- Las consultas formuladas dentro del proceso de participación que exige la ley N° 19.300 deben ser ponderadas en el proceso de calificación, en cambio, la consulta prevista en el artículo 6 del Convenio 169 no es vinculante.
7. En consecuencia, al haberse efectuado el proceso de participación ciudadana previsto en la ley 19.300, necesariamente, se dio cumplimiento con la finalidad prevista en el artículo 6 del Convenio 169.
 8. Así lo ha entendido la Excm. Corte Suprema en el fallo dictado en causa rol N° 1525-2010, de fecha 17 de mayo de 2010, que se acompaña en el anexo 12, conociendo en recurso de apelación, un caso análogo al de autos en el cual los recurrentes impugnaron

² STC rol N° 1050-2008.

la Resolución de Calificación Ambiental N° 242, que calificaba favorablemente el proyecto "Piscicultura Palguín", basado en la infracción del Convenio 169, de la OIT, dado que dicha resolución se adoptó sin previa consulta a las comunidades indígenas afectadas. En este caso, el titular del proyecto presentó una Declaración de Impacto Ambiental, por considerar que no se daban los supuestos previstos en el artículo 11 de la Ley de Bases del Medio Ambiente para la necesidad de elaborar un EIA.

La ltima. Corte de Apelaciones de Temuco, que conoció del recurso en primera instancia, decretó orden de no innovar y, en definitiva, acoge el recurso dando por infringido el Convenio 169 de la OIT, por no haberse efectuado la consulta prevista en el artículo 6 del mismo.

Como se ha señalado, la Excma. Corte Suprema fija la recta doctrina, revocando el fallo de primera instancia, resolviendo en definitiva acoger el recurso de apelación, considerando, entre otras materias:

"Que, como se aprecia, en el evento de existir la afectación que supone la consulta prevista en el Convenio 169, ello hubiese significado –de manera indefectible–, que concurren los efectos ambientales negativos que detalla el artículo 11 de la Ley de Bases del Medio Ambiente y, por tanto, se tornaba indispensable un Estudio de Impacto Ambiental, cuya regulación implica otorgar a la comunidad interesada instancias plenas de participación." (Considerando duodécimo).

Esto implica que, a juicio de la Excma. Corte, los supuestos de aplicación del artículo 6 del Convenio 169, son los mismos supuestos que hacen exigible la elaboración de un EIA. De ello se colige, con la sola tramitación del EIA, se dan las mismas protecciones y garantías que aquéllas exigidas en el Convenio 169, asegurando, en ambos casos, la adecuada y oportuna participación de las comunidades indígenas involucradas.

9. Sin perjuicio que no es aplicable al Contrato de Concesión el Convenio 169, éste contempló oportuna y adecuadamente la debida participación de las comunidades indígenas, a objeto que realizaran las observaciones que estimasen pertinentes en defensa de sus legítimos derechos como, asimismo, diversas medidas tendientes a la protección de sus derechos, tal como explica a continuación.

IX EL CONTRATO DE CONCESIÓN CONTEMPLA MEDIDAS DE MITIGACIÓN, DE PREVENCIÓN DE RIESGOS Y PLANES DE SEGUIMIENTO AMBIENTAL

➤ RCA N° 252

1. El numeral 5.7 de la RCA N° 252 contempla una serie de medidas de mitigación, reparación y/o compensación, con relación a los diversos componentes que importa el contrato de concesión: suelo, recursos hídricos, aire, paisaje, ruido, flora, fauna, arqueología, sociocultural y vialidad.
2. El Anexo I de la RCA N° 252, sobre "Observaciones Ciudadanas Anteproyecto Aeropuerto Regional en Comuna de Freire", establece, a su vez, diversas medidas de mitigación asociadas a cada uno de los componentes observados (Ver Anexo 5).

➤ **RESOLUCIÓN EXENTA N° 2406**

1. Con fecha 26 de diciembre de 2006, don Iván Reyes Alcaman, en representación de la comunidad indígena **Cacique Federico Alcaman y Juan Huenchual**, recurrente de autos, presentó un Recurso Jerárquico de Reclamación en contra de la RCA N° 252, basándose, en síntesis, en que los estudios desarrollados eran técnicamente deficientes; que no se respetaban los fundamentos jurídicos que menciona (Ley de Bases del Medio Ambiente, Ley Indígena, Ley de Bases de Procedimientos Administrativos); que existían antecedentes científicos – técnicos para sostener que se afectaba la vida y la integridad física y psíquica y la libertad de conciencia; y a que existían vicios del procedimiento que dio lugar a la RCA N° 252; pidiendo, entre otras solicitudes, que ésta se dejase sin efecto.
2. Al respecto, mediante Resolución Exenta N° 2406 (Anexo 6), de fecha 5 de octubre de 2007, resolvió acoger sólo parcialmente dicho recurso, realizando algunas modificaciones menores a la RCA N° 252, principalmente en materia de ruido y planes de seguimiento y control, estableciendo que el titular del proyecto deberá entregar un programa de monitoreo durante el primer año de operación del aeropuerto, del cual dependerá que la COREMA pueda requerir ajustes de frecuencias de las medidas necesarias para cumplir con lo dispuesto en el EIA y en las Adendas 1 y 2.
3. Adicionalmente, la Resolución N° 2406 señala en su resuelvo N° 6 "las medidas presentadas por el Titular en esta etapa de reclamación administrativa mediante oficio Ord. N° 743/07, constituyen compromisos voluntarios de aquél, y cuyo cumplimiento se verificará a través del Plan de Seguimiento del proyecto...". Dichas medidas dicen relación con el ruido de fondo y la medición de presión sonora en cada uno de los gillatwes indicados en la RCA. Las acciones a seguir son las siguientes:

"Una vez iniciada la operación del aeropuerto, durante los horarios de vuelo se realizarán nuevas mediciones en cada sitio ceremonial para determinar el nivel de presión sonora que se registraría al celebrar el gillatún, en caso que éste coincida con los tiempos de operaciones de vuelo. Las mediciones serán actualizadas cada dos

años, en atención a eventuales cambios en las flotas de aeronaves operativas en el aeropuerto.

Si durante la celebración de un gillatún, las condiciones meteorológicas reinantes durante las operaciones aéreas y la seguridad operacional de los vuelos compromete el aterrizaje por el cabezal sur, se aterrizará por el cabezal norte sólo en los casos que las mediciones arrojen un aumento de nivel de presión sonora menor o igual a 10db sobre los resultados de la línea base.

Si la diferencia de los niveles de presión sonora es mayor a 10dB, se suspenderá el aterrizaje en el cabezal norte y cabezal sur durante el desarrollo del gillatún, adoptándose en esa eventualidad medidas de excepción previamente concordadas con los organismos competentes, como desvíos o cambio de horario de vuelos u otras medidas.”.

➤ **Bases de Licitación**

6. El artículo 1.8.11.1, sobre “Proyecto y relación con el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental”, hace mención al EIA y la RCA N° 252, señalando que: “Estos documentos contienen una serie de medidas que, junto con las establecidas en las presentes Bases, constituyen el conjunto de medidas ambientales mínimas obligatorias a cumplir por parte de la Sociedad Concesionaria durante las Etapas de Construcción y de Explotación de la concesión...”

Además, la Sociedad Concesionaria queda obligada, tanto en la etapa de construcción como en la de explotación, a presentar al Inspector Fiscal un Programa de Gestión Sustentable que contemple, entre otras materias, la forma en que implementará todas las medidas y exigencias de las Bases de licitación, EIA, Adendas y RCA.

Adicionalmente, en la Etapa de Construcción se exige la entrega de un Programa de Información y Difusión Ciudadana y de un Plan de Manejo de Instalación de Faenas; y, para la Etapa de Explotación, un Plan de Conservación de la Obra.

7. Por su parte, el artículo 2.13, sobre Plan de Manejo Ambiental y Territorial Mínimo Durante la Etapa de Construcción, considera una serie de medidas de mitigación, de prevención de riesgos y plan de seguimiento ambiental para los componentes aire, ruido, suelo, aguas superficiales, aguas subterráneas, arqueología y paisaje.
8. Conforme a lo expuesto, el contrato de concesión establece medidas de mitigación y prevención ambientales que resultan suficientes y oportunas para proteger cada uno de

los componentes involucrados, lo que queda de manifiesto por la aprobación del proyecto por parte de la COREMA, organismo competente sobre la materia, quien ha tenido en consideración para ello, entre otros factores, la debida participación de las comunidades indígenas involucradas y las medidas de mitigación contempladas.

X EL ÁREA DE CONCESIÓN DEL AEROPUERTO NO CONTEMPLA TERRENOS DE PROPIEDAD INDÍGENA

1. En el Anexo 7 se grafica el área de expropiación, el área de influencia indirecta y de ubicación de los sitios de significancia cultural (gillatúes), destacando que el más cercano (Dollinco) se encuentra a una distancia de 4 km de la pista.
2. Al respecto, el punto 5.7.1.6.1. de los Vistos, sobre "Antecedentes de la Evaluación de Impacto Ambiental y efectos ambientales relevantes", la RCA N° 252 considera, entre otros aspectos, lo siguiente:

EN RELACIÓN AL ÁREA DE INFLUENCIA DIRECTA:

- Como se señaló anteriormente, respecto de identificación y caracterización de los impactos, el proyecto considera que en el Área de Influencia Directa (Área de expropiación del proyecto) **"NO EXISTEN COMUNIDADES INVOLUCRADAS, LUEGO NO EXISTEN IMPACTOS PARA ESTE COMPONENTE AMBIENTAL"**.

En efecto, las comunidades recurrentes se encuentran dentro de la influencia indirecta del nuevo aeropuerto y no dentro del área de influencia directa.

3. Lo anterior fue ratificado por Memorándum ULTA N° 1114, de fecha 18 de diciembre de 2008 (Anexo 8), doña Cecilia Becerra Vásquez, profesional de la Unidad Tierras y Aguas informa al Subdirector Nacional – CONADI, lo siguiente:

"Área de Impacto Directo: emplazamiento del Proyecto, no existen terrenos ocupados por Comunidades Indígenas en el área".

4. La RCA N° 252 fue impugnada mediante sendos recursos de protección, interpuestos ante la ltma. Corte de Apelaciones de Temuco, por la Comunidad Indígena Newen Güeñir (rol N° 2135-2006) y la **Comunidad Indígena Juan Antonio Antimán** (rol N° 2134-2006), esta última recurrente en autos, basándose fundamentalmente en los mismos hechos alegados por los recurrentes, esto es, el supuesto daño ambiental que implica el proyecto y la no consideración a las observaciones por ellos formuladas.

Ambos recursos fueron desestimados por la ltima. Corte (mediante sentencias de fecha 30.01.07 y 05.04.07, respectivamente), por no advertirse actuaciones u omisiones arbitrarias o ilegales. (Se acompaña en anexo 13)

Al respecto nos permitimos destacar los siguientes considerandos del fallo dictado a raíz del recurso interpuesto por la hoy también recurrente, Comunidad Indígena Juan Antonio Antimán:

“1° Que son hechos del recurso, por no haber sido objeto de controversia y constar de los documentos acompañados por las partes, los siguientes:

d) **Que las comunidades indígenas recurrentes se encuentran en el área de influencia indirecta del futuro aeropuerto, y no dentro del área de influencia directa;**”

8° Que como puede apreciarse de los documentos acompañados tanto por el recurrente como por el recurrido, aparece **que el EIA en cuestión cumplió con las exigencias legales** que impone el Art. 12 de la Ley N° 19.300... **cumpléndose con el requisito de participación de organizaciones ciudadanas** (entre ellas la recurrente) y se hicieron las aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones que indica el Art. 16, dictándose finalmente la resolución exenta N° 252”.

XI EL ÁREA DE CONCESIÓN DEL AEROPUERTO NO COMPRENDE SITIOS CEREMONIALES Y DE SIGNIFICACIÓN CULTURAL (Anexo 9)

1. Mediante carta de fecha 29 de abril de 2009, los presidentes de las comunidades indígenas Francisco Lemuñir, José Catrin y Federico Alcaman y Juan Huenchual solicitaron al Secretario Ejecutivo del Consejo de Monumentos Nacionales (CMN) una “visita para registro y su posterior declaración de Monumento Nacional del antiguo cementerio donde estarían los restos de miembros de comunidades mapuche...”.
2. Mediante Ord. N° 2678, de fecha 4 de junio de 2009, del Secretario Ejecutivo del Consejo de Monumentos Nacionales al Director Regional (S) de Aeropuertos Región de la Araucanía, informó que, efectuada una visita a terreno por el profesional Encargado del Área Patrimonio Cultural Indígena, éste señaló que “las actividades realizadas no produjeron –en esa oportunidad- el avistamiento o hallazgo en la superficie de elementos “obvios” que permitan dar cuenta de un sitio mortuario de características históricas en el lugar que los interesados indicaron.” Agrega que, en caso de encontrarse vestigios arqueológicos, se deberá aplicar lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley de Monumentos Nacionales N° 17.288, que dispone:

“Toda persona natural o jurídica que al hacer excavaciones en cualquier punto del territorio nacional y con cualquier finalidad, encontrare ruinas, yacimientos, piezas u objetos de carácter histórico, antropológico, arqueológico o paleontológico, está obligada a denunciar inmediatamente el descubrimiento al Gobernador Provincial, quien ordenará a Carabineros que se haga responsable de su vigilancia hasta que el Consejo se haga cargo de él.

La infracción a lo dispuesto en este artículo será sancionada con una multa de cinco a doscientas unidades tributarias mensuales, sin perjuicio de la responsabilidad civil solidaria de los empresarios o contratistas a cargo de las obras, por los daños derivados del incumplimiento de la obligación de denunciar el hallazgo.”

Lo anterior está contemplado tanto en las Bases de Licitación como en la RCA N° 252, en su numeral 7.

3. El informe a que hace referencia el citado Ord. 2678 es el denominado “Informe de Terreno Fundo Santa Elena comuna de Freire Región de la Araucanía”, elaborado por don César Millahueique Bastías, en que se indica:
 - a. Que la visita a terreno fue realizada a raíz de la presentación efectuada por los señores Mario Lemuñir, Eric Catrin e Iván Reyes, en representación de las comunidades mapuche Francisco Lemuñir de Rucahue, José Catrin de Millelche y Federico Alcamán, todas de la zona Kiñel Mapu Pelal y del Machirucahue del mismo territorio.
 - b. Que en dicha actividad participó la arqueóloga de la Universidad Católica, doña Ximena Navarro.
 - c. Para el ingreso a terreno, el informante indica que se comunicó con el Sr. Mitersteiner para solicitarle permiso de acceso, el que fue negado en atención a que, según indicó, “había arado la tierra infinidades de veces y que nunca encontró nada...”.
 - d. “Las actividades realizadas no produjeron –en esa oportunidad- el avistamiento o hallazgo en la superficie de elementos “obvios” que permitan dar cuenta de un sitio mortuorio de características históricas, -en el lugar que los interesados nos indican-.”
 - e. “Examinado visualmente el terreno referido, no fue posible localizar cuarteles mortuorios superficiales, ni depresiones cóncavas que nos den algún indicio, ni

materialidad alguna que permita delimitar huella de preexistencia de un cementerio de carácter histórico.”

4. Adicionalmente, doña Ximena Navarro, a solicitud del antropólogo José Manuel Zavala –académico al cual se habían acercado algunos los dirigentes indígenas para solicitarle ayuda—, concurrió a la visita a terreno conjuntamente con el Encargado Área Patrimonio Cultural Indígena del CMN, respecto de la cual informó al Director Ejecutivo del CMN, mediante carta de fecha 25 de julio de 2009, indicando:
 - a. “Así cruzamos esta zona con lentitud tanto en la ida como en el regreso de la inspección en nuestra área objetivo de la observación, deteniéndonos en cada zona de “melga” despejada, pero no obtuvimos resultados positivos, ni siquiera pudimos reconocer algún hallazgo aislado.”
 - b. “Hasta ahora las evidencias presentadas en el caso del área a intervenir por el futuro aeropuerto de Freire y que dañarían sitios patrimoniales son escasas y poco concluyentes como para poder determinar el lugar del suceso de matanza. **Por lo mismo no encuentro realista comenzar a hacer pozos de sondeo en este bosque pequeño o incluso en el sector observado y georeferenciado, pues aún no se han aportado suficientes antecedentes como para justificar una acción de este tipo**, es decir, ejecutar un sondeo controlado, entendiendo que no hay referencias aportadas hasta ahora para delimitar una zona de sondeo.”.
5. Los terrenos indicados por los recurrentes como aquellos en los cuales se encontraría emplazado el cementerio mapuche, se encuentran fuera del área de concesión.
6. Mediante cartas de fecha 31 de julio de 2009 y 19 de octubre de 2009, suscritas, entre otros dirigentes, por los señores Eric Catrin, Mario Lemuñir, Carlos Paiden y Luis Antimán, la Asociación Ayün Mapu, solicitó al Secretario Ejecutivo del CMN lo siguiente:
 - a. “La prospección arqueológica en el sitio ubicado dentro del fundo Santa Elena (Nalcahue)...
 - b. El pronunciamiento formal del Consejo de Monumentos Nacionales con respecto a los sitios de significación cultural y de patrimonio histórico y antropológico detallados en el informe nº 1 nº 2.
 - c. Dejar bajo protección y tuición del Estado, de acuerdo al artículo nº 1 de la ley 17.288, los sitios de significación cultural y valor histórico y antropológico detallados en el informe nº 1 y nº 2”.
7. Mediante Ord N° 129, de fecha 18 de agosto de 2009, el Director Regional de Aeropuertos Región de la Araucanía, solicitó al Secretario Ejecutivo del CMN:

- a. La remisión de los informes N° 1 y N° 2 citados en las cartas de fecha 31 de julio de 2009 referida en el punto anterior.
 - b. Informar si el CMN realizará la prospección arqueológica.
 - c. Informar el estado del pronunciamiento sobre sitios de significación cultural y de patrimonio histórico y antropológico detallados en los informes N° 1 y N° 2.
 - d. Informar los requisitos técnicos y legales que deben cumplir los lugares que indica el artículo 1 de la ley N° 17.288 para que sean Monumentos Nacionales.
8. Con fecha 2 de noviembre de 2009, el Secretario Ejecutivo del CMN dio respuesta al Director Regional de Aeropuertos, mediante Ord. N° 4623, señalando:
- a. Que los referidos informes N° 1 y N° 2 no habían ingresado a la institución y que sólo contaban con:
 - El informe denominado "Informe de Terreno Fundo Santa Elena comuna de Freire Región de la Araucanía", elaborado por el encargado del Área Patrimonio Cultural Indígena, don César Millahueique Bastías.
 - El informe elaborado por la arqueóloga doña Ximena Navarro Harris, denominado "Visita de observación arqueológica en el sector de Freire, en el área que sería intervenida al materializarse el proyecto del nuevo aeropuerto de la Región de la Araucanía. Destaca que ambos informes son coincidentes en sus observaciones generales.
 - Informes realizados por la Asociación Indígena Ayün Mapu, fechados el 19 de octubre de 2009, firmado por 12 dirigentes de la organización "Asociación Ayün Mapu", documentos identificados como "Construcción del territorio ancestral; Kiñel Mapu Pülaiko" y "Catastro de sitios de significación cultural de territorio Millelche; Kuiñel Mapu, Pülalko".
 - b. Respecto de los documentos "Construcción del territorio ancestral; Kiñel Mapu Pülaiko" y "Catastro de sitios de significación cultural de territorio Millelche; Kuiñel Mapu, Pülalko", señala que **"carece de la información técnica georeferencial que permita localizar polígonos de posicionamiento territorial, y faciliten su observación en las cartas territoriales exhaustivamente con el fin de dimensionar al bien patrimonial comentado, también se carece de información sobre el estado de situación legal de los bienes patrimoniales enunciados, junto a ello, profundizar con el Departamento de Historia del Ejército de Chile los sucesos trágicos señalados, revisando las bitácoras de campo de las campañas militares acometidas, y reforzar lo que el relato oral sostiene."**

9. Lo anterior fue puesto en conocimiento de don Iván Reyes Aclaman, recurrente de autos, mediante Ord. N° 4740, de fecha 11 de noviembre de 2009, por el Secretario Ejecutivo del CMN.
10. Conforme a los antecedentes latamente expuestos, queda suficientemente acreditado que no existen antecedentes o indicios, distintos al testimonio oral de los propios dirigentes que permitan sostener que dentro del área de concesión del aeropuerto se encontraría un cementerio indígena. Incluso más, la arqueóloga doña Ximena Navarro ni siquiera considera razonable realizar sondeos sobre el particular.
11. Sin perjuicio de lo anterior, el contrato de concesión contempla medidas adecuadas para el resguardo del componente arqueológico específicamente:
 - a. El numeral 5.7 de la RCA N° 252, contempla la siguiente medida: "Previo al inicio de la construcción, la Sociedad Concesionaria deberá por medio de un arqueólogo profesional, solicitar Consejo de Monumentos Nacionales el permiso para realizar pozos de sondeo que permitan caracterizar y discernir la necesidad de realizar algún tipo de rescate arqueológico en el sitio identificado...".
 - b. Por su parte, el artículo 2.13.6 de las Bases de Licitación establece:

"En caso de encontrarse restos arqueológicos durante las faenas de construcción y movimiento de tierras, deberá procederse según la Ley 17.288 de 1970 (D.O. 04/02/70) que rige los Monumentos Nacionales. La Sociedad Concesionaria está obligada a suspender las obras en ese sector hasta asegurar el rescate de los materiales arqueológicos comprometidos en la porción de terreno a intervenir, previa autorización del Consejo de Monumentos Nacionales. Los costos que deriven de estos hallazgos arqueológicos serán de responsabilidad de la Sociedad Concesionaria.

Será obligación de la Sociedad Concesionaria asegurar el cumplimiento de la Ley de Monumentos Nacionales, en el sentido de no provocar la destrucción y/o alteración de sitios arqueológicos debido a la ejecución de las obras. Se deberá además dar aviso tanto a Carabineros de Chile, para el resguardo de los restos, como al Consejo de Monumentos Nacionales y al Inspector Fiscal.

Sin perjuicio de lo anterior, la Sociedad Concesionaria deberá cumplir con lo indicado en la respectiva Resolución de Impacto Ambiental."

XII LAS OBSERVACIONES ALEGADAS POR LOS RECURRENTES FUERON MATERIA DE FISCALIZACIÓN POR LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, SIN QUE ÉSTA DETECTARA NINGUNA ANOMALÍA

- a. Con fecha 2 de junio de 2006, los señores Iván Reyes Alcaman, Luis Intiman Huenchuñir, Nelson Huirían Pichulaf, Mario Lemuñir Huinca y Leonel Catriñir Coliñir, recurrentes de autos, solicitaron a la Contraloría Regional una fiscalización en terreno, basándose fundamentalmente en:
- SEIA incompleto, por falta de estudios relativos a:
 - Ruido sobre las comunidades
 - Seguridad aeronáutica
 - Estado de la cuenca de aporte de estero Pelales y sus caudales después de la ejecución de las obras.
 - Zonas de inundación por nuevos causales.
 - Dinámica del agua del subsuelo.
 - Modificación unilateral por el MOP del anteproyecto, en lo referente al sistema de drenaje.
 - Eventual especulación de funcionarios del MOP en terrenos donde se emplaza el aeropuerto.
- b. Mediante Oficio N° 68175, de fecha 7 de diciembre de 2009, la Contraloría General de la República informó a la Sra. Directora de Aeropuertos sobre tal presentación, **no incluyéndose dentro de dicho informe reparo alguno en las materias alegadas por los solicitantes. (Ver Anexo 3).**

XIII NO EXISTE ACTO U OMISIÓN ARBITRARIO NI ILEGAL EN LA ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN “NUEVO AEROPUERTO DE LA REGIÓN DE LA ARAUCANÍA”

1. El MOP ha adjudicado el Contrato de Concesión con estricto apego a la normativa ambiental y de concesiones de obras públicas.
2. No existe infracción al artículo 6 del Convenio 169, de la OIT, toda vez que no es aplicable al Contrato de Concesión. Sin perjuicio de ello, el mismo contrato contempla una serie de medidas de mitigación y prevención que resguardan adecuadamente cada uno de los componentes ambientales involucrados. Prueba de ello es la calificación favorable del proyecto otorgada por la COREMA, entidad competente sobre la materia.

A mayor abundamiento, el proceso contempló una amplia participación ciudadana, incluso más exigente que la contemplada en el artículo 6 del Convenio 169, cumpliéndose de este modo íntegramente la finalidad de dicha disposición.

3. El área de concesión no contempla terrenos de propiedad indígena ni sitios ceremoniales, lo que queda suficientemente acreditado mediante los documentos citados anteriormente.
4. No existe discriminación arbitraria en contra de las comunidades indígenas, toda vez que se han efectuado innumerables reuniones en que se han recogido y ponderado las diversas observaciones por ellas indicadas, buscando siempre que el proyecto provoque las menores externalidades negativas posibles. Entendemos que el desarrollo de cualquier contrato de concesión implica molestias e inconvenientes indeseables para las comunidades aledañas, pero tales situaciones no son suficientes para declarar la ilegalidad o arbitrariedad de un acto.
5. La definición de la ubicación del aeropuerto obedece a razones técnicas y no al mero capricho de la autoridad: la factibilidad aeronáutica, que la define la DGAC y las diversas condiciones de emplazamiento. Además de estas razones técnicas, se consideró expresamente que la ubicación definitiva del aeropuerto no contemplara terrenos de propiedad indígena.
6. El proyecto mismo tampoco obedece al antojo de la autoridad, sino que, como se indica en la descripción del proyecto, se debe a la necesidad real de contar con obras civiles e instalaciones necesarias para dar condiciones de servicio, confort y seguridad, acordes a las de un aeropuerto internacional.

XIV NO EXISTE PRIVACIÓN, PERTURBACIÓN O AMENAZA DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES INVOCADAS

1. Respeto de la igualdad ante la ley (artículo 19 N° 2, CPR)

Tal como indica la norma constitucional, en Chile no hay personas ni grupos privilegiados. En el caso de autos, existen grupos protegidos –toda vez que la igualdad, lógicamente, no importa tratar a todos por igual, sino a cada uno conforme a sus circunstancias–, cuales son las comunidades indígenas, entidades que, válidamente son sujetos de discriminaciones positivas, en el sentido que cuentan con una justa legislación especial que resguarde sus derechos como tales.

Dicha normativa ha sido respetada en todo momento al licitar y adjudicar el Contrato de Concesión, no teniendo la Autoridad atribuciones para dar cabida a las alegaciones efectuadas por los recurrentes cuando ellas no obedecen a tal normativa, puesto que

ello sí significaría infringir la igualdad ante la ley, incurriendo en discriminaciones arbitrarias.

Es así como gran parte de las medidas de mitigación de la RCA N° 252 dicen relación con el resguardo de los derechos de las comunidades mapuche aledañas y el desarrollo de sus actividades culturales, sociales, productivas y de conservación de la etnia. Conducta que ha sido permanente del MOP tal como sucedió en la misma zona por la construcción del By Pass a la ciudad de Temuco, en cuya oportunidad se llegó a acuerdo con las comunidades involucradas.

2. Respecto de la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público (artículo 19 N° 6, CPR)

Las actuaciones del MOP no privan, perturban ni amenazan el legítimo derecho de las comunidades mapuche de perpetuar su cultura, culto, ceremonias y tradiciones.

Como se ha explicado en el presente informe, el área de concesión no contempla terrenos de propiedad mapuche y el área de influencia directa no considera ninguno sitio ceremonial.

A pesar de lo anterior, dado que el área de influencia indirecta contempla seis nguillatuwes se contemplan medidas de mitigación durante dichas ceremonias religiosas, lo que implica articular la utilización del cabezal sur al momento de despegue y/o aterrizaje durante 3 días, lapso de tiempo en que transcurre este tipo de ceremonias, bajo la consideración de las condiciones meteorológicas reinantes durante las operaciones aéreas y que no comprometa la seguridad operacional de los vuelos.

Adicionalmente, en forma voluntaria se incluyó como medida de mitigación del componente ruido en cada uno de los gillatwes consistente en que, durante los horarios de vuelo se realizarán nuevas mediciones en cada sitio ceremonial ubicado dentro del área de influencia indirecta, para determinar el nivel de presión sonora que se registraría al celebrar el gillatún, de forma tal que: a) si durante la celebración de un gillatún, las condiciones meteorológicas reinantes durante las operaciones aéreas y la seguridad operacional de los vuelos compromete el aterrizaje por el cabezal sur, se aterrizará por el cabezal norte sólo en los casos que las mediciones arrojen un aumento de nivel de presión sonora menor o igual a 10db sobre los resultados de la línea base; y b) si la diferencia de los niveles de presión sonora es mayor a 10db, se

suspenderá el aterrizaje en el cabezal norte y cabezal sur durante el desarrollo del gillatún.

Conforme a lo anterior, como puede apreciar V.S.I, se han tomado las medidas de mitigación necesarias para resguardar adecuada y oportunamente el ejercicio del culto de las comunidades indígenas en los sitios ceremoniales ubicados fuera del área de influencia directa, de manera tal que no se prive, perturbe ni amenace la garantía constitucional invocada.

POR TANTO, en mérito de lo expuesto y de las disposiciones citadas,
SOLICITO A SS. ILTMA. tener por evacuado el informe solicitado, desestimando, en todas sus partes, el recurso de protección interpuesto, con expresa condenación en costas.

PRIMER OTROSÍ: Atendido que, como se ha explicado en lo principal del presente informe, el proceso de licitación que culminó con la dictación del DS MOP N° 121, que adjudica el contrato de concesión "Nuevo Aeropuerto de la Región de la Araucanía", cumple con la normativa ambiental y de concesiones de obras públicas; y que la suspensión del mismo importa el retraso de la etapa de desarrollo de los proyectos de ingeniería de la obra, vengo en solicitar a US. Iltma. se sirva alzar la orden de no innovar decretada en autos, a objeto que se inicien las labores propias de dicha etapa, que requieren, entre otros, estudios de topografía y mecánica de suelo.

SEGUNDO OTROSÍ: Sírvase SS. Iltma. tener por acompañados los siguientes documentos:

1. Bases de Licitación del Contrato de Concesión.
2. DS MOP N° 121, de 2010.
3. Antecedentes sobre solicitud de fiscalización ante la Contraloría General de la República.
4. Convenio Quepe Pelales, programa de iniciativas públicas y avances del convenio.
5. RCA N° 252, de 2006.
6. Resolución Exenta N° 2406, de la División Ejecutiva CONAMA, de 2007.
7. Mapa de áreas de influencia directa e indirecta del proyecto.
8. Memorándum ULTA N° 1114, de CONADI, de fecha 18 de diciembre de 2008.
9. Antecedentes sobre presentación al CMN de los recurrentes.
10. Resumen de Participación Ciudadana de comunidades recurrentes en el proceso de evaluación ambiental del proyecto.
11. DS N° 168, del Ministerio del Interior, de 2010.
12. Copia de la sentencia dictada por la Excma. Corte Suprema de fecha 17 de Mayo de 2010, en la causa Rol 1525-2010.
13. Copia de sentencias dictadas por la Iltma. Corte de Apelaciones de Temuco, de fechas 30 de Enero y 5 de Abril de 2007, Rol 2135-2006 y 2134-2006, respectivamente.

TERCER OTROSÍ: Sírvasse SS. Il'tma. tener presente que mi nombramiento como Ministro de Obras Públicas consta en el DS N° 168, del Ministerio del Interior, de fecha 11 de marzo de 2010, cuya copia se adjunta.

Saluda atentamente a usted,




Hernán de Solimihac T.
MINISTRO DE OBRAS PÚBLICAS


JNH/CTB/JSM/PCE

Distribución:

- Sr. Presidente Il'tma. Corte de Apelaciones de Santiago
- Fiscalía Nacional MOP
- Fiscalía Regional de la Araucanía
- Dirección Nacional de Aeropuertos
- SEREMI de OO.PP. Región de la Araucanía
- Coordinación de Concesiones de Obras Públicas
- Of. de Partes y Archivo

3872/03.-