

Algunas cuestiones constitucionales sobre el caso Ralco*

LORNA E. PUSCHEL HOENEISEN**

Planteamiento del problema

Probablemente todos hayamos escuchado alguna vez, en el correr de los últimos años, acerca del bullado caso Ralco. La construcción de una central hidroeléctrica en tierras indígenas de la octava y novena regiones ha captado intermitentemente la atención de los medios a raíz de los diversos enfrentamientos (fácticos y jurídicos) entre la compañía española, Endesa, y las familias pehuenches del lugar. Llama la atención, sin embargo, que el mismo interés no haya surgido en el mundo jurídico. Y es que se trata de un caso complejo, lleno de aristas jurídicas que bien vale la pena examinar.

En tiempos donde el Derecho Constitucional parece colarse en todo tipo de controversia, no deja de extrañar la ausencia de comentarios sobre las cuestiones constitucionales que están presentes en este caso. Hasta el momento no se ha planteado la constitucionalidad del siguiente cuadro: Endesa, una empresa privada de nivel internacional, valiéndose de la estructura e institucionalidad estatal, construye una central hidroeléctrica en tierras de diversos particulares (indígenas), en contra de la voluntad de algunos de ellos.

Así las cosas, me he propuesto, como proyecto a mediano plazo, abordar las distintas cuestiones jurídicas del llamado caso Ralco y, en este trabajo en particular, tratar un par de cuestiones constitucionales. En primer lugar, plantear el caso desde la perspectiva del efecto horizontal de los derechos fundamentales y, en segundo lugar, centrar la atención en el derecho de propiedad, específicamente en la distinción limitación – privación de la propiedad, a partir de las servidumbres de obras hidroeléctricas contempladas en la denominada Ley Eléctrica.

Introducción

El 16 de marzo del 2000 se publica en el Diario Oficial el Decreto Supremo Nº 31 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que otorga a Endesa la concesión definitiva para establecer la Central Hidroeléctrica Ralco entre las regiones VIII del Bío Bío y IX de la Araucanía. Lo particular de esta concesión es que autoriza la constitución de servidumbres para la construcción de la central hidroeléctrica sobre predios de propiedad particular de indígenas.

Dado que este acto administrativo es uno de los puntos que genera mayores discordias entre las partes, el examen ya enunciado se efectuará a partir de él.

* Bajo la guía del profesor de Derecho Constitucional Dr. Eduardo Aldunate Lizana.

** Estudiante, Facultad de Derecho Universidad Católica de Valparaíso.

La controversia: ley eléctrica vs. ley indígena

Para comprender la situación controvertida, que se suscita directamente entre Endesa y familias pehuenches, debemos remitirnos a las llamadas “Ley Eléctrica” y “Ley Indígena”. El artículo 48 del DFL N° 1 de 1982 del Ministerio de Minería establece que “las concesiones centrales hidráulicas productoras de energía eléctrica crean a favor del concesionario las servidumbres de obras hidroeléctricas...”. Dichas servidumbres otorgan al concesionario el derecho a ocupar los terrenos que se verán afectados por la realización de las obras. Y finalmente, en el artículo 62 y ss. se establece el procedimiento a seguir en caso de no producirse acuerdo entre el interesado y el dueño de los terrenos sobre el valor de éstos. En tal caso el Ministro del Interior designará una comisión compuesta por tres hombres buenos para que practique el avalúo de las indemnizaciones que deben pagarse al propietario del predio sirviente. Siguiendo única-mente esta legislación, debemos concluir que no se requiere de la voluntad del dueño del predio sirviente para la constitución de la servidumbre.

El otro pilar de esta discusión está constituido por la Ley N° 19.253, del año 1993, que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas. El artículo 12 define tierras indígenas como “aquellas que las personas o comunidades indígenas actualmente ocupan en propiedad o posesión...”. El artículo siguiente en tanto, dispone que estas tierras “por exigirlo el interés nacional, gozarán de la protección de esta ley y no podrán ser enajenadas, embargadas, gravadas, ni adquiridas por prescripción, salvo entre comunidades o personas indígenas de una misma etnia. No obstante se permitirá gravarlas, previa autorización de la Corporación.” Luego agrega que en caso de ser titulares de las tierras personas naturales, éstas podrán, con la autorización de la CONADI, permutar por tierras de no indígenas, de similar valor comercial debidamente acreditado, las que se consideran tierras indígenas, desafectándose las primeras. La ley establece una sanción para el caso de no cumplirse con lo recién señalado: “Los actos y contratos celebrados en contravención a este artículo adolecerán de nulidad absoluta”.

Previo a resolver el conflicto de leyes recién planteado, es menester exponer muy brevemente los hechos: otorgada la concesión definitiva a Endesa, la empresa no había logrado permutar la totalidad de los terrenos para la construcción de la central. De hecho, unas pocas familias se negaron definitivamente a permutar sus tierras. Ante esta situación, y a petición de Endesa, el Ministro de Economía, mediante resolución exenta N° 21 (D.O. 5 abril 2002), nombra una “Comisión de Hombres Buenos” para practicar la evaluación de servidumbres eléctricas a favor de la Central Ralco en los predios pertenecientes a indígenas que no han permutado sus tierras. Con la designación de esta comisión se dio inicio al procedimiento contemplado en la Ley Eléctrica que culmina con la ocupación material de estas tierras contra la voluntad de sus propietarios y sin autorización de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena.

Independiente de lo efectivamente interpretado y aplicado por la Administración (de lo que nos haremos cargo más adelante), nos hacemos la siguiente pregunta: ¿qué ley prima?

Si cayéramos en la tentación de analizar lo meramente formal, la posterioridad de la Ley Indígena nos indicaría su prevalencia sobre la Eléctrica. La idea, sin embargo, es abocarnos al estudio del contenido de ambas normas legales.

La Ley Indígena, creada para proteger a los indígenas (de acuerdo con su denominación), establece que la propiedad indígena, en razón de exigirlo el interés nacional, se caracteriza por no ser transferible, embargable ni gravable, ni siquiera puede ser adquirida por prescripción, salvo entre comunidades o indígenas de una misma etnia. La única posibilidad por parte de un no indígena de adquirir una tierra

indígena es mediante la celebración de un contrato de permuta por otra tierra similar al valor comercial, para lo cual además se requiere obtener la autorización de la CONADI. Igual autorización es necesaria para gravar una tierra indígena a favor de un no indígena, gravamen que, sin embargo, jamás puede afectar la “casa habitación ni el terreno indispensable para su subsistencia”. No cabe duda alguna que nos encontramos frente a un estatuto jurídico especial de las tierras indígenas. En consecuencia, no apartándonos del caso particular, Endesa, para poder llevar a efecto su proyecto, debe necesariamente permutar las tierras indígenas que pretende utilizar, lo que significa llegar a un acuerdo con el propietario del inmueble y contar con la autorización de la CONADI.

Un elemento adicional que debemos tener en consideración es la autorización ambiental que en su momento otorgó la CONAMA al Proyecto Ralco. Dado que el sistema de evaluación de impacto ambiental¹ entró en vigencia recién el año 1997, CONAMA y Endesa suscribieron un “Acta General de Acuerdos para el Proceso de Evaluación de Impacto Ambiental del Proyecto Central Hidroeléctrica Ralco”. En conformidad a ese sistema ad hoc, CONAMA finalmente aprobó el proyecto. Sin embargo, y esto es lo importante, en la misma resolución que autorizó el proyecto impuso a la empresa una serie de condiciones y exigencias para su materialización. Dentro de estas condiciones se estableció, tanto para Endesa como para las autoridades del Estado, la obligación de desarrollar un Plan de Relocalización bajo los preceptos de la Ley Indígena. En palabras de la CONAMA, “esto implica que la permuta de tierras indígenas, requeridas para la ejecución del plan de relocalización, sólo puede practicarse con la autorización de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena”. Endesa reclamó a esta condición (entre otras), sin embargo, la CONAMA no dio su brazo a torcer enfatizando en la necesidad de la autorización de la CONADI para la permuta de las tierras, así como de la “autorización específica de cada uno de los interesados”.

Endesa, contra toda lógica, no sólo entrega la solicitud de concesión eléctrica a la Superintendencia de Electricidad y Combustibles no contando con las permutas previamente necesarias, sino que además, contraviniendo lo dispuesto en la resolución exenta N° 10 de la CONAMA de junio de 1997 (que establece condiciones y exigencias para la realización del Proyecto Ralco), solicitó al Ministerio de Economía el nombramiento de una “Comisión de Hombres Buenos”, en vista que no fue posible la permuta de todas las tierras pehuenches contempladas en la concesión.

Si nos limitamos al examen legal solamente ya tenemos argumentos suficientes para cuestionarnos seriamente el proceder del gobierno en este conflicto. Todo indica que la Ley Indígena debiera primar, tanto formal como sustancialmente, por sobre la Ley Eléctrica.

Colisión de derechos

Sin perjuicio de la solución legal a la que acabamos de llegar, y entrando de lleno en materia constitucional, es posible plantear, al menos a primera vista, un problema de colisión de derechos fundamentales. Me refiero al derecho de propiedad (art. 19 n° 24) y a la libertad de empresa (Art. 19 n° 21).

Este planteamiento, no obstante, exige una prevención. Hablar de colisión de derechos fundamentales supone manejar una determinada teoría de los derechos fundamentales. En nuestro país el problema

¹ Procedimiento administrativo contemplado en la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente, que tiene por objeto verificar la adecuación de un proyecto determinado a la normativa ambiental. Sólo los proyectos que causan un impacto de envergadura en el medio ambiente, de acuerdo con un listado taxativo, deben someterse a este procedimiento.

de la colisión de derechos se resuelve a partir de una concepción axiológica de los derechos fundamentales, es decir, estimando que son manifestaciones de ciertos valores, lo que permite aceptar que los derechos constitucionales son susceptibles de jerarquización.

La aparente colisión entre el derecho de propiedad y el derecho a desarrollar una actividad económica, a diferencia de otros conflictos, parece haber sido resuelta por el mismo constituyente. Al regular el derecho de propiedad, la Constitución establece expresa y taxativamente los casos y forma como hacer efectiva su limitación o privación. De esta forma, el constituyente demuestra haber dado una categoría especial al derecho de dominio, en contraste con el derecho a desarrollar una actividad económica. Dicho de otra forma, la estructura de la protección constitucional de la propiedad parece excluir o solucionar, por sí misma, este conflicto al regular vías de privación de propiedad que nunca estarán (o nunca deberían estar) al alcance de los particulares ejerciendo su libertad de empresa.

Derechos constitucionales y controversias entre particulares: efecto horizontal de los derechos fundamentales

Una segunda cuestión constitucional que es posible abordar es el papel que juegan los derechos fundamentales en las controversias entre los particulares.

La Administración, en el caso planteado, decidió aplicar la Ley Eléctrica por sobre la Indígena. El otorgamiento de la concesión definitiva a Endesa es manifestación de ello. Frente a esto surgen varias interrogantes: ¿qué criterios empleó la Administración para interpretar de esa manera? ¿Actuó correctamente desde el punto de vista jurídico? ¿Cuál es el papel que juegan en esta decisión los derechos fundamentales?

La respuesta a todas estas interrogantes gira en torno a determinar el rol que cumplen los derechos constitucionales en las controversias entre particulares.

Como primera aproximación, podemos afirmar que son tres las funciones que toca cumplir a los derechos fundamentales en las controversias a nivel infra-constitucional. En primer lugar, el reconocimiento de su vulneración por parte de una norma legal, a través del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que tienen a disposición las partes, contemplado expresamente en el artículo 80 de la CPR. Hasta aquí ninguna novedad. En segundo lugar, los derechos fundamentales pueden, eventualmente, actuar como “árbitros” frente a un conflicto entre normas legales. Y por último, y este es justamente el punto que nos interesa, pueden ser entendidos como preceptos objetivos que deben ser considerados al momento de decidir sobre una controversia privada, especialmente en lo que se refiere a la interpretación de las reglas de derecho privado. Es así como desembocamos en el tema del efecto relativo u horizontal de los derechos fundamentales.

Previo a plantear el caso Ralco desde la perspectiva de la teoría del efecto horizontal de los derechos fundamentales, es conveniente explicar en qué consiste ésta. En términos generales, plantea que los derechos fundamentales producen efecto no sólo respecto del Estado, sino que también respecto de otros particulares. Dentro de esta idea surge la distinción entre una vinculatoriedad directa de las disposiciones constitucionales sobre derechos fundamentales y una vinculatoriedad indirecta o mediata, según la cual el efecto del derecho fundamental respecto de un particular tendría lugar al momento en que a la autoridad le toca resolver una controversia que ha sido sometida a su conocimiento.

El enfoque pertinente en este caso es el segundo, es decir, aquel que es posible identificar con el sentido original de la doctrina (alemana) de la *Drittwirkung*. Me refiero a aquella doctrina que vincula los derechos constitucionales a los particulares entre sí, pero no en forma directa, sino estableciendo el deber de los órganos estatales en orden a tomar en consideración los derechos constitucionales al decidir sobre una controversia entre particulares.

El órgano estatal que resolvió sobre la controversia entre particulares (Endesa y familias pehuenches) fue el Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, tanto al otorgar la concesión definitiva para establecer la central hidroeléctrica, como al acceder a designar la comisión evaluadora de los terrenos cuyos dueños no estaban dispuestos a vender o permutar. Esta actuación claramente significó una interpretación a favor de la Ley Eléctrica. La pregunta que surge a continuación es: ¿Tuvo la Administración presente las normas de los derechos fundamentales al momento de tomar una decisión? ¿O estamos acaso ante una Administración que no respetó los derechos fundamentales?

La pregunta queda entonces formulada.

¿Limitación o privación al derecho de propiedad?

Una tercera cuestión constitucional que es posible plantear es la determinación de la naturaleza jurídica de las servidumbres que otorga la concesión definitiva de centrales hidráulicas.

El artículo 48 del DFL N° 1/82 del Ministerio de Minería establece que las concesiones de centrales hidráulicas productoras de energía eléctrica crean a favor del concesionario servidumbres de obras hidroeléctricas. El artículo siguiente establece los derechos que otorgan dichas servidumbres, los que se resumen en el derecho para ocupar y cerrar los terrenos que se necesitan para llevar adelante la obra.

El artículo 62, por último, dispone que si no se produjere acuerdo entre el interesado y el dueño de los terrenos sobre el valor de éstos, el Ministro del Interior designará una comisión compuesta de tres hombres buenos para que practique el avalúo de las indemnizaciones que deben pagarse al propietario del predio sirviente.

Estamos frente a una concesión que da derecho, en forma definitiva, a la ocupación de los predios sirvientes. Por otra parte, estamos ante el pago de una suma de dinero por parte del interesado (concesionario), suma que se determinará de común acuerdo o a través del avalúo que realice una comisión nombrada para tal efecto por el Ministro del Interior. ¿Cuál es la naturaleza jurídica de esta figura? ¿Se trata de una limitación al derecho de propiedad? Si es así, ¿cuál es la función social en juego, los intereses generales de la nación, la utilidad pública? ¿Y por qué se contempla el pago de una indemnización entonces? Por el contrario, si afirmamos que se trata en realidad de una privación a la propiedad, ¿dónde está la ley expropiatoria necesaria para tal privación?

Por lo demás, no hay que olvidar que el legislador protege expresamente las tierras indígenas por exigirle el interés nacional. ¿Cuál sería entonces el interés que ampara la ocupación de los predios sin el consentimiento de sus dueños?

Tal vez pueda arrojar luz en esta discusión un fallo del Tribunal Constitucional que justamente se refiere a la distinción entre limitación y privación a la propiedad. Me refiero al Rol 245-246, del 2 de diciembre de 1996. En dicha sentencia el tribunal se pronuncia acerca de la constitucionalidad de un decreto supremo reglamentario de ejecución, cuya función era aplicar una norma legal que disponía que

los propietarios de terrenos colindantes con playas están obligados a facilitar gratuitamente el acceso a éstas cuando no existan otras vías o caminos públicos al efecto.

El tribunal comienza haciendo hincapié en la importancia de distinguir entre la privación y las limitaciones al dominio (considerando 22º), para luego afirmar que la obligación de los propietarios colindantes con las playas de otorgar gratuitamente una vía de acceso a éstas, constituye una limitación al dominio de dichos propietarios y no una privación total de éste o una imposibilidad absoluta del ejercicio de las facultades esenciales de uso y goce (considerando 23º). Sin embargo, lo que hasta el momento parecía tan claro, ya no lo es tanto a partir del considerando 34º del fallo, que dispone que “esta vía de acceso es evidente que causaría una privación parcial significativa de los atributos del ejercicio del derecho de propiedad (...)”. Y luego identifica la limitación con la privación parcial al afirmar que si bien no les priva del dominio del terreno de la vía de acceso, se les limitan las facultades de uso y de goce de tal forma que éstas pasan a constituir en la práctica más que una limitación una privación parcial del uso y goce al ejercicio del derecho de dominio”. Hecho este raciocinio, concluye que cabe derecho de indemnización.

Como es posible apreciar, no es mucha la luz que este fallo arroja sobre nuestro caso, sin embargo, resulta interesante la mención expresa que se hace acerca del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 1982, sobre Ley General de Servicios Eléctricos. El tribunal cita dicha norma con el objeto de ejemplificar la existencia de leyes que, limitando el dominio, obligan al pago de una indemnización, en virtud del principio general según el cual los daños que se causen por limitaciones al dominio deben indemnizarse (considerando 41º).

Aunque lo resuelto en esta ocasión por el Tribunal Constitucional pueda parecer similar a lo que ocurre con lo dispuesto en la Ley Eléctrica, ello es sólo una apariencia. No hay que perder de vista que el tribunal justifica la indemnización de los propietarios de los predios colindantes con playas porque califica la figura como privación del dominio, o sea, le otorga una naturaleza expropiatoria a una intervención de mucha menor envergadura que la que conlleva la servidumbre constituida por la Ley Eléctrica.

El problema que presenta el razonamiento del tribunal, a mi entender, es que no es posible entrar a calificar las limitaciones según causen o no daño al particular, ni menos crear una nueva categoría entre la limitación y la privación, cual sería la privación parcial. La distinción que hace el constituyente en el artículo 19 número 24, no sólo dice relación con el fundamento de cada una de las figuras, es decir, el interés nacional y la utilidad pública en el caso de la privación, y la función social en el caso de la limitación, según lo afirma el tribunal (considerando 23º). La principal razón para efectuar dicha distinción es justamente la de determinar si procede o no indemnización.

En el caso particular de las servidumbres de obras eléctricas, que consisten en ocupar definitivamente los terrenos, me parece que estamos en presencia de una privación enmascarada como limitación, lo que se confirma con la indemnización que la misma ley contempla. El problema constitucional que esto presenta es evidente: no hay ley expropiatoria alguna, ni general ni particular.

Aun siguiendo únicamente las disposiciones de la Ley Eléctrica, olvidándonos por un momento de la Indígena, estamos frente a un proceder que no se ajusta a la Constitución. Lo que habría correspondido hacer en este caso es dictar una ley expropiatoria, traspasándose los terrenos directamente a Endesa, o, lo que me parece más acorde con el concepto de expropiación, traspasar los terrenos al fisco, debiendo luego éste traspasarlos a la empresa privada.

Conclusión

Como se demostró a lo largo del trabajo, el caso Ralco, caso no sólo complejo desde un punto de vista jurídico, sino que además de enorme impacto económico, social y cultural en el país, presenta una serie de cuestiones constitucionales que hasta el momento no han sido tratadas y que sin duda merecen discusión: la colisión o eventual colisión de derechos entre el derecho de propiedad y la libertad de empresa; el efecto horizontal de los derechos fundamentales formulado en el sentido que existe el deber de la autoridad pública de considerar los derechos fundamentales al momento de resolver una controversia entre particulares, y la protección constitucional del derecho de propiedad en cuanto a los requisitos necesarios para su limitación y privación.