

Santiago, nueve de septiembre de dos mil veinte.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada con excepción de sus fundamentos séptimo a noveno, que se eliminan.

Y se tiene en su lugar y, además, presente:

Primero: Que, en estos autos Rol N° 20.389-2019, la Comunidad Indígena Ñielay Mapu ha deducido recurso de protección de garantías constitucionales, en contra del Ministerio de Bienes Nacionales, por la dictación del Decreto Supremo N° 145 de 21 de diciembre de 2017, suscrito por la Presidenta de la República y los Ministros de Bienes Nacionales, Agricultura y de Medio Ambiente de la época, que modifica una parte de los deslindes del Parque Nacional Puyehue, ubicado en las Regiones de Los Lagos y Los Ríos y, además, ordena confeccionar la cartografía oficial del referido Parque Nacional, en un plazo máximo de 18 meses contados desde la total tramitación del Decreto; acto que, según acusa, es ilegal y arbitrario, y que conculca las garantías establecidas en los numerales 1, 14 y 22 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, por lo que solicita que se ordene al Ministerio de Bienes Nacionales generar los procedimientos de Consulta Indígena tendientes a efectuar de manera legal con las familias de la Comunidad Indígena Ñielay Mapu y de cualquier otra Comunidad Indígena que se encuentra dentro de los límites



del Parque Nacional Puyehue, los procesos de Consulta contemplados en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.) vigente desde 2009, y el Decreto N° 66 del Ministerio de Desarrollo Social de 2014, además de la suspensión inmediata de las actividades de elaboración de cartografía en terreno al interior del Parque Puyehue.

Segundo: Que, para fundamentar su recurso, la recurrente sostuvo que el 24 de abril de 2019 funcionarios que se identificaron como pertenecientes a la División de Catastro del Nivel Central del Ministerio de Bienes Nacionales, se constituyeron en el lugar que habita la Comunidad Indígena Ñielay Mapu, al interior del Parque Nacional Puyehue, siendo informados de actividades de medición para la modificación de los límites del área protegida, en cumplimiento del Decreto Supremo N° 145 de 21 de diciembre de 2017, tomado de razón por la Contraloría con fecha 6 de septiembre de 2018, enterándose así de forma indirecta de la modificación de los deslindes indicados, ubicado en las Regiones de Los Ríos y Los Lagos.

Agrega que el acto impugnado modifica el Decreto Supremo N° 445 de 5 de agosto de 1981 y el Decreto Supremo N° 369 de 7 de marzo de 1994, ambos del Ministerio de Bienes Nacionales y que, junto con la modificación de deslindes, ordena confeccionar la cartografía oficial del



Parque Nacional Puyehue en un plazo máximo de 18 meses, contados desde la total tramitación del instrumento, circunstancia que afecta directamente sus derechos como miembros de una comunidad indígena perteneciente al Pueblo Mapuche.

Luego de referirse en extenso al carácter ancestral de los territorios ocupados por la Comunidad Indígena Ñielay Mapu, señala que la recurrida habría infringido las disposiciones del Convenio N° 169 y las pertinentes de la Ley Indígena N° 19.253, al omitir el proceso de Consulta Indígena establecido en dichos cuerpos normativos en carácter de obligatorio y en forma previa a la dictación del acto impugnado, pese a que, con anterioridad, sí efectuó dicha consulta respecto del pueblo Kawésqar, a propósito de la ampliación y reclasificación de la "Reserva Alacalufes", resaltando que -en ese caso- no existían familias ni personas que habitaran el área protegida, sino que la Consulta se verificó debido al uso cultural y productivo de los pueblos canoeros de la zona.

Enseguida, transcribe el informe relacionado con la consulta indígena respecto del pueblo Kawésqar, proceso que se eludió en el presente caso pese a la importancia del pueblo mapuche y a que en otras situaciones se ha procedido a practicar la consulta, afectándose en la especie su



relación de vida y cosmovisión al eludirse dicho procedimiento.

Tercero: Que, en su informe, el recurrido solicitó el rechazo del recurso, en atención a que el acto impugnado sólo persigue rectificar el deslinde Sur del Parque Nacional Puyehue, para corregir una superposición evidente con inmuebles pertenecientes a la Sociedad Ganadera y Forestal El Caulle Ltda. y a Asesorías Lekeitio Ltda., los que se incorporaron por error en el Decreto Supremo que creó el Parque Nacional, al ser acogidos sendos recursos administrativos de estas empresas tendientes a excluir el Lote A-D del Fundo El Caulle y las Parcelas 58 y 64 del proyecto de parcelación Colonia Rupanco.

Refiere que, para dictar el Decreto Supremo N° 145, se consideraron informes de la Corporación Nacional Forestal en su calidad de entidad administradora del Parque Nacional Puyehue, y del Ministerio de Medio Ambiente, además de antecedentes técnicos elaborados por la propia recurrida a través de su División de Catastro. Indica que el procedimiento llevado a cabo por el Ministerio de Bienes Nacionales responde al imperativo de cumplir con el principio constitucional de juridicidad, en cuanto a que la creación de parques nacionales se circunscribe a la existencia de inmuebles de carácter fiscal y no a inmuebles



de particulares, respecto de los cuales el Fisco carece de competencias legales.

A continuación, se refiere al procedimiento de consulta indígena, enfatizando que el mismo resulta procedente siempre y cuando se adopten medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectar directamente a una o más comunidades indígenas, en lo relativo al ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales o la relación con sus tierras; circunstancias que no se desprenden de la narración contenida en el libelo pretensor. Agrega que la recurrente sólo da cuenta de un temor de verse afectada por el acto cuestionado, lo que evidencia que la consulta indígena es impertinente, considerando, además, que no habrá afectación alguna a la ocupación material de la actora al interior del Parque Nacional Puyehue.

Cuarto: Que conviene dejar consignado que el Convenio N° 169 de la O.I.T. sobre Pueblos Indígenas y Tribales, establece para aquellos grupos con especificidad cultural propia, un mecanismo de participación que les asegura el ejercicio del derecho esencial que la Constitución Política consagra en su artículo primero a todos los integrantes de la comunidad nacional, cual es el de intervenir con igualdad de condiciones en su mayor realización espiritual



y material posible. De ello se sigue que cualquier proceso que pueda afectar alguna realidad de los pueblos originarios, supone que sea llevado a cabo desde esa particularidad y en dirección a ella. Ha de ser así por cuanto las medidas que se adopten deben orientarse a salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, la cultura y el medio ambiente de los pueblos interesados.

Quinto: Que, en este mismo orden de consideraciones, el proceso de consulta indígena persigue precisamente que, a través de la información completa y suficiente, a las Comunidades Indígenas eventualmente afectadas, ellas puedan manifestar su conformidad o no con el proyecto o actuación de que se trate, evitando tener que acudir a otras instancias recursivas que se establecen en la legislación y que efectivamente pudieran dilatar la dictación de un acto administrativo, que no sólo busca modificar los deslindes de un Parque Nacional en atención a que sus límites originales consideraron la existencia de predios pertenecientes a particulares, sino además, confeccionar la Cartografía Oficial del Parque, tratándose de un bien inmueble de propiedad del Fisco de Chile.

Sexto: Que el artículo 6° del Convenio N° 169 de la O.I.T., dispone en su numeral 1°: "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”, agregando en su numeral 2° que “Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”.

Por su parte, el artículo 10 de la Ley N° 19.253 que Establece Normas sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, preceptúa que: “Para los efectos de esta ley se entenderá por Comunidad Indígena, toda agrupación de personas pertenecientes a una misma etnia indígena y que se encuentren en una o más de las siguientes situaciones: a) Provengan de un mismo tronco familiar; b) Reconozcan una jefatura tradicional; c) Posean o hayan poseído tierras indígenas en común, y d) Provengan de un mismo poblado antiguo”.

A su turno, el Decreto Supremo N° 66 de 15 de noviembre de 2014 del Ministerio de Desarrollo Social que aprueba el Reglamento que regula el Procedimiento de Consulta Indígena, establece en su artículo 2 que “La



consulta es un deber de los órganos de la Administración del Estado y un derecho de los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados directamente por la adopción de medidas legislativas o administrativas, que se materializa a través de un procedimiento apropiado y de buena fe, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas susceptibles de afectarlos directamente y que debe realizarse de conformidad con los principios recogidos en el Título II del presente reglamento". El artículo 4 agrega que: "El presente reglamento se aplica a los ministerios, las intendencias, los gobiernos regionales, las gobernaciones y los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa". El artículo 6 señala que "La consulta se realizará a los pueblos indígenas que correspondan a través de sus instituciones representativas nacionales, regionales o locales, según el alcance de la afectación de la medida que sea susceptible de afectarles directamente. Una vez efectuada la convocatoria de conformidad con el artículo 15 del presente reglamento, cada pueblo deberá determinar libremente sus instituciones representativas, tales como las organizaciones indígenas tradicionales comunidades indígenas o asociaciones reconocidas en conformidad a la ley N° 19.253". El artículo 7 dispone, en lo que interesa, que "Los órganos de la



Administración del Estado señalados en el artículo 4° de este reglamento, deberán consultar a los pueblos indígenas cada vez que se prevean medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectarles directamente". Su inciso tercero agrega: "Son medidas administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas 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". Por último, el artículo 9 señala que "La buena fe es un principio rector de la consulta, en virtud del cual todos los intervinientes deberán actuar de manera leal y correcta con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento previo, libre e informado en el marco del procedimiento establecido en el Título III, mediante un



diálogo sincero, de confianza y de respeto mutuo, sin presiones, de manera transparente, generando las condiciones necesarias para su desarrollo y con un comportamiento responsable.

Para el Estado la buena fe también implicará actuar con debida diligencia, entendiéndose por tal la disposición de medios que permitan la generación de condiciones para que los pueblos indígenas puedan intervenir en un plano de igualdad según lo dispuesto en el artículo siguiente.

Los intervinientes no podrán realizar conductas, acciones u omisiones que obstaculicen el normal desarrollo del proceso de consulta previa o impidan alcanzar su finalidad, así como aquellas que pretendan burlar o desconocer los acuerdos alcanzados”.

Séptimo: Que, en contradicción con lo previamente señalado y sin mediar previo traslado o emplazamiento de la Comunidad Indígena recurrente, la Administración dictó el Decreto Supremo N° 145 de 21 de diciembre de 2017, suscrito por la Presidenta de la República de la época y tres de sus Ministros, por medio del cual materializa la Resolución Exenta N° 925 de 24 de mayo de 2016 del Ministerio de Bienes Nacionales, que acogió sendos recursos de aclaración, rectificación o enmienda interpuestos por las sociedades Ganadera y Forestal El Caulle Ltda. y Asesorías Lekeitio Ltda., y ordenó confeccionar la Cartografía



Oficial del Parque Nacional Puyehue, sin iniciar un proceso de Consulta Indígena en forma previa a la dictación del acto, pese a que el Ministerio de Bienes Nacionales tenía conocimiento del asentamiento de Comunidades Indígenas al interior del Parque, al rechazar la solicitud de regularización presentada el año 2008 por la Comunidad Indígena Ñielay Mapu.

Octavo: Que, por otro lado, no resulta posible soslayar que en el caso del pueblo Kawésqar y en forma previa a la adopción de la medida administrativa denominada "Recategorización y Ampliación a Parque Nacional de la actual Reserva Forestal Alacalufes", ubicada entre las provincias de Última Esperanza y Magallanes, el Ministerio de Bienes Nacionales consultó al Ministerio de Desarrollo Social mediante Oficio GABM N° 223 de 20 de abril de 2017 sobre la procedencia de la consulta indígena, respondiendo esta última repartición por Oficio N° 1417 de 14 de junio de 2017 que "(...) en el área propuesta para Parque Nacional existe importante información cultural relacionada con el pueblo Kawésqar, entre la que se destaca: la existencia de registro de ocupación humana con presencia de cavernas; aleros con pinturas rupestres; y conchales, momias e indicios de ofrendas y rituales funerarios del mencionado pueblo (...)", concluyendo que la consulta indígena resultaba del todo pertinente.



La referida consulta se materializó, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en los artículos 12 y siguientes del Decreto N° 66 de 2014, a través del Informe Final sobre Sistematización del Proceso de Consulta Indígena al Pueblo Kawésqar por la Ampliación y Reclasificación de la Reserva Nacional Alacalufes, aprobado por Resolución N° 2110 de 2 de noviembre de 2017 del Ministerio de Bienes Nacionales, que además puso término al proceso de consulta respecto del pueblo indígena Kawésqar (http://www.bienesnacionales.cl/wpcontent/uploads/2017/12/InformeFinal_PCI_revLTV_NBA_LPA_FINAL_05102017_F2.pdf).

Noveno: Que, así las cosas, llama la atención que en el caso del pueblo Kawésqar, donde existían antecedentes serios y objetivos de la inexistencia de asentamientos humanos indígenas en la zona de la Reserva Nacional Alacalufes, el Ministerio de Bienes Nacionales realizó la Consulta Indígena, pero no lo hizo, en cambio, tratándose de la Comunidad Indígena Ñielay Mapu, teniendo antecedentes objetivos de asentamientos humanos en una porción del Parque Nacional Puyehue, precisamente en el deslinde Sur ordenado modificar por el Decreto Supremo N° 145 de 21 de diciembre de 2017.

Décimo: Que tal proceder deviene en que la Resolución recurrida ha incumplido la obligación a que voluntariamente



se sometió el Estado de Chile al ratificar el Convenio N° 169, vigente desde el 15 de septiembre de 2009, específicamente su artículo 6 N° 1 letra a) y N° 2, en relación con los artículos 2 y 10 de la Ley N° 19.253 y el Decreto N° 66 de 15 de noviembre de 2014 del Ministerio de Desarrollo Social. Tal carencia torna ilegal la decisión al faltar el deber de consulta que debía acatar la autoridad por imperativo legal, aspecto que lesiona la garantía de igualdad ante la ley, porque al no aplicarse la consulta que el Convenio dispone, niega un trato de iguales a la comunidad indígena recurrente.

Undécimo: Que, por lo anteriormente expuesto, esta Corte brindará la cautela requerida, en la forma que se dirá en lo resolutivo.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y en el Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, **se revoca** la sentencia apelada de diez de julio de dos mil diecinueve y, en su lugar, **se acoge** el recurso de protección deducido, sólo en cuanto se suspenden los efectos del Decreto Supremo N° 145 de 21 de diciembre de 2017, como asimismo de todas aquellas resoluciones que se deriven de aquél, debiendo la recurrida iniciar un proceso de Consulta Indígena con la Comunidad recurrente Ñielay Mapu y cualquiera otra que se ubique al interior del Parque



Nacional Puyehue, en forma previa al cumplimiento de la Resolución Exenta N° 925 de 24 de mayo de 2016 del Ministerio de Bienes Nacionales; proceso que deberá regirse por los estándares del Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, y por los artículos 12 y siguientes del Decreto N° 66 de 15 de noviembre de 2014 del Ministerio de Desarrollo Social.

Acordada con el voto en contra de la Ministra señora Sandoval, quien fue de la opinión de confirmar la sentencia apelada y en consecuencia rechazar el recurso de protección deducido, teniendo presente para ello los siguientes fundamentos:

1°) Que, en la especie, el acto que se indica como contrario a derecho y cuya invalidación se solicita, es el Decreto Supremo N° 145 de 21 de diciembre de 2017, por el que la Presidenta de la República de la época ordena la modificación del deslinde sur del Parque Nacional Puyehue, atendido lo decidido por el Ministerio de Bienes Nacionales por Resolución Exenta N° 925 de 24 de mayo de 2016; e instruye, además, confeccionar la Cartografía Oficial del aludido Parque Nacional.

2°) Que, sobre el particular, resulta relevante sostener que, no obstante establecerse en la parte final del inciso 1° del artículo 20 de la Carta Fundamental, la interposición del recurso de protección lo es sin perjuicio



de los demás derechos que puedan hacerse valer ante la autoridad o los tribunales competentes, lo que obliga a esta Corte, en determinadas circunstancias, a emitir un pronunciamiento sobre el asunto sometido a su conocimiento, no puede perderse de vista que el proceso de Consulta Indígena no siempre resulta procedente, sino que sólo lo será en los términos descritos en el artículo 6 N° 1 letra a) y N° 2 del Convenio N° 169, esto es, "cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas **susceptibles de afectarles directamente**", disposición que, a nivel del derecho interno es secundada por el inciso tercero del artículo 7 del Decreto N° 66 de 2014 del Ministerio de Desarrollo Social, que dispone: "Son medidas administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas 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”

(Énfasis agregado).

3°) Que, en la especie, la Comunidad Indígena recurrente no ha acreditado con la mínima claridad y precisión, el lugar específico que ocupan al interior del Parque Nacional Puyehue, lo que permite descartar una actuación ilegal o arbitraria de la recurrida, toda vez que el Decreto Supremo N° 145 de 21 de diciembre de 2017 únicamente ordena modificar una parte del deslinde sur del aludido Parque Nacional, a fin de dar cumplimiento a la Resolución Exenta N° 925 de 24 de mayo de 2016 del Ministerio de Bienes Nacionales, que acogió sendos recursos de aclaración, rectificación o enmienda interpuestos por sociedades afectadas con los deslindes originales establecidos para el Parque Nacional Puyehue.

4°) Que, en este contexto jurídico, resulta que el acto impugnado no es ilegal ni arbitrario, pues de los antecedentes acompañados no resulta claro en lo absoluto que la modificación de parte del deslinde sur del Parque Nacional Puyehue pueda constituir una “afectación directa” de los derechos e intereses de la Comunidad Indígena Ñielay Mapu, por lo que la Consulta Indígena previa no resultaba necesaria.

5°) Que, por lo demás, el plazo para solicitar la invalidación del acto administrativo ha expirado y, con



creces, sin perjuicio de otras acciones que pueda asistirle a la Comunidad Indígena recurrente en relación con los actos materiales de ejecución de lo ordenado por el Decreto Supremo N° 145 tantas veces citado.

6°) Que, respecto de las garantías fundamentales que se refieren como infringidas por la recurrente, no se vislumbra del mérito de los antecedentes que la acción constitucional pueda prosperar, motivo por el cual debió ser igualmente desestimada en lo referente a dichos extremos.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo de la Ministra señora Vivanco y de la disidencia su autora.

Rol N° 20.389-2019.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (a) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. María Eugenia Sandoval G., y Sra. Ángela Vivanco M., y los Abogados Integrantes Sr. Álvaro Quintanilla P., y Sr. Jorge Lagos G. No firman, no obstante haber concurrido al acuerdo de la causa, el Ministro señor Muñoz por estar con permiso y el Abogado Integrante Sr. Quintanilla por estar ausente. Santiago, 09 de septiembre de 2020.





En Santiago, a nueve de septiembre de dos mil veinte, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

