

C.A. de Valdivia

Valdivia, veinticinco de febrero de dos mil veintiuno.

**VISTOS:**

El 21 de enero de 2021 recurren de protección Millaray Virginia Huichalaf Pradines, mapuche, chilena, agricultora, RUN 17.357.761-3, en su calidad de Machi, autoridad espiritual tradicional del Pueblo Mapuche y en específico del Territorio de El Roble-Carimallín, comuna de Río Bueno; Comunidad Indígena Koyam Ke Che, inscrita bajo el número 754 del Registro de Comunidades y Asociaciones Indígenas y Comunidad Indígena Leufu Pilmaiquén Maihue, inscrita bajo el número 201 del registro ya mencionado, entidades representadas por el abogado Felipe Andrés Guerra Schleef. El recurso se ha presentado en contra del Consejo de Monumentos Nacionales representado por su secretario técnico Erwin Brevis Vergara y en específico en contra de la resolución exenta número 735 de 29 de diciembre de 2020 de dicha entidad, que rechazó la solicitud de consulta indígena en relación a la solicitud de caracterización arqueológica de los hallazgos no previstos en el marco del proyecto Central Hidroeléctrica Los Lagos, región de Los Ríos y región de Los Lagos. Acusa que con tal decisión se ha incurrido en un actuar ilegal y arbitrario vulnerando derechos contemplados en los números 2, 6 y 24 de la Constitución.

Destacan los recurrentes los antecedentes históricos del territorio Mapuche Williche de Maihue Carimallín El Roble de la comuna de Río Bueno, indicando la importante población mapuche en el sector, los despojos territoriales a lo largo de la historia y la relevancia que tienen los hallazgos arqueológicos para demostrar la presencia de antepasados de quienes conforman las actuales comunidades. Explica que la Empresa Eléctrica Pilmaiquén S.A. ingresó un proyecto al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental el 13.6.2007, a través de un Estudio de Impacto Ambiental, emplazado en el río Pilmaiquén, límite entre las regiones de Los Lagos y Los Ríos, comunas de Río Bueno y Puyehue, que considera la construcción de una central hidroeléctrica de 52,9 MW de potencia. Las aguas serán embalsadas mediante una presa de 36,2 m de altura, proyectada en el tramo del río cercano al territorio de Maihue y Carimallín. La presa creará un



embalse de 156,6 hectáreas aproximadamente, que tendrá capacidad para almacenar un volumen de agua de 24,6 millones de m<sup>3</sup>.

El 22.6.2009 la Dirección Ejecutiva de CONAMA emitió la resolución de Calificación Ambiental 3573 de 22.6.2009 clasificando el proyecto como ambientalmente favorable. Se dispuso la excavación de dos sitios arqueológicos identificados durante la evaluación ambiental y el posible rescate de los mismos. Se dispuso además monitoreo arqueológico para lo cual el titular del proyecto debía presentar ante el Consejo de Monumentos Nacionales, con 3 meses de anticipación al inicio de obras, un plan de movimientos de tierra y un Plan de Supervisión Arqueológica. El 10.7.2019, luego de iniciadas las acciones de movimiento de tierra la empresa envió al Consejo de Monumentos Nacionales el plan de supervisión arqueológica con retardo. Sostiene que en el contexto del plan de supervisión arqueológica se han evidenciado hallazgos no previstos que afirman son bienes patrimoniales indígenas que no fueron identificados durante la evaluación ambiental del proyecto. Estos hallazgos corresponden en su mayoría a fragmentos cerámicos y algunos desechos de talla lítica. El 21.8.2019 una profesional de la Secretaría Técnica del CMN realizó una visita al lugar del proyecto, en conjunto con la Superintendencia del Medio Ambiente, donde se constató otro hallazgo arqueológico no previsto, el cual fue comunicado a la empresa. Además, se han identificado otros hallazgos arqueológicos reportados en denuncias formuladas al Consejo de Monumentos Nacionales entre julio de 2019 y enero 2020. Dentro de las denuncias destaca aquella de 6.11.2019 de la Comunidad Mapuche Koyam Ke Che.

Estos hallazgos corresponden a patrimonio arqueológico mapuche enfatizando en que parte importante de las obras se ubica en el fundo Los Castaños del sector Carrimallín, el cual cuenta con una gran cantidad de metawes y osamentas, parte fundamental de nuestro patrimonio. Destacan que la empresa no informó a la población local de estos hechos. La comunidad Mapuche Koyam Ke Che solicitó la presencia urgente del Consejo de Monumentos Nacionales y exigió que se aplique el convenio 169 OIT con el objetivo de garantizar el derecho de consulta de las comunidades del territorio en las decisiones de intervención de los artefactos culturales denominados “hallazgos no previstos” que se evidenciaron durante la ejecución del proyecto.



El 29.12.2020 el Consejo de Monumentos Nacionales dictó la resolución exenta 735/2020 rechazando la solicitud de consulta indígena, disponiendo que las solicitudes de caracterización arqueológica de los “hallazgos no previstos” sean evaluados “en dialogo” con las comunidades indígenas interesadas en el procedimiento.

Acusa falta de fundamentación en la resolución 735/2020 del Consejo de Monumentos Nacionales en cuanto descarta la procedencia de consulta indígena sin detallar ni especificar motivos por los cuales se arriba a esta decisión y en segundo lugar al contener razonamientos y decisiones que estiman contradictorios. Cuestiona que se diga en la resolución que *“la participación de las comunidades indígenas significaría un aporte positivo para la evaluación de los permisos de intervención a otorgar”*, resolviendo que se evalúe las solicitudes de caracterización arqueológicas de los hallazgos no previstos *“en diálogo”* con las comunidades indígenas interesadas en el procedimiento.

Cita el artículo 6.1 literal a) del Convenio número 169 de la OIT al señalar que: *“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”*. Afirma que no se comprende cómo la autoridad recurrida reconoce la calidad de interesadas de los recurrentes para luego negar que sean susceptibles de ser afectados directamente para gatillar un proceso de consulta previa, estimando oportuno un “dialogo” con comunidades interesadas. Enfatiza en que la consulta indígena de conformidad a los compromisos que ha adoptado el Estado de Chile, es el mecanismo a través del cual se materializa el diálogo intercultural. Sostienen que excluir a las comunidades recurrentes de participar a través del mecanismo legalmente establecido para institucionalizar la participación de los pueblos indígenas en las decisiones públicas que los afecten, es un acto de discriminación que les impide incidir en un etapa crucial de la gestión de su patrimonio arqueológico y cultural.

Acusa infracción a los artículos 2, 5, 6, 13 y 15 del Convenio N° 169 de la OIT, en relación con los artículos 11 y 31 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, así como



con el artículo 11 del DS N° 66 del Ministerio de Desarrollo Social y Familia, con ello transgrediendo principios de juridicidad y legalidad. Afirman que mantienen intereses específicos y concretos respecto al devenir y gestión de los artefactos culturales que han aparecido en el área de influencia del proyecto y la gestión de este patrimonio arqueológico y cultural indígena pertenece y recae ante todo en los propios pueblos originarios titulares de dichos artefactos, cuestión que es obviada por la resolución impugnada. La autoridad ha negado el derecho de los recurrentes de influir sustantivamente en las decisiones que pueda adoptar el Estado respecto de su patrimonio cultural, limitándose a decretar un proceso de diálogo que no se sabe en qué consiste y que, por lo mismo, en ningún caso se ajusta a los estándares del Convenio N° 169 de la OIT.

Cuestiona que la autoridad insinúe que se encuentran en una etapa inicial en que no exista la necesidad de consulta indígena omitiendo que esta precisamente debe ser previa, llevándose a cabo con la mayor antelación posible a través del involucramiento activo de las comunidades y organizaciones mapuche de los territorios ribereños al Pilmaiquén en una fase temprana clave para la decisión posterior relativa a un eventual rescate o liberación de los sitios donde existe evidencia “hallazgos no previstos”. Evaluar la procedencia de la consulta indígena exclusivamente al momento de los permisos para el rescate de los sitios arqueológicos, resulta una decisión extemporánea e insatisfactoria para los fines de la consulta indígena.

Piden se decreten las medidas que se estimen necesarias para dar curso progresivo a los autos, y acogerlo en todas sus partes, dejando sin efecto el acto impugnado, ordenando a la autoridad recurrida que implemente un proceso de consulta indígena conforme a los estándares del Convenio N° 169 de la OIT, de forma previa a la adopción de una decisión respecto a la solicitud de caracterización arqueológica de los hallazgos no previstos evidenciados en el marco del proyecto “Central Hidroeléctrica Los Lagos”, sin perjuicio de la adopción de las demás medidas que S.S. Ilma. juzgue necesario adaptar para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección de los derechos de los recurrentes, con expresa condena en costas.



La recurrida informó por intermedio de Erwin Brevis Vergara, Secretario Técnico del Consejo de Monumentos Nacionales solicitando el rechazo del recurso con costas, afirmando que la resolución N° 735-2020 constituye un acto administrativo válidamente dictado por la autoridad competente en aplicación de las normas y principios que rigen la actividad administrativa, y debidamente fundado, no adoleciendo de ilegalidad ni arbitrariedad alguna, ni afectando de ninguna manera el ejercicio de las garantías constitucionales de la parte recurrente. Explica la normativa aplicable al caso y todo el procedimiento relacionado con las denuncias de hallazgos no previstos resaltando una primera fase de caracterización del sitio mediante prospecciones subsuperficiales a través de una red de pozos de sondeo o barrenos, con el fin de conocer las características y dimensiones del sitio arqueológico susceptible de ser intervenido. En función de los resultados de la caracterización el CMN puede requerir un rescate del sitio arqueológico que consiste en la excavación realizada en el sitio arqueológico con el objeto de recuperar, total o parcialmente, los bienes arqueológicos que hubiese en éste, debido a que se verán afectados por alguna obra o actividad.

Señala que durante la etapa de construcción del proyecto aludido en el recurso se han efectuado una serie de hallazgos no previstos de elementos arqueológicos, los cuales han sido reportados al Consejo de Monumentos Nacionales ya sea mediante denuncia de terceros, entre ellos recurrentes o bien por la propia empresa. Mediante el Ord. CMN N° 4193 del 26.9.2019, se le informó a la empresa sobre los hallazgos, indicando que dadas las malas condiciones de visibilidad en el área se deben caracterizar los hallazgos para su delimitación, a través de la excavación arqueológica de pozos de sondeo. Además se le solicita remitir ingeniería de detalle y planimetría del proyecto. La empresa respondió mediante una carta de 27.9.2019 señalando que iniciaron las obras del proyecto el 19.8.2020 y que no ejecutaron actividades previas que impliquen movimientos de tierra, remitiendo la información solicitada y proponiendo una metodología para abordar los hallazgos arqueológicos.

Mediante ordinario del Consejo de Monumentos Nacionales N° 1579 del 7.5.2020 se pronunció sobre el plan presentado por la empresa. Asimismo, se le hizo presente a la empresa la necesidad de realizar



actividades dirigidas a la caracterización sub-superficial de los hallazgos arqueológicos no previstos que habían sido reportados, para efectos de lo cual se debía presentar ante el CMN la solicitud de autorización correspondiente. Sin perjuicio de lo anterior, se le indicó a la empresa que existía un requerimiento de consulta indígena para las medidas a adoptar en relación a los hallazgos arqueológicos referidos, la cual se encontraba pendiente de resolución por parte del Consejo de Monumentos Nacionales. En ese sentido, se señaló que solo se pronunciará sobre las eventuales solicitudes de autorización de intervención arqueológica una vez resuelto dicho requerimiento de consulta indígena.

Previo a la resolución por parte del Consejo de Monumentos Nacionales sobre la procedencia de la consulta indígena, en sesión ordinaria del Consejo de Monumentos Nacionales del 8.4.2020 se acordó, conforme lo dispuesto en el artículo 13 del Reglamento de Consulta Indígena, solicitar un informe de procedencia de consulta indígena a la Subsecretaría de Servicios Sociales del Ministerio de Desarrollo Social y Familia. Adicionalmente, previo a efectuar la referida solicitud de informe de procedencia de consulta indígena, mediante los Ord. CMN N° 1592 del 08.05.2020 y Ord. N° 448 del Servicio Nacional del Patrimonio Cultural del 20.05.2020, se solicitó a la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena remitir antecedentes relativos a la presencia de personas pertenecientes a pueblos indígenas, comunidades indígenas y/o sitios de significación cultural para los pueblos indígenas en los alrededores del Río Pilmaiquén.

Resalta el Ord. N° 3524 de la Subsecretaría de Servicios Sociales de MIDESO del 09.10.2020 (Ingreso CMN N° 5476 del 21.10.2020), se remitió el informe de procedencia de consulta indígena, el cual concluye que no es procedente la realización de un proceso de consulta indígena, para la caracterización arqueológica de los hallazgos no previstos, en el presente caso.

El Consejo de Monumentos Nacionales en sesión ordinaria del 25 de noviembre de 2020 acordó rechazar la solicitud de consulta indígena luego de concluir que no existía susceptibilidad de afectación directa en relación a la medida administrativa correspondiente al permiso para la caracterización de los hallazgos no previstos en el marco del proyecto, sin perjuicio de lo que se pueda determinar en relación a los permisos para el rescate de los sitios



arqueológicos, lo cual se evaluará en su oportunidad. En la misma instancia se estimó que la participación de las comunidades indígenas significaría un aporte positivo para la evaluación de los permisos de intervención arqueológica a otorgar, por lo cual se acordó realizar la evaluación de la propuesta de caracterización arqueológica presentada por el titular en diálogo con las comunidades indígenas. El acuerdo antedicho fue ejecutado mediante la Resolución N° 735-2020, la cual rechaza la solicitud de consulta indígena, y dispone evaluar las solicitudes de caracterización en diálogo con las comunidades indígenas interesadas.

Frente a la resolución 735-2020 la empresa presentó un recurso de reposición con recurso jerárquico en subsidio y con recurso de aclaración en subsidio de ambos que se encuentran en curso. Mediante el recurso se solicita dejar sin efecto la Resolución N° 735-2020 en cuanto ordena evaluar la caracterización arqueológica en diálogo con las comunidades, y en cuanto determina que se evaluará en su oportunidad la procedencia de realizar una consulta indígena para los permisos de rescate arqueológico de los hallazgos no previstos del proyecto. Destaca que la Comunidad Indígena Koyam Ke Che, recurrente en estos autos, también interpuso el recurso de reclamación jurisdiccional previsto en el artículo 17 N° 5, de la Ley N° 20.600, que Crea Tribunales Ambientales, en la causa Rol R-227-2020, seguida ante el Segundo Tribunal Ambiental, caratulada “Huichalaf Pradines Millaray Virginia y otros contra Servicio de Evaluación Ambiental”, en contra de la Resolución Exenta N°1903/2019 del Servicio de Evaluación Ambiental, que rechaza la solicitud de revisión de la RCA N°3573-2009, prevista en el artículo 25 quinquies, de la Ley N°19.300. Se hace presente que también en dicha instancia se cuestionó la ausencia de consulta indígena en relación a la autorización ambiental del proyecto, la cual resultaba procedente, según los recurrentes, por el interés que tenían las comunidades en los hallazgos arqueológicos observados en la ejecución del proyecto. Sobre ello, el Segundo Tribunal Ambiental decidió rechazar en todas sus partes dicha reclamación, de conformidad con la sentencia de fecha 29 de enero de 2021. Por consiguiente, es una materia que se encuentra bajo el imperio del derecho y pendiente de resolución firme y ejecutoriada, por lo que no advierte la necesidad de cautela urgente esgrimida por los recurrentes, en tanto se ventila en un tribunal especial y especializado.



Destaca la legalidad, fundamentación y razonabilidad del acto impugnado. Explica el análisis de la concurrencia de los requisitos que determinan la procedencia de consulta indígena estableciendo en el artículo 7 del Reglamento de Consulta Indígena a saber a. la existencia de una medida administrativa de carácter no reglada, con un ámbito de discrecionalidad y b. que dicha medida sea susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas, en los términos del Reglamento de Consulta Indígena. Indica que el primer requisito no es materia de discusión entendiendo que se cumple, sin embargo la controversia se centra en relación al segundo requisito aseverando que la Resolución N° 735-2020 que no existe susceptibilidad de afectación directa a los pueblos indígenas en relación a la medida administrativa en análisis, destacando considerandos 35 a 39 de la resolución impugnada.

Niega que la resolución 735-2020 no especifique ni detalle fundamentos con base a los cuales arribe a la decisión que contiene. El acto administrativo impugnado describe expresamente las razones por las cuales una solicitud de caracterización arqueológica no es susceptible de afectar directamente a las comunidades indígenas interesadas. En el próximo acápite se profundiza en torno a este punto. Niega la existencia de razonamientos y decisiones contradictorias en el acto administrativo impugnado. Las reglas y estándares que rigen la calidad de interesado en un procedimiento administrativo y la susceptibilidad de afectación directa a los pueblos indígenas son de naturaleza totalmente diversa. La calidad de interesado es una condición formal de los administrados ante el Órgano de la Administración del Estado en el procedimiento administrativo en aplicación de una regla procesal de participación. La calidad de interesado por ser una categoría procedimental, se encuentra regulada en el art. 21 de la Ley N° 19.880, que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, en los siguientes términos: *“Interesados. Se consideran interesados en el procedimiento administrativo: 1. Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses individuales o colectivos. 2. Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte. 3. Aquéllos cuyos intereses, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se*





*apersonen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva*". Conforme esta norma reconoce la calidad de interesados de la comunidad indígena Koyam Ke Che y la comunidad indígena Leufu Pilmaiquén Maihue. No obstante, la calidad de "interesados" en el procedimiento administrativo que detentan las referidas comunidades indígenas, así como el "interés" al que aluden los numerales 1 y 3 de la disposición citada, no deben confundirse con la configuración del supuesto de su pretensión: la susceptibilidad de afectación directa consagrada en el Convenio N° 169 de la OIT, que da lugar a la realización de una consulta indígena. La condición formal de interesado habilita a intervenir en un determinado procedimiento administrativo, en este caso, solicitando una determinada actuación del Órgano de la Administración del Estado, como lo es la realización de una consulta indígena. De esta forma, el interés se configura por el solo hecho de solicitar esa determinada actuación ante el Órgano, solicitud que puede o no ser acogida en función de si se cumplen los requisitos que establece la normativa. Afirmar lo contrario, y homologar el interés como condición para intervenir en el procedimiento administrativo con la susceptibilidad de afectación directa, tal como pretenden los recurrentes, llevaría a la absurda conclusión de que toda solicitud de consulta indígena, por el solo hecho de formularse, debiese ser acogida.

En relación a las razones del Consejo de Monumentos Nacionales para evaluar los permisos de caracterización de los hallazgos no previstos "en diálogo" con las comunidades indígenas interesadas, a pesar de no existir susceptibilidad de afectación directa, explica que al Consejo de Monumentos Nacionales en el ejercicio de sus atribuciones le corresponde otorgar permisos para realizar diversas obras que implican una intervención en Monumentos Nacionales según se especifica en las disposiciones de la Ley N° 17.288 y sus Reglamentos. Es habitual que en estas autorizaciones confluyan diversidad de intereses, pueden ser ciudadanos, empresariales u otros. En ese contexto y con el objeto de contar con todos los antecedentes necesarios para una adecuada y completa evaluación de lo solicitado, el Consejo de Monumentos Nacionales suele generar instancias para que las partes interesadas puedan participar y aportar con antecedentes atinentes al procedimiento administrativo. Es así, como una de las alternativas mediante la cual se recaba la opinión y antecedentes de las partes



interesadas en un procedimiento, es la conformación de Mesas de Trabajo. En ellas se dialoga con las distintas partes interesadas, buscando arribar a un análisis técnico que dispongan la mayor cantidad de información posible, para su posterior decisión en sesión plenaria por parte del Consejo de Monumentos Nacionales.

Explica que no existe infracción al Convenio 169 de la OIT en tanto la medida administrativa no es susceptible de afectar directamente a comunidades indígenas. Sostiene que no es efectiva la afirmación de la parte recurrente. Como se señala en la Resolución N° 735-2020, el Consejo de Monumentos Nacionales concluyó que la medida administrativa consistente en el permiso para la caracterización arqueológica de los hallazgos no previstos en el marco del proyecto no es susceptible de afectar directamente a las comunidades indígenas interesadas, no configurándose por tanto la causal para que sea procedente la realización de un proceso de consulta indígena.

Recalca que la caracterización arqueológica constituye una intervención controlada sobre el terreno que busca conocer mediante la mínima afectación posible y con relativa precisión, el comportamiento de un sitio arqueológico. Si se pudiese afirmar que las comunidades recurrentes tienen algún interés en los sitios arqueológicos en cuestión, no sería posible sostener que son susceptibles de resultar afectadas en el marco de una solicitud de caracterización, en la medida que dicha actividad, en términos materiales, interviene los sitios arqueológicos de forma mínima, precisamente porque el objetivo es solamente conocer sus características de forma previa a determinar las medidas que se adoptarán en relación a los mismos. En otros términos, se busca conocer el sitio arqueológico antes de siquiera evaluar las posibles y verdaderas afectaciones sobre el mismo, como podría ser el caso de un eventual permiso para el rescate del sitio, con miras a liberar el área para la continuidad de las obras del proyecto.

Hace presente que no solamente no correspondía realizar un proceso de consulta indígena de acuerdo a normativa señalada, sino que constituye una obligación del CMN no dilatar de forma injustificada el procedimiento administrativo en virtud del principio de celeridad y de economía procedimental contenidos en los artículos 7 y 9 de la ley 19.880. Al no haber susceptibilidad de afectación directa en relación a la medida



administrativa en cuestión no resultaba procedente la realización de consulta indígena, por lo cual no existe infracción al Convenio 169 de la OIT ni al principio de juridicidad que rige la actividad de la Administración.

Niega privación, perturbación o amenaza en el ejercicio y garantías fundamentales del recurrente.

Alega improcedencia del recurso de protección como vía para obtener una forma específica de ejercicio de la función pública. Acusa que los recurrentes solicitan como supuesta forma de corregir la infracción constitucional la alteración de una decisión técnica de la autoridad administrativa alterando la función pública que le corresponde desarrollar al Servicio recurrido, solicitando a la Corte que reemplace a la autoridad llamada por ley a adoptar una determinada decisión y no medidas que tengan por objeto proteger derechos fundamentales subjetivos puestos en riesgo por el actuar administrativo. Señala que el recurrente no solo solicita invalidar la resolución recurrida, sino que exige de la judicatura un pronunciamiento opuesto a lo resuelto en el procedimiento administrativo cuestionado. La orden judicial de imponer medidas especiales en materia del funcionamiento del Estado alteraría las actuales condiciones de funcionamiento del órgano recurrido y entorpecería la gestión y el uso de los recursos fiscales asociados a un procedimiento administrativo complejo y en curso, donde convergen acciones y directrices de otros organismos públicos. La acción de protección no está dirigida a la protección de una o más personas cuyos derechos constitucionales están sometidos a una violación actual o inminente sino que se dirige para obtener la revocación de una decisión técnica de la autoridad, cuestión esta última que rebasa la competencia de esta Corte. La adopción de tales medidas debe ser institucionalmente coordinadas y técnicamente resueltas, para lo cual sólo el poder Ejecutivo está preparado, asegurando la continuidad del Servicio Público y la Coordinación con otros organismos.

Compareció e informó Empresa Eléctrica Pilmaiquén S.A. por intermedio de la abogada Karol Oyaneder Bernal solicitando el rechazo del recurso con costas. Sostiene que comparece por tener interés actual ostensible en los resultados del recurso, pues se afecta en forma directa el ejercicio de los derechos que tiene en calidad de titular del Proyecto Central Hidroeléctrica Los Lagos. La potencial ejecución de una medida como la



solicitada afectaría de manera directa el cronograma del Proyecto de la compañía. Alega que los hallazgos arqueológicos no previstos no han sido intervenidos y su caracterización es una actividad preliminar, descriptiva y mínimamente invasiva; que el Complejo Sagrado NGEN MAPU KINTUANTE está fuera del área de la CHLL y no será intervenido de manera alguna. La acción deducida carece de fundamento de hecho; los recurrentes carecen de derechos afectados no existiendo agravio que cautelar; la condición de interesado en el procedimiento administrativo no es sinónimo de afectación directa en el sentido que establece el Convenio 169 de la OIT; el dialogo con las comunidades no constituye un deber de consulta indígena; la resolución de calificación ambiental de la CHLL estableció las medidas a adoptar en el caso de efectuarse hallazgos no previstos y existe decisión judicial previa que descarta la procedencia de la consulta indígena emitida por la autoridad administrativa ambiental y la jurisdicción especializada de los Tribunales Ambientales, que permite concluir que no existe afectación alguna de los derechos constitucionales que recurrente denuncia infringidos.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

**Primero:** Que, el recurso de protección ha sido instituido por el constituyente como una acción destinada a evitar las posibles consecuencias dañosas derivadas de acciones u omisiones arbitrarias o ilegales, que produzcan privación, perturbación o amenazas de alguna o de algunas de las Garantías Constitucionales expresamente señaladas en la Constitución Política de la Republica, a fin de restablecer el imperio del derecho y otorgar la debida protección a quien pueda resultar afectado.

**Segundo:** Que, la recurrente sustenta su recurso en el acto arbitrario ilegal provocado con motivo de la dictación por el Consejo de Monumentos Nacionales, de la resolución exenta N°735 de 29 de diciembre del 2020, que rechazó la solicitud de consulta indígena con relación a la solicitud de caracterización arqueológica de los hallazgos no previstos en el marco del proyecto Central Hidroeléctrica Los Lagos. En síntesis, en dicha resolución se razona sobre la base que el procedimiento de caracterización de tales hallazgos no previstos no es susceptible de afectar directamente a Pueblos Indígenas.



**Tercero:** Que, del estudio del recurso e informes evacuados por la recurrida y tercero que tiene la calidad de titular del Proyecto de la Central Hidroeléctrica Los Lagos, y lo expuesto por cada uno de sus apoderados judiciales de sus estrados el día 22 de febrero del año en curso, se puede desprender que los hallazgos arqueológicos no previstos no han sido intervenidos y su caracterización es una actividad preliminar, descriptiva y mínimamente invasiva, y que el complejo sagrado NGEN MAPU QUINTUANTE se encuentra ubicado fuera del área de la Central Hidroeléctrica Los Lagos; área de terreno que no será objeto de intervención alguna.

**Cuarto:** Que, del análisis del convenio 169 de la OIT, es dable deducir que la condición de interesado del procedimiento administrativo no es equivalente, al concepto de afectación directa, tal como lo establece el convenio citado precedentemente.

**Quinto:** Que, de acuerdo con lo expuesto en estrado por lo abogados de la recurrida y Empresa Eléctrica, se puede concluir que los hallazgos arqueológicos se encuentran resguardados y su caracterización es una actividad meramente descriptiva; Hecho que permite descartar cualquier afectación de derechos de los recurrentes; atendido que en esta etapa y según la opinión de la autoridad especializada, corresponde implementar actividades dirigidas a la caracterización sub superficial de los hallazgos a si como determinar la extensión espacial de los mismos, antes de continuar con las obras del Proyecto en dichos sectores.

**Sexto:** Que, el Consejo de Monumentos Nacionales ha procedido en este caso en forma análoga, a la actuación que le cupo en los sitio 1 y 2 identificados durante el proceso de evaluación ambiental de la Central Hidroeléctrica Los Lagos, debiendo la empresa mantener las obras detenidas en los sitios que se efectuaron los hallazgos, implementando cercos provisorios destinados a garantizar su intangibilidad y efectuar una caracterización sub superficial, para lo cual deberá presentarse y aprobarse, de forma previa una solicitud de un profesional arqueólogo.

**Séptimo:** Que, las actuales medidas adoptadas por la Central Hidroeléctrica Los Lagos, tienen por objeto garantizar la intangibilidad de los hallazgos, y la caracterización sub superficial, solo tiene por finalidad obtener mayor información sobre estos, mediante el método descriptivo, lo anterior



permite descartar la existencia de afectaciones directas y/o específicas en los términos exigidos por el convenio 169 de la OIT, como así mismo existan vulneración de Derechos Constitucionales, que deban ser resguardados mediante el ejercicio de esta acción cautelar.

**Octavo:** Que, de lo expuesto latamente por las partes, a quedado absolutamente claro que el propósito de esta caracterización es contar con antecedentes y fundamentos técnicos, que permitan con posterioridad, adoptar las medidas destinadas a conocer los sitios arqueológicos orientadas a su resguardo, conservación y puesta en valor o eventualmente, a su rescate parcial, sin que esta constituya una decisión sobre el destino de los hallazgos.

**Noveno:** Que, el sitio sagrado NGEN MAPU QUINTUANTE, se encuentra ubicado fuera del área de la Central Hidroeléctrica Los Lagos, lo cierto es que se ubica en La Central Hidroeléctrica Osorno, el que a la fecha no ha iniciado su etapa de construcción, con lo que efectivamente este se encuentra a una distancia considerable del área de los hallazgos.

**Décimo:** Que, en sus alegaciones ante esta Corte, los abogados que representaron a la recurrida y a la Central Hidroeléctrica Los Lagos, informaron latamente acerca de la existencia de una decisión judicial previa, que descarta la procedencia de la consulta Indígena emitida por la Autorizada administrativa ambiental y del Segundo Tribunal Ambiental ( Santiago), lo que permite concluir la inexistencia de afectación alguna de los Derechos Constitucionales que la recurrente denuncia como infringidos.

**Décimo Primero:** Que, conforme a lo razonado precedentemente, la resolución N°735-2020, es un acto administrativo válidamente dictado por la Autoridad competente, con aplicación de las normas y principios que rigen la actividad administrativa, el cual se encuentra debidamente fundado, sin que este adolezca de ilegalidad y arbitrariedad que alguna, que pudiera haber afectado las Garantías Constitucionales, supuestamente conculcadas por la recurrente.

**Décimo Segundo:** Que, mayor abundamiento, esta Corte advierte que la acción de protección interpuesta en esta causa, no se dirigió a la protección de una o más personas, cuyos Derechos Constitucionales, son objeto de una transgresión actual o inminente, sino por el contrario su objeto es revocar una decisión de carácter técnica administrativa, emanada de un



órgano especializado dependiente del Poder Ejecutivo; hecho que naturalmente sobrepasa la competencia para conocer de esta acción cautelar.

Por estos motivos y visto lo dispuesto por el Artículo 20 de la Constitución Política del Estado y auto acordado de la EXCMA. Corte Suprema Sobre Tramitación de los Recursos de Protección, **se rechaza**, sin costas el recurso deducido por doña Millaray Virginia Huichalaf Pradines, Comunidad Indígena Koyam Ke Che y Comunidad Indígena Leufu Pilmaiquen Maihue, por intermedio del abogado Felipe Andres Guerra Schleef.

Regístrese, notifíquese y archívese, en su oportunidad.

Redacción del Abogado Integrante Sr. Luis Felipe Galdames Bühler.

N°Protección-23-2021.



Pronunciado por la Primera Sala de la C.A. de Valdivia integrada por Ministro Juan Ignacio Correa R., Fiscal Judicial Gloria Edith Hidalgo A. y Abogado Integrante Luis Felipe Alfonso Galdames B. Valdivia, veinticinco de febrero de dos mil veintiuno.

En Valdivia, a veinticinco de febrero de dos mil veintiuno, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.  
A contar del 06 de septiembre de 2020, la hora visualizada corresponde al horario de verano establecido en Chile Continental. Para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar 2 horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>