

Santiago, diecinueve de noviembre de dos mil veintiuno.

Vistos:

Se reproduce el fallo en alzada, con excepción de sus fundamentos tercero a décimo segundo, que se eliminan.

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

Primero: Que, en autos Rol N°17.289-2021, comparecen doña Millaray Virginia Huichalaf Pradines, la comunidad indígena Koyam Ke Che, y la comunidad indígena Leufu Pilmaiquen Maihue, representados por el abogado sr. Felipe Guerra, deduciendo recurso de protección de las garantías del artículo 19 N°s 2, 6 y 24 de la Constitución Política de la República, relacionado con los artículos 2, 5, 6, 13 y 15 del Convenio N°169 de la OIT, y artículos 11 y 31 de la Declaración de Naciones Unidas de Pueblos Originarios, en contra del Consejo de Monumentos Nacionales, por la dictación de la Resolución Exenta N°735 de fecha 29 de diciembre del año 2020, que rechazó la solicitud de consulta indígena relativa a la de caracterización arqueológica de los hallazgos no previstos en el marco del proyecto Central Hidroeléctrica Los Lagos (CHLL), Región de Los Ríos.

Con fecha 25 de febrero del año en curso, la Corte de Apelaciones de Valdivia rechazó la acción constitucional, deduciendo, los recurrentes, recurso de apelación.

Segundo: Que, de acuerdo con lo expositivo de la sentencia apelada que se ha tenido por parcialmente



reproducida, y el mérito del expediente digital, son hechos de la causa, por estar exentos de controversia o haberse acreditado fehacientemente, los siguientes:

a) En octubre de 2019, durante las obras de construcción de la Central Hidroeléctrica Los Lagos, se produjo el hallazgo de restos presumiblemente arqueológicos, consistentes en fragmentos cerámicos y desechos de talla lítica.

b) Se solicitó por parte de los recurrentes la aplicación del Convenio 169 de la OIT con el objeto de realizar una consulta indígena en relación con los mencionados hallazgos.

c) Esta solicitud fue rechazada mediante la Resolución Exenta N°735 de 29 de diciembre del año 2020 del Consejo de Monumentos Nacionales, ordenándose, en el mismo acto, que los procedimientos de caracterización arqueológica se debían realizar en el marco de lo que la autoridad denominó "diálogo" con las comunidades indígenas.

Tercero: Que, en efecto, en el resuelvo segundo de la Resolución Exenta N° 735 antes citada, luego del rechazo de la petición de desarrollo de una consulta indígena, el Consejo de Monumentos Nacionales imperativamente ordenó: *"Evalúense las solicitudes de caracterización arqueológica de los hallazgos no previstos identificados en la construcción del proyecto Central Hidroeléctrica*



Los Lagos, en diálogo con las comunidades indígenas interesadas en el procedimiento”.

Cuarto: Que la adecuada resolución del asunto exige recordar que la Constitución Política de la República, en el numeral 18° de su artículo 60, reserva al legislador la potestad para fijar las bases de los procedimientos que rigen los actos de la Administración pública. A su turno, el artículo 8° de la Ley N° 18.575 expresa que *“Los procedimientos administrativos deberán ser ágiles y expeditos, sin más formalidades que las que establezcan las leyes y reglamentos”.*

Quinto: Que, como se aprecia, de las disposiciones transcritas se desprende que la forma de todo procedimiento administrativo debe ser descrita en un instrumento de rango legal o, a lo menos, reglamentario.

Sexto: Que, en el caso concreto, se ha solicitado la aplicación del procedimiento previsto en el Decreto N° 66 de 2013 del Ministerio de Desarrollo Social que aprueba el reglamento que regula el procedimiento de consulta indígena en virtud del artículo 6, número 1, letra a), y número 2 del Convenio N° 169 de la OIT.

Séptimo: Que es menester señalar que nuestro ordenamiento jurídico contempla la participación de los pueblos originarios que pueden verse afectados directamente por un proyecto, a través del procedimiento de Consulta Indígena obligatoria, que responde a la



regulación internacional contenida, como se dijo, en el Convenio N° 169, ratificado por Chile, que constituye una norma obligatoria, no sólo por aplicación del artículo 5 de la Carta Fundamental, sino que, además, tiene un desarrollo directo en la regulación interna que busca materializar en términos concretos la referida normativa internacional.

A la letra, el artículo 6 N°1 del Convenio N°169 de la OIT dispone que *"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;

b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;

c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin".



Es la misma OIT la que ha establecido los estándares mínimos que debe cumplir un proceso de consulta para ser considerado adecuado, sosteniendo que: *"los gobiernos deben garantizar que los pueblos indígenas cuenten con toda la información pertinente y puedan comprenderla en su totalidad"* y que *"será apropiado el procedimiento que genere las condiciones propicias para poder llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas, independientemente del resultado alcanzado"* (Comprender el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169), Manual para los mandantes tripartitos de la OIT, página 16).

Así lo ha entendido también esta Corte, desde hace ya bastante tiempo, al señalar que *"el Convenio N° 169 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" (CS Rol 11.040-2011, considerando Quinto).

Por su parte, el Tribunal Constitucional destaca en una de sus sentencias "la diferencia esencial que tiene la consulta a que se refiere el artículo 6º, Nº 1º, letra a), de la Convención Nº 169, con aquellas otras que se establecen en el actual ordenamiento positivo. Para demostrarlo baste señalar que si bien la respuesta a la consulta a que se refiere el tratado no tiene un carácter vinculante *stricto sensu* si tiene una connotación jurídica especial que se encarga de precisarla el Nº2º del mismo artículo 6º que dice: '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'" (Rol 309-2000, considerando 7º). Agrega el fallo que "La participación a que se refiere el tratado, en esta parte, debe entenderse en el marco de lo que dispone el artículo 1º de la Constitución, que consagra el deber del Estado de 'asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional'" (considerando 72º).



Concretando aquellas directrices generales, el artículo 2° del Decreto Supremo N° 66 de 2013 del Ministerio de Desarrollo Social que establece el Reglamento que regula el Procedimiento de Consulta Indígena, dispone: *"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"*.

Octavo: Que, en consecuencia, en nuestro ordenamiento jurídico es, precisamente, el Procedimiento de Consulta Indígena el mecanismo de diálogo idóneo entre los integrantes de los pueblos originarios y la Administración del Estado, cuando se está frente a la necesidad de recabar información relevante acerca de las obras a realizar y la forma en que ellas influirán en ámbitos materiales o inmateriales de su cultura o en sus sistemas de vida, de manera de determinar la forma específica en que la alteración les perturba, y ofrecer medidas de mitigación, compensación y/o reparación por



parte del titular del proyecto, para, finalmente, la formalización de acuerdos en un plano de igualdad.

Noveno: Que, por el contrario, la instrucción de *"diálogo con las comunidad indígenas interesadas en el procedimiento"*, sin más, resulta ilegal, si se considera que con tal orden el Consejo de Monumentos Nacionales está creando formalidades procedimentales ajenas a la ley y los reglamentos, en contravención a lo dispuesto en el artículo 8° de la Ley N° 18.575, y vulnerando, además, lo estatuido en el artículo 7°, inciso 2° de la Carta Fundamental, que le prohíbe atribuirse otra autoridad o derechos que los que expresamente se le ha conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Décimo: Que, a lo antedicho, cabe agregar que la afectación directa de las personas y comunidades recurrentes subyace a la descripción que de la caracterización arqueológica se realiza en el fundamento 36 del acto recurrido, cuando explica que aquel consiste en *"la excavación controlada de una red de barrenos y/o pozos de sondeo de 50x50 o 50x100 cm. hasta alcanzar un estrato geológico culturalmente estéril"*.

Se agrega a ello, en el fundamento siguiente, que *"el propósito de la caracterización es lograr la descripción acabada del sitio arqueológico para determinar su extensión horizontal -dispersión que alcanzan los materiales- y vertical -estratigrafía y profundidad del*



depósito-, así como de los elementos asociados (artefactos, ecofactos y rasgos) que lo componen y le otorgan identidad cultural, temporal y funcional”.

Undécimo: Que no puede olvidarse, en este punto, que, a la hora de determinar el sentido y alcance de la exigencia de afectación directa, el Convenio N° 169 de la OIT, en su preámbulo, explicita que busca reconocer las aspiraciones de los pueblos originarios en orden de *“asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven”.*

Bajo el mismo prisma, el numeral 1° del artículo 4° del mismo instrumento internacional ordena a los Estados obligados el adoptar *“las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados”.* A continuación, el literal a) de su artículo 5° exige *“reconocer y proteger los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente”.*

Duodécimo: Que, resumiendo las conclusiones anotadas, la caracterización de los restos arqueológicos hallados



con motivo de la construcción de la Central Hidroeléctrica Los Lagos, en tanto consiste en la ejecución de faenas de excavación de barrenos o pozos de sondeo en el área del hallazgo, debe ser entendida como una actividad susceptible de afectar directamente a los recurrentes, al ser ellos quienes tienen el mayor y más profundo conocimiento de los territorios y los elementos físicos y espirituales propios de la cultura mapuche que podrían verse dañados por la intervención u omitidos durante ella.

Zanjado lo anterior, ante la posibilidad de afectación directa -por acción u omisión- de intereses culturales o espirituales de pueblos originarios, el procedimiento establecido por la ley para recabar información y elaborar los cursos de acción es, precisamente, la consulta prevista en el artículo 6° del Convenio N° 169 de la OIT, regulada en el Decreto N° 66 de 2013 del Ministerio de Desarrollo Social, resultando improcedente e ilegal preterir su aplicación sustituyéndola por indeterminadas instrucciones de "diálogo", tal como fue dispuesto en la Resolución Exenta N°735 de 2020 del Consejo de Monumentos Nacionales, afectándose, con ello, la igualdad ante la ley que asiste a los recurrentes, asegurada en el artículo 19 N°2 del texto constitucional, si se considera que el resguardo de sus intereses ha sido sometido a un tratamiento diverso



al expresamente escrito en el ordenamiento jurídico nacional e internacional.

Décimo Tercero: Que, por lo anterior, el acto recurrido deberá dejarse sin efecto, así como todo lo obrado en su virtud, recordándose a la autoridad administrativa y al titular del proyecto que, atendido el mandato previsto en el artículo 12 N°1 de la Ley N° 19.880, existiendo una cuestión litigiosa pendiente el Consejo de Monumentos Nacionales se encontraba impedida de autorizar la ejecución de la caracterización arqueológica, por estar sujeta al deber de abstención, cuya finalidad, precisamente, es evitar actuaciones administrativas inoficiosas, o contradictorias e incompatibles con lo resuelto en sede jurisdiccional.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo prevenido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, **se revoca** la sentencia apelada de veinticinco de febrero de dos mil veintiuno, y en su lugar se declara que **se acoge**, sin costas, el recurso de protección interpuesto por doña Millaray Virginia Huichalaf Pradines, la comunidad indígena Koyam Ke Che, y la comunidad indígena Leufu Pilmaiquen Maihue, declarándose:

1. Que se deja sin efecto la Resolución Exenta N°735 de 2020 del Consejo de Monumentos Nacionales, así



como todo lo obrado con posterioridad a ella, en el marco del diseño y ejecución de la caracterización de los restos hallados durante la construcción de la Central Hidroeléctrica Los Lagos.

2. Que dicha caracterización deberá ser autorizada y ejecutada previa práctica de la consulta obligatoria prevista en el artículo 6º, numeral 1º del Convenio N° 169 de la OIT, reglada en el Decreto N°66 de 2013 del Ministerio de Desarrollo Social.

Redacción a cargo de la Abogada Integrante Sra. Benavides.

Regístrese y devuélvase.

Rol N° 17.289-2021.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (a) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. Ángela Vivanco M., Sra. Adelita Ravanales A., Sr. Mario Carroza E. y por la Abogada Integrante Sra. María Angélica Benavides C.





NVXTXBBYKQ

Pronunciado por la Tercera Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Sergio Manuel Muñoz G., Angela Vivanco M., Adelita Inés Ravanales A., Mario Carroza E. y Abogada Integrante Maria Angelica Benavides C. Santiago, diecinueve de noviembre de dos mil veintiuno.

En Santiago, a diecinueve de noviembre de dos mil veintiuno, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

