

RECURSO : **PROTECCIÓN**

RECURRENTE 1 : **Alejandra Cona Queuputru**
RUN : 17.918.569-5
ORGANIZACIÓN : Comunidad Indígena Antonio Coliné PJ N° 1613
DOMICILIO : Calle Palguin 01225, Villa Pomona, Temuco

RECURRENTE 2 : **Alina del Carmen Pichilemu Quintrel**
RUN : 10.442.617-4
ORGANIZACIÓN : Asociación Indígena Newen ka Kimün PJ N° 785
DOMICILIO : Calle Palguin 01225, Villa Pomona, Temuco

RECURRENTE 3 : **Fundación de Artesanas Mapuches de Pucón**
RUT : 65.095.938-8
DOMICILIO : Camino Internacional 1890, Pucón, Araucanía
REPRESENTANTE : Ana María Quiñenao Coliman
RUN : 11.410.435-3

RECURRENTE 4 : **Armando Curihual Nahuel**
RUN : 6.542.317-0
ORGANIZACIÓN : Comunidad Indígena Francisco Huirio Lienan PJ N° 1609
DOMICILIO : Calle Palguin 01225, Villa Pomona, Temuco

RECURRENTE 5 : **Cecilia Caniumán Ancalef**
RUN : 16.532.097-2
DOMICILIO : Calle Palguin 01225, Villa Pomona, Temuco

RECURRENTE 6 : **Héctor Alberto Epulef Zavala**
RUN : 12.139.227-5
ORGANIZACIÓN : Comunidad Indígena Juan Cayupan PJ N° 729
DOMICILIO : Calle Palguin 01225, Villa Pomona, Temuco

RECURRENTE 7 : **María Cristina Millaray Llanquileo Romero**
RUN : 10.131.498-7
ORGANIZACIÓN : Comunidad Indígena Ignacio Cayupan Tradicional PJ N° 2137
DOMICILIO : Calle Palguin 01225, Villa Pomona, Temuco

RECURRENTE 8 : **Jobet Gissela Coliqueo Neilaf**
RUN : 18.196.642-4
ORGANIZACIÓN : Comunidad Indígena Juan Painenao PJ N° 2313
DOMICILIO : Calle Palguin 01225, Villa Pomona, Temuco

RECURRENTE 9 : **Joaquin Meliñir Huaiquillan**
RUN : 13.810.491-5
ORGANIZACIÓN : Sociedad de Turismo Mapuche de la Araucanía A.G., comuna de Lonquimay
DOMICILIO : Calle Palguin 01225, Villa Pomona, Temuco

RECURRENTE 10 : **Magdalena Silva Pailahueque**
RUN : 10.397.608-1
ORGANIZACIÓN : Comunidad Indígena Ignacio Huenchullan PJ N° 505
DOMICILIO : Calle Palguin 01225, Villa Pomona, Temuco

RECURRENTE 11 : **Corporación Instituto Nacional de la Lengua Mapuche Mapuzuguletuaiñ**
RUT : 65.152.351-6
DOMICILIO : Lago de Todos los Santos 1810, Temuco
REPRESENTANTE : Paula Onesima Huenumilla Herrera
RUN : 17.548.302-0

RECURRENTE 12 : **María Jeannette Paillán Fuentes**
RUN : 11.048.456-9
ORGANIZACIÓN : Festival Internacional de Cine y las Artes en Wallmapu Fic Wallmapu
DOMICILIO : Calle Palguin 01225, Villa Pomona, Temuco

RECURRENTE 13 : **Cristian Antimilla Pañicu**
RUN : 17.116.424-9
ORGANIZACIÓN : Manuel Antimilla Wuecheque Wentxu
DOMICILIO : Calle Palguin 01225, Villa Pomona, Temuco

RECURRENTE 14 : **Centro de estudios e investigaciones comunidad de historia Mapuche**
RUT : 65.099.194-k

DOMICILIO : Carrera N° 245 Temuco
REPRESENTANTE : Jakelin Curaqueo Mariano
RUN : 14.217.367-0

RECURRENTE 15 : **Myriam Yasmín Velásquez Painén**
RUN : 18.047.352-1
ORGANIZACIÓN : Comunidad Antonio Cotaro de Millelche
DOMICILIO : Calle Palguin 01225, Villa Pomona, Temuco

RECURRENTE 16 : **Asociación Indígena Ad Kimvn**
RUT : 65.903.480-8
DOMICILIO : General Aldunate 468, oficina 206, Temuco
REPRESENTANTE : María Inés Colimil Namoncura
RUN : 10.110.698-5

RECURRENTE 17 : **Mauricio Enrique Cayunao Coloma**
RUN : 14.526.570-3
ORGANIZACIÓN : Comunidad Mapuche Juan Agustín Porma Llancao I, PJ N° 2160
DOMICILIO : Calle Palguin 01225, Villa Pomona, Temuco

ABOGADA PATROCINANTE : **Maria Victoria Ulloa Becerra**
RUN : 18.863.221-1
DOMICILIO : Colo-Colo 379, depto 1702, Concepción, Región del Biobío

ABOGADA PATROCINANTE : **Florencia Álvez Marín**
RUN : 14.206.911-3
DOMICILIO : Colo-Colo 379, depto 1702, Concepción, Región del Biobío

ABOGADA PATROCINANTE : **Kimberly Nicole Iglesias Morales**
RUN : 19.110.200-2
DOMICILIO : Colo Colo 379, depto 1702, Concepción, Región del Biobío

RECURRIDO : **MINISTERIO DE LAS CULTURAS, LAS ARTES Y EL PATRIMONIO**
DOMICILIO : Plaza Sotomayor N°233, ciudad de Valparaíso; V región de Valparaíso
REPRESENTANTE LEGAL : Consuelo Valdés Chadwick

EN LO PRINCIPAL: RECORRE DE PROTECCIÓN; **PRIMER OTROSÍ**: ACOMPAÑA DOCUMENTOS; **SEGUNDO OTROSÍ**: ORDEN DE NO INNOVAR; **TERCER OTROSÍ**: SOLICITA OFICIOS QUE INDICA; **CUARTO OTROSÍ**: PATROCINIO Y PODER.

ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO

MARIA VICTORIA ULLOA BECERRA, chilena, soltera, abogada, C.I. 18.863.221-1; **FLORENCIA ÁLVEZ MARÍN**, chilena, casada, abogada, C.I. 14.206.911-3 y **KIMBERLY NICOLE IGLESIAS MORALES**, chilena, soltera, abogada, C.I. 19.110.200-2 todas domiciliadas para estos efectos en Colo-colo 379, depto 1702, comuna de Concepción, Región del Bio-bío, a SS. Itma., respetuosamente decimos:

Que, encontrándonos dentro de plazo, y de conformidad a lo establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República de Chile, y en el Auto Acordado sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de las Garantías Constitucionales, interponemos acción de protección constitucional a nombre de los/las recurrentes individualizados en la presunta de esta presentación, en contra del **MINISTERIO DE LAS CULTURAS, LAS ARTES Y EL PATRIMONIO**, representado por la Ministra Consuelo Valdés Chadwick, C.I. 4.944.145-2, o quien la subrogue, ambos domiciliados en Plaza Sotomayor N° 233; V Región de Valparaíso, ciudad de Valparaíso, con motivo de la omisión de la consulta a pueblos originarios, en el marco de **la presentación de las indicaciones sustitutivas** por el Presidente de la República y el Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio, en la tramitación del proyecto de ley que modifica la Ley 17.288 de Monumentos Nacionales, **con fecha 24 de marzo del año 2021**.

El proyecto de ley, así como las indicaciones sustitutivas presentadas, al no ser sometidos a consulta indígena, devienen en un acto arbitrario e ilegal que vulnera la garantía constitucional establecida en el artículo 19 numeral 2 de nuestra Constitución Política de la República, según los argumentos de hecho y de derecho que se expondrán a continuación:

I. EN CUANTO A LA ADMISIBILIDAD

De conformidad al párrafo 2° inciso 2° del Auto acordado sobre tramitación y fallo del recurso de protección, los presupuestos de admisibilidad para la interposición de la acción de protección constitucional son: a) que el recurso sea interpuesto en tiempo y b) que el acto

vulnere garantías constitucionales de aquellas mencionadas en el artículo 20 de la Constitución Política de la República.

En este apartado nos limitaremos a desarrollar el primer presupuesto de admisibilidad, refiriéndonos con detalle a la forma en cómo el acto vulnera garantías constitucionales en los apartados siguientes.

De esta manera y en lo que dice relación con el primer presupuesto, el Auto Acordado en comento, establece que el recurso o acción de protección deberá interponerse dentro del plazo fatal de treinta días corridos, contados desde la ejecución del acto o la ocurrencia de la omisión o, según la naturaleza de éstos, desde que se haya tenido noticias o conocimiento cierto de los mismos, lo que se hará constar en autos".

Como se señaló con anterioridad el acto denunciado y que motiva la interposición de este recurso de protección es la **omisión de consultar a los pueblos originarios de acuerdo a lo señalado por el artículo 6º del Convenio Nº 169 de la OIT**, en el marco de presentación de las **indicaciones sustitutivas** en la tramitación del proyecto de ley boletín Nº 12712-24, a través del cual se pretende modificar la ley 17.288 sobre Monumentos Nacionales, lo anterior, pese a que dicha iniciativa afecta directamente el patrimonio cultural material e inmaterial de los pueblos originarios, según pasaremos a exponer.

Que los recurrentes tomaron conocimiento de esta omisión luego que las indicaciones sustitutivas ingresadas por el presidente de la República y el Ministerio de las Culturas, las artes y el patrimonio se hicieran públicas en la página web oficial de la Cámara de diputados, con fecha **24 de marzo del año 2021**, dándosele, con la misma fecha por parte del ejecutivo, la calificación de "**suma urgencia**" a su tramitación.

De esta manera, se tiene por cumplido el primer presupuesto de admisibilidad pues, la acción de protección constitucional ha sido interpuesta dentro del plazo fatal de treinta días corridos, contados desde la ocurrencia de la omisión ya señalada en los párrafos anteriores, de cual se tuvo conocimiento con fecha 24 de marzo del presente año¹.

II. FUNDAMENTOS DE HECHO:

- a) Consulta Indígena realizada en el marco de la creación del Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio, mediante la ley 21.045.

¹ Consultar:

<https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=13243&prmBL=712712-24>

El 28 de febrero de 2018 fue publicado en el Diario Oficial el Decreto con Fuerza de Ley (DFL) que permitió la implementación del Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio, creado por la ley 21.045 (“Crea el Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio”), publicada a su vez en el Diario Oficial el 3 de noviembre de 2017. Dicha norma señala en su artículo 1° “*esta ley se regirá por los siguientes principios*”, y luego enumera y explica los principios de diversidad cultural; democracia y participación cultural; reconocimiento cultural de los pueblos indígenas; entre otros.

Esta norma fue elaborada previo cumplimiento de la obligación estatal de Consulta Indígena, iniciada mediante resolución exenta N° 2131, publicada en el Diario Oficial el 16 de junio de 2014. En dicha resolución se señala: “*Que se estima necesario realizar un Proceso de Consulta a los pueblos indígenas considerando que **el proyecto de ley que crea el Ministerio de Cultura, Arte y Patrimonio es una medida legislativa susceptible de afectar directamente los derechos e intereses de dichos pueblos***”. Criterio que, a nuestro juicio, debería haberse replicado en la elaboración del presente proyecto de ley o a lo menos, en la presentación de las indicaciones sustitutivas de parte del ejecutivo.

Luego de la realización de las etapas contempladas en la legislación chilena para la realización de la Consulta Indígena, con fecha 22 de marzo de 2015 se firmaron los 14 puntos del Acuerdo Nacional de la Consulta Previa del Consejo Nacional de la Cultura y las Artes. Entre dichos acuerdos se establece, entre otros: Incorporar un concepto de «patrimonio cultural indígena» que contemple los siguientes elementos: patrimonio cultural material, inmaterial y territorial de los pueblos indígenas que habitan el país y que surjan de la cosmovisión y la cultura viva de los pueblos originarios, de su relación con la tierra, con el medio marino y, en general, con su entorno natural; la creación de un Consejo de Pueblos Originarios, en el que estarán representados los pueblos legalmente reconocidos en Chile; la protección y el fomento, a través de políticas públicas, de la transmisión de la cultura ancestral dentro de las familias en las formas tradicionales utilizadas por los pueblos originarios; creación del departamento de Pueblos Originarios, con expresiones territoriales en todas las regiones del país y en Rapa Nui. Se acuerda también que las autoridades tradicionales deben ser reconocidas como autoridades ancestrales, de acuerdo a su linaje, ancestralidad y, en especial, atendiendo a usos y costumbres de sus propias comunidades y territorios.

La ley 21.045 fue dictada considerando dichos acuerdos, y así lo evidencia su articulado (art. 1.3; art. 2; art. 3.4 y art. 16.7, entre otros) que consideran y ponen en valor dichos acuerdos, reconociendo la existencia y particularidades de los Pueblos Indígenas, y la necesidad que sus derechos culturales sean valorados y reconocidos (art. 2). En dicha norma, se establece además (Art. 1.1) la diversidad cultural como un principio fundante, entendido como el deber de

“reconocer y promover el respeto a la diversidad cultural, la interculturalidad, la dignidad y el respeto mutuo entre las diversas identidades que cohabitan en el territorio nacional como valores culturales fundamentales”.

Se entiende, además, que la instalación y puesta en marcha del Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio no estará completa mientras no se modernice la Ley de Monumentos y, con ello, la institución del Consejo de Monumentos Nacionales que es el órgano encargado de la tuición y protección del patrimonio cultural protegido. Ambas normas, como los órganos que ellas crean, están estrechamente vinculados, y no es posible la adecuada implementación de uno sin considerar al otro.

El proceso de Consulta Indígena llevado adelante en el marco del proceso de elaboración de la ley 21.045 es, en muchos sentidos, reconocido, porque en él se generaron instancias que permitieron el diálogo y los acuerdos entre los Pueblos, y entre éstos y el Estado de Chile. Muchos de dichos acuerdos, según hemos señalado, se reflejan en el texto hoy vigente de la Ley 21.045, que crea el Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio.

b) Acerca del Proyecto de Ley

Con fecha 17 de junio del año 2019, fue ingresado a la Cámara de diputados, por mensaje del presidente de la República Nº 075-367, el proyecto de ley de patrimonio cultural para su primer trámite Constitucional, según consta en boletín 12712-24.

Según se indica en el mensaje del Ejecutivo, a través del proyecto de ley se pretende modificar la ley 17.288 sobre Monumentos Nacionales esto por considerar que al haberse *“efectuado diversas actualizaciones y modificaciones a nuestro ordenamiento jurídico”* ... *“La ley vigente se encuentra desactualizada”* ya que si bien, es del año 1970, esta consolida una *“normativa que data del año 1925 que no ha experimentado modificaciones sustanciales desde su origen”*.

De esta manera la iniciativa legislativa estaría motivada en la necesidad de garantizar la regionalización en la toma de decisiones así como de actualizar la regulación en torno al patrimonio cultural con la finalidad de que permita responder a los nuevos paradigmas de protección, contemplándose una interpretación “integral” de lo que debe entenderse por patrimonio cultural, el cual no solo debe abarcar una visión meramente monumental-material sino que también la noción de patrimonio cultural inmaterial, categorías en la cual estaría contemplado el patrimonio cultural de los pueblos originarios de nuestro país- pese a no estar expresamente mencionados por el proyecto de ley, esto por ser los sujetos que, en esencia y desde tiempos inmemoriales, resguardan y son depositarios de la más ancestral riqueza de patrimonio material como inmaterial.

Señala además el Mensaje del Ejecutivo, de junio de 2019, expresamente que” ...a poco más de un año de la entrada en funcionamiento del Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio, el presente proyecto de ley de Patrimonio Cultural viene a dar cumplimiento, al desafío planteado en el Programa de Gobierno de *instalar el Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio superando las duplicidades y dispersiones que la estructura aprobada pueda generar*”. Es decir, se presenta este proyecto de ley, como un mecanismo que permitirá implementar el Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio, lo que confirma lo que ya hemos señalado: estos cuerpos legales se complementan, y es imposible entender el uno sin el otro, pues ambos tienden a los mismos objetivos.

Durante la tramitación del proyecto de ley que pretende modificar la ley 17.288, se le califica de “urgencia simple” retirándose la misma con fecha 21 de agosto del año 2019, a través de mensaje N° 539-367.

Así, tanto al tiempo de la elaboración del proyecto de ley, como al tiempo de presentación de las indicaciones sustitutivas, según pasaremos a explicar, se omite consultar a los pueblos originarios de acuerdo al estándar establecido en el artículo 6º del Convenio N° 169 de la OIT, esto es, de **manera previa, libre e informada**, prescindiendo de su participación, aun cuando ha de tratarse de una medida legislativa que les afecta directamente, especialmente en lo que respecta a la protección de sus manifestaciones culturales y patrimoniales que le son propias.

c) Acerca de la Indicación sustitutiva

Con fecha 24 de marzo de 2021 se ingresa a la Cámara de Diputados Oficio N°019-369 del presidente de la República, de fecha 12 de marzo de 2021, que *“Formula indicación sustitutiva al Proyecto de Ley de Patrimonio Cultural”*. Dicho documento, recoge una serie de modificaciones al Proyecto de Ley que, según declara el Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio, son fruto de un proceso participativo que incorpora mesas de trabajo con expertos, representantes de instituciones y, además, sugerencias y observaciones de la sociedad civil. Así, la ministra Consuelo Valdés declaró, con ocasión de la publicación de una encuesta online sobre la nueva Ley de Patrimonio:

“Durante estos 10 meses de diálogo y escucha se han recibido aportes y puntos de vista muy valiosos. Se han confirmado de manera muy clara los ejes centrales del proyecto, como la necesidad de descentralizar la gestión del patrimonio y sumar nuevas herramientas y recursos, y al mismo tiempo han surgido propuestas que creemos enriquecerán sustancialmente la iniciativa. Por ello, hemos decidido ingresar próximamente una indicación sustitutiva que reemplazará al

*proyecto de ley original, para incorporar buena parte de estas propuestas y continuar así la tramitación legislativa”.*²

Luego, en la misma fecha de ingreso de la indicación sustitutiva en comento, se da cuenta del Mensaje 033-369 que hace presente la **urgencia Suma** del proyecto de Ley que se encuentra en primer trámite legislativo, con lo cual el Gobierno pretende acelerar su tramitación, no dando lugar alguno a una consulta previa, libre e informada.

d) Participación ciudadana: Consulta online y omisión de consulta indígena

Desde que fue ingresado a tramitación legislativa el proyecto la participación ciudadana ha sido escasa y desformalizada, lo cual ha significado una limitación a un ejercicio de participación real y efectiva que permita a la sociedad civil en general, y a los pueblos originarios en particular, incidir en el proyecto, cuestión que han venido manifestando organizaciones en diversas instancias.³ A pesar de que el Gobierno declara que el ingreso de la Indicación Sustitutiva tuvo como objetivo incorporar las sugerencias y/o observaciones que se dieron en instancias de participación, lo cierto es que hoy las organizaciones, entre ellas pueblos originarios, siguen criticando el proceso.⁴

En concreto, mediante oficio que formula Indicación Sustitutiva al proyecto de Ley de Patrimonio Cultural, se describen diversas instancias de discusión complementaria que tuvieron como objetivo incorporar sugerencias y observaciones al proyecto. Entre ellas:

1. Cinco mesas de trabajo con expertos y/o representantes de instituciones.
2. Grupos de trabajo junto con los principales órganos colegiados del Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio.
3. Invitación a la sociedad civil a “Encuentros ciudadanos: por una ley de Patrimonio Cultural”. (Enero-marzo 2020)
4. Invitación abierta a participar de la “Encuesta Online: Hacia una ley de Patrimonio Cultural”⁵ (Mayo 2020). En dicha ocasión, la misma publicación en la página web del Ministerio de Culturas declaró expresamente que:

²<https://www.cultura.gob.cl/institucional/ministerio-de-las-culturas-impulsa-encuesta-online-sobre-proyecto-de-ley-de-patrimonio-cultural/>

³ Fundamentos de hecho vertidos en el recurso de protección ROL N° 47790-2020 Corte de Apelaciones de Santiago.

⁴ Ver <https://www.biobiochile.cl/noticias/artes-y-cultura/actualidad-cultural/2021/03/26/gobierno-pone-de-nuevo-suma-urgencia-a-proyecto-de-ley-de-patrimonio-comunidades-llaman-a-oponerse.shtml>

⁵ Encuesta online recuperada de: <https://www.cultura.gob.cl/institucional/ministerio-de-las-culturas-impulsa-encuesta-online-sobre-proyecto-de-ley-de-patrimonio-cultural/>

“ Esta Encuesta Online no constituye un proceso de consulta indígena de acuerdo a lo establecido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y en el artículo 13 del decreto supremo N°66 de 2013, del Ministerio de Desarrollo Social.”*

Hasta la fecha no se han recibido las conclusiones de los encuentros ciudadanos, además, queda de manifiesto que ninguna de estas instancias de participación tiene por objetivo realizar una consulta indígena, ni satisface los estándares internacionales de consulta, como se dirá luego, y, de hecho, la autoridad expresamente niega la realización de esta en el marco de la Encuesta Online.

e) Acerca de la afectación

La ley 21.045, que crea el Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio, consagra en el artículo 1 el principio de la diversidad cultural, y señala que en virtud de éste se debe reconocer y respetar **la interculturalidad**. Ésta reconoce que existen raíces sociales y económicas estructurales que condicionan relaciones desiguales, y que es necesario atacar por medio de transformaciones profundas, que propicien un diálogo equitativo entre culturas⁶.

Los pueblos indígenas y las comunidades locales viven, crean, mantienen y ejercen conocimientos, saberes y tradiciones que son su herencia colectiva, **un patrimonio que está íntimamente ligado a su identidad cultural, su cosmovisión y sus normas consuetudinarias**, y, por tanto, **son fundamentales desde un punto de vista cultural, intelectual y espiritual para ellas**. La comunidad o pueblo que los ha desarrollado, se considera custodio o depositario de ellos y asume la responsabilidad cultural al respecto, es decir, la obligación de preservarlos, de resguardarlos frente a la apropiación indebida o al uso deformado u ofensivo.⁷

Dentro de estos conocimientos y saberes ancestrales se encuentran la forma de vida de los pueblos originarios, y la forma en que se vinculan con su entorno físico -todo lo que los rodea-, y con su entorno social -sus pares-. En este contexto, especial relevancia cobra, entre otras manifestaciones, su idioma. La lengua o idioma mapuche se denomina mapuzungun, concepto que proviene de la palabra **mapu**, que significa tierra, territorio y también la materia desde el punto de vista filosófico mapuche; y **zugun**, que significa ‘el habla’, la voz, la energía que incide en el otro para comunicarse. **Tanto la lengua mapuche, como la filosofía, el pensamiento, la religiosidad y la cultura mapuche, constituyen un gran todo inseparable, que no se puede**

⁶ Cruz (2013), p. 51

⁷ Salvador Millaleo Hernández, “Conocimientos tradicionales, pueblos indígenas y patrimonio cultural en Chile”

dividir, ni separar sus contenidos por materia, y menos en ramos a estudiar o aprender, como lo hacen desde occidente.

Los mapuche aprenden haciendo, esto es el *küme felen*, hacen cosas para aprender a vivir bien, es decir, aprenden en la praxis con los elementos de la naturaleza, en contacto con ella.

El mapuzugun es el habla de la tierra, la voz que emerge de la tierra, es el verbo, es la vibración de la materia, la palabra que responde a los sonidos del ambiente, del medio y del entorno, del sentimiento más íntimo e instintivo del ser humano que recoge la impresión y comprensión de su hábitat, que los animales bien sienten y escuchan, pero no pueden responder.⁸

Los recurrentes están de acuerdo en que es necesaria una nueva ley que conciba al patrimonio como parte del desarrollo integral del país. Existe entre ellos la convicción de que la legislación vigente está obsoleta, pues data de 1970, basada en un decreto de 1925. Coinciden en que es imprescindible adecuar la legislación vigente a los estándares internacionales. En este sentido, el proyecto de ley avanza en aspectos orgánicos, presencia territorial, toma de decisión local, categorías de protección, pues integra patrimonio material e inmaterial, y además genera un sistema de compensaciones e incentivos para proteger el patrimonio. Sin embargo, **el texto del proyecto de ley y de las indicaciones sustitutivas que dan origen a esta presentación, no satisfacen los estándares internacionales en materia de pueblos originarios, y omiten el cumplimiento de la obligación estatal de consultar a los Pueblos Indígenas cada vez que se prevean medidas susceptibles de afectarles directamente.**

En concreto, este proyecto de ley, y las indicaciones sustitutivas, afectan directamente a los recurrentes al consagrar una forma de administración y estructura orgánica que mantiene la concentración de la gestión del patrimonio y no permite que los pueblos originarios incidan en las decisiones o políticas que en virtud de esta norma se adopten, contrario a lo acordado en la consulta indígena que precedió a la creación del Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio. Esto es imprescindible, ya que cada Pueblo Originario, dependiendo del territorio en el que habita, vive su cultura y cosmovisión de forma particular y se vincula con su entorno de diferentes maneras, por lo que la protección del patrimonio requiere un importante elemento de participación que permita adoptar decisiones pertinentes culturalmente, y respetuosas de la comunidad a la que pretende proteger.

⁸ Tayiñ Mapuche Kimün, Epistemología Mapuche - Sabiduría y Conocimientos. Juan Ñanculef Huaiquinao, p. 21 - 22

Además, el texto del proyecto de ley, y las indicaciones, consagran una institucionalidad y categorías que ponen el foco en lo monumental, sin contemplar una visión integral, dinámica e intercultural del patrimonio: ¿Es lo mismo el patrimonio en la visión occidental que para los pueblos originarios? A este respecto, podemos citar las afectaciones más graves y habituales que relatan algunas de las personas y organizaciones que presentan este recurso:

- *“Esta ley de patrimonio nos afecta como pueblo, porque el Estado no nos reconoce ni reconoce nuestros territorios y su importancia para nuestra cultura. El territorio, la gente y su cultura son uno sólo, es un todo indivisible. Por lo tanto, el Estado no puede venir a adjudicarse lo que es o no es cultura para los pueblos. El Estado no puede decidir por sí sólo lo que para nosotros es “patrimonio”. El Estado junto a los empresarios nos ha despojado de lo máspreciado para nosotros como es el territorio, **sin siquiera pensar en que en esos territorios despojados está nuestra cultura viva**”.* (Jobet, miembro de la comunidad Juan Painena).

- *“En mi Comunidad hay un terreno de 7 hectáreas, en el que antiguamente estaba la cancha de palihue, donde se hacían grandes encuentros de Palin con otras comunidades. Hoy ese terreno está siendo ocupado por un particular No mapuche bajo un arriendo por 99 años. También el espacio donde estaba el antiguo Guillatuwe, el terreno fue vendido por su dueño a personas winkas que hoy viven en ese espacio. Ni hablar de los mallines y menokos que han sido consumidos por las plantaciones de eucaliptus.*

Esta ley de patrimonio no contempla las culturas de los pueblos indígenas y en particular la cultura mapuche. El Estado no puede decir qué es importante para nosotros y no sabe lo que significa para nuestro pueblo un palihue, guillatuwe, mallin, menoko”. (Héctor Epulef, comunidad Juan Cayupan Trañi Trañi, Temuco).

- *“Como organización de pueblo originario, la elaboración y dictación de una ley sobre el patrimonio nos afecta directamente. Nuestra comunidad ha perdido su ELTUN, cementerio ancestral, en manos de las inmobiliarias; así como su REWE”.* (Armando, Comunidad Francisco Huirio Lienan, Temuco).

- *“Como artesana mapuche hago todo el proceso que conlleva la lana de oveja, que es la materia prima para nuestro trabajo. Desde esquila la lana hasta el trabajo terminado. Lavamos la lana en una de las vertientes que hay en el sector. Rodeados de vegetación nativa y bajo la mirada atenta del rucapillan. Saco las hojas más verdes del boldo y del maqui para hacer el teñido de la lana. Luego de teñir la lana, la hilamos y queda lista para hacer*

diferentes cosas. Además, yo hago muñecas mapuche con la técnica de vellón. Las muñecas representan las diferentes actividades que realiza la mujer mapuche.

Como artesana de wallmapu creo que la ley de patrimonio no contempla ni promueve la cultura de ningún pueblo, es más la discrimina porque no está contemplada en esta ley. La Cultura de los pueblos no se ve protegida por esta ley ya que no reconoce que el pueblo mapuche tiene su propia cultura y por lo tanto no hay mecanismos para proteger esta cultura y fomentar el comercio justo con obras que son únicas. Esto provoca en las demás personas la poca valoración de los productos, de la cultura que le da identidad a este país. Esto abre paso a la entrada de productos extranjeros y copias de culturas de otros países. La ley de Patrimonio debe hacerse con todos los pueblos indígenas. Tenemos mucho que decir, porque somos las verdaderas poseedoras de la cultura de nuestro pueblo". (Ana Quiñenao Coliman, Fundación Artesanas Mapuche de Pucón)

- "El agua, vital elemento para la subsistencia humana, ya no es comunitaria, sino que es usada para el privilegio de unos pocos, una piscicultura que se ubicó aguas arriba, para que, luego de sacar el máximo provecho queda su cauce contaminado y es muy probable que será un río muerto o en agonía, lleno de hongos o baba y nunca más se podrá disfrutar de sus aguas como un bien libre y patrimonio de todos. Antiguamente sus aguas también eran usadas por machi, en parte de sus rituales de sanación y limpieza, como también en ceremonias." (Alina Pichilemu Quintrel, comunidad mapuche Juan Millanao Huilipan, sector Curaco).

- "Nuestra comunidad ha perdido privacidad para el desarrollo del buen vivir mapuche, a través de la expansión del área urbana. Además a través de estas mismas construcciones se perdió el ELTUN (cementerio). Estando las piezas a la vista, pero por una formalidad del Estado no se pudo seguir adelante con la protección de este ELTUN. Y es así como se cubre de cemento nuestra cultura, historia y lo principal, nuestros antepasados. Había un estero que generaba un mallín, pero con la intervención de las constructoras ya la cantidad de agua ha disminuido bastante. Igual en el menoko que ahora se ha comenzado a secar. Tenemos un REWE que colinda con las poblaciones. Para nosotros como pueblo el nguillatun es una ceremonia especial y privada; por lo tanto al estar tan cerca de poblaciones humanas, expone costumbres ancestrales privadas a desconocidos que no respetan ni valoran. Además infringen nuestra cultura grabando y fotografiando como si fuera un espectáculo. Entonces no aceptamos que quienes no conocen nuestra cultura ni la valoran, decidan por nosotros.

Esta ley de Patrimonio nos perjudica como pueblo mapuche porque no se nos ha consultado sobre lo que para nosotros es “patrimonio” y por lo tanto si no conocen lo relevante e imprescindible que es para nosotros un ELTUN, REWE, MALLIN, MENOKO etc; no puede el Estado decidir por nosotros”. (Alejandra, Comunidad Antonio Colime de Labranza).

Como queda en evidencia de los relatos transcritos, las afectaciones a las organizaciones y personas recurrentes dicen relación con diversos aspectos de su vida: la biodiversidad, espacios ceremoniales e históricos, afectación de ceremonias, valoración del trabajo artesanal, entre otros. El concepto de patrimonio para los recurrentes en particular y para el Pueblo Mapuche en general, adquiere connotaciones que no es posible percibir, menos proteger y garantizar, desde una mirada exclusivamente occidental y mono-cultural. Por eso, es imprescindible realizar un proceso de Consulta Indígena que permita no solamente cumplir con la legislación internacional y nacional sobre la materia, sino que además propicie espacios de diálogo y acuerdos, de modo que se cumplan efectivamente los propósitos de la ley y del Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio.

Así, para transformar efectivamente el patrimonio en un “elemento del desarrollo integral del país”, parafraseando el texto del proyecto de ley, necesariamente se debe respetar el derecho a participación de los Pueblos Originarios, que constituyen el 12,8% de la población que habita Chile y que se vincula con el “patrimonio cultural” de un modo diferente al general de la población. Para ellos la “cultura” es algo que está en el fundamento de su existencia. La única posibilidad de construir una ley de patrimonio que tenga un enfoque integral y con respeto a los estándares internacionales, es hacerlo mediante la participación efectiva de todos los Pueblos Originarios que habitan lo que hoy es Chile. En este sentido, **para los recurrentes resulta incomprensible que en el proceso de elaboración y dictación de la ley que crea el Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio se haya llevado a cabo un procedimiento de Consulta Indígena a nivel nacional, con gran participación**, y que concluyó con la firma de 14 puntos de acuerdo, y que el proyecto de ley sobre Patrimonio, estrechamente vinculada a la ley 21.045, tanto en su objeto como en su finalidad, se pretenda llevar a adelante sin Consulta Indígena.

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Desde hace ya un tiempo la doctrina ha sostenido que la realidad de la normativa jurídica constitucional chilena- y comparada latinoamericana- permite abordar el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos como fuentes de un sistema de protección integral. Así, cabe destacar que nuestro país, como sujeto de derecho internacional voluntariamente ha suscrito diversos tratados internacionales de derechos humanos, así como

ha concurrido a la aprobación de un sin número de declaraciones que establecen derechos a favor de las personas, entre ellos, derechos colectivos de los pueblos originarios.

En lo que respecta al alcance y relevancia de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, debemos observar lo dispuesto en el artículo 5º inciso 2º de nuestra Carta Fundamental, que establece *“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”*.

La disposición transcrita, constituye una “norma de reenvío”, ampliándose el **bloque de constitucionalidad**, a través del cual se incorporan a nuestro ordenamiento jurídico interno y, en consecuencia se reconocen como límite a la soberanía estatal no sólo los derechos fundamentales reconocidos expresamente en nuestra Carta Fundamental, sino que también en palabras de Humberto Nogueira Alcalá⁹ **aquellos reconocidos en tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes**, así como los derechos implícitos; los derechos que asegura el derecho convencional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario; los que asegura el derecho internacional a través de los principios de Ius Cogens y los que asegura el derecho internacional consuetudinario. Interpretación que también ha sido reconocida por nuestro Tribunal Constitucional en causa ROL N° 2182-2012¹⁰

1. La consulta indígena como obligación estatal.

En lo que al marco jurídico de Derechos Humanos- a nivel internacional- aplicable a los pueblos originarios se refiere, se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en ejercicio de su función consultiva, señalando que el corpus juris de los derechos aplicables a los pueblos indígenas se compone asimismo de los instrumentos internacionales (entendidos como convenciones, tratados y declaraciones), las recomendaciones y observaciones de los órganos de control de dichos instrumentos, la jurisprudencia de las cortes internacionales y finalmente la costumbre internacional¹¹.

Luego, dentro de los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos que forman parte de nuestro bloque de constitucionalidad y suscritos voluntariamente por el Estado

⁹NOGUEIRA ALCALÁ, H. “La dignidad humana, los derechos fundamentales, el bloque de constitucionalidad de derechos fundamentales y sus garantías constitucionales” en: Gaceta Jurídica N° 322, abril 2007, pág. 42

¹⁰ Tribunal Constitucional de Chile. Sentencia de 16 de octubre de 2012 dictada en causa ROL 2182-2012, que da lugar al requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido en contra del artículo 25 del Código del Trabajo en gestión ante Juzgado de letras del Trabajo.

¹¹ Opinión Consultiva (OC 18/03 del 17 de septiembre de 2003.

de Chile, resulta pertinente destacar el Convenio N° 169 de la OIT, como límite a la soberanía estatal pues se encuentra ratificado por nuestro país desde el año 2008, y en vigencia desde el 15 de septiembre del año 2009, incorporando y reconociendo una serie de derechos colectivos de los pueblos originarios, cuyo respeto y consagración viene a constituir una obligación de todos los órganos del Estado.

Dentro de los derechos colectivos que consagra este cuerpo legal, encontramos el **derecho a la consulta indígena**, específicamente en el artículo 6º al señalar que *“Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) **consultar a los pueblos interesados (...) cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente**. Además, dispone 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**”.**

En el caso que nos ocupa, la obligación estatal se ha omitido, a pesar de tratarse de una medida legislativa que les afecta directamente, negándose la posibilidad de entendimiento y solución consensuada a eventuales conflictos que pudieran derivar de esa medida entre el Estado y los pueblos indígenas. Se soslaya, de este modo, uno de los principales fines del derecho de consulta, que supone una garantía a la integridad del pueblo o comunidad indígena, quienes constantemente van definiendo sus proyectos de vida conforme a su cosmovisión, la cual por cierto ha de comprender su patrimonio cultural material e inmaterial.

2. La omisión de la participación y consulta indígena constituye un acto ilegal.

Para reforzar la idea de que la consulta indígena es **precisamente una obligación estatal**, es necesario tener en consideración el Decreto Supremo N° 66 del Ministerio de Desarrollo Social en el cual se consagran las circunstancias y parámetros bajo los cuales ha de realizarse la consulta indígena, pues a través del mismo se *“aprueba el reglamento que regula el procedimiento de consulta indígena en virtud del artículo 6 n° 1 y n° 2 del Convenio N° 169 de la OIT”*, publicado en el Diario Oficial con fecha 04 de marzo del año 2014.

Este decreto señala en su artículo 7º que deberá consultarse a los pueblos originarios, cuando se trate de medidas administrativas o legislativas- que sean **susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas**. Entendiéndose que se trata de medidas que les afectan directamente cuando *“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”

Ahondando en lo que debe entenderse por la calificación anterior, se ha pronunciado la Excelentísima Corte Suprema al señalar que se trata de medidas susceptibles de afectar directamente *“cuando se ven modificadas sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual, las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera y la posibilidad de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural”*¹²

La falta de participación y la realización de la consulta indígena en el caso que nos ocupa no solo infringe las normas señaladas precedentemente, sino que además soslaya los principios que debieran primar y permear los procesos en esta materia. Entre ellos, el principio de buena fe que de conformidad al artículo 9º del Decreto Supremo N° 66 implica para el Estado *“actuar con debida diligencia”* es decir, *disponer de medios que permitan la generación de condiciones para que los pueblos indígenas puedan intervenir en un plano de igualdad* así como uno de los requisitos esenciales del proceso de consulta reconocido en el artículo 11 del Decreto antes citado y es que este debe realizarse de **manera previa**, en circunstancias que entregue *“al pueblo indígena afectado la posibilidad de influir de manera real y efectiva en la medida que sea susceptible de afectar directamente”* Este principio es crucial, pues en el presente caso S.S Ilustrísima **no se realizó consulta indígena alguna.**

En concreto, **la falta de consulta indígena en el caso que nos ocupa, torna la presentación de las indicaciones sustitutivas y, en consecuencia, la tramitación del proyecto de ley en un acto ilegal**, esto por omitirse una obligación estatal cuya fuente normativa la encontramos en el Convenio N° 169 de la OIT, así como en el Decreto Supremo N°66 que establece los lineamientos bajo los cuales debía llevarse a cabo este proceso. En tal sentido se ha pronunciado la Excelentísima Corte Suprema, al señalar en su considerando Décimo en causa Rol 20.389-2019¹³ que *“la carencia de consulta indígena 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 dichas comunidades indígenas.”*

De esta manera, al negarse a los recurrentes su derecho a participar de forma previa, libre e informada, y en consecuencia el derecho a incidir en un proyecto de ley que les afecta directamente, deviene en una omisión arbitraria e ilegal que vulnera su derecho de igualdad ante la ley en la forma que pasaremos a exponer con posterioridad.

¹² En este sentido la Excelentísima Corte Suprema en causas Rol 16.817-2013; 817-2016 y 2025-2019.

¹³ Sentencia de fecha 09 de septiembre del año 2020 en causa Rol 20.389-2019.

3. Las indicaciones sustitutivas y el proyecto de ley en general constituyen una medida legislativa que afecta en forma directa el patrimonio material e inmaterial indígena de los y las recurrentes.

El Convenio 169 en su artículo 6 n°1 y el DS N° 66 en su artículo 7 se refieren al deber de consultar cada vez que se prevean *medidas legislativas o administrativas*. Esto incluye los casos en que se trate de un **proyecto de ley**¹⁴ o **indicaciones a un proyecto de ley**, cuestión que ocurrió en el caso de la consulta previa indígena a la indicación sustitutiva del proyecto que creó el Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio¹⁵ y que arbitrariamente decide omitirse en el proceso de tramitación del proyecto de ley que motiva la interposición de esta acción de protección.

Ahora, si bien el mensaje del proyecto de ley cita el Convenio 169, lo único que se considera del convenio es la inclusión en el artículo 39 del deber de realizar consulta indígena en caso de una “*medida administrativa prevista y adoptada por los consejos o las autoridades competentes en materia de patrimonio cultural en el ejercicio de las funciones y atribuciones de la presente ley, cuya ejecución sea susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas y/o tribales*”.

Lo anterior no exime al Estado de realizar una consulta indígena de la **medida legislativa**, no pudiendo alegar que existirá una consulta en la **ejecución de la ley** (medidas administrativas), puesto que no solo la ejecución de medidas afecta a los pueblos originarios, sino también la planificación, disposición de presupuesto para ellas, y, sobre todo, la imposición de una lógica occidental de protección al patrimonio, todo lo cual afecta directamente la cosmovisión y protección del patrimonio indígena.

Esta lógica ha demostrado ser un fracaso en construir un diálogo con los Pueblos Originarios, como fue el intento fallido de modificación de la ley indígena 19.253, que a su vez fue parte de la planificación del Plan Impulso Araucanía (inconsulta), medida calificada de “mera planificación”. Eso generó grandes conflictos al intentar “ejecutar” esa planificación, que finalmente llevó al gobierno a desistir de realizar dicha Consulta Indígena.

Otro argumento que ha utilizado el Estado para evitar la consulta indígena, es que el proyecto de ley de Patrimonio Cultural es una ley de carácter general y no regula el patrimonio indígena en particular. Sin embargo, al hablar de afectación directa, **no debe confundirse con**

¹⁴ Matías Meza-Lopehandia G (2019) *Consulta previa indígena y el proyecto de ley que reforma el Código de Agua*. Disponible en:

<https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/27275/1/BCN2019%20-%20Consulta%20previa%20ind%C3%ADgena%20y%20proyectos%20de%20ley%20-%20Aguas.pdf>

¹⁵ Otro ejemplo es la consulta indígena previa a la que fueron sometidas el año 2016 las indicaciones al proyecto de ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas.

exclusividad de la afectación. Así, el ex Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas James Anaya precisó que:

“Si se trata de medidas que afecten a los pueblos indígenas en su especificidad indígena, deben ser consultadas, aun cuando puedan tener un alcance general: La consulta se aplica incluso a medidas administrativas o legislativas de aplicación general, por ejemplo, con respecto a una nueva ley de pesca o de fomento forestal, cuando dichas medidas de algún modo afecten de manera diferenciada a los pueblos indígenas dadas sus condiciones y derechos específicos.”¹⁶

Por su parte, el artículo quinto transitorio de la Indicación Sustitutiva establece que en un plazo de un año el presidente de la República propondrá una **Ley de Patrimonio Cultural Indígena**, momento en el cual, según ha declarado el Ministerio, se realizará una consulta indígena. Sin embargo, nos parece una distinción falaz, ya que el **proyecto de ley de Patrimonio Cultural afectará el patrimonio indígena en múltiples formas.**

Luego y con la finalidad de ilustrar la afectación de los recurrentes, abordaremos algunas de las disposiciones de la indicación sustitutiva que generan precisamente una afectación directa:

a. Nueva institucionalidad establecida por la Ley de Patrimonio y nula participación de pueblos indígenas y la Corporación Nacional de Derecho Indígena (CONADI): La

indicación sustitutiva crea el Consejo Nacional de Patrimonio Cultural (7°), los Consejos Regionales de las Artes, las Culturas y el Patrimonio (10°) y las Secretarías Técnicas Regionales del Patrimonio Cultural (12°). Ninguno de estos organismos contempla la participación de los pueblos originarios, y en el caso de los Consejos Regionales ésta se traduce a 1 representante de 17 integrantes (5,8%), lo cual es mínimo considerando el porcentaje de población indígena en el país (12,4%). Así, el proyecto de ley afecta de manera importante la capacidad de control y participación de las comunidades indígenas en las decisiones que afectan al patrimonio cultural indígena.

A su vez, ninguno de los organismos contempla la participación de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI) a pesar que ésta tiene un mandato legal que incluye *“Velar por la preservación y la difusión del patrimonio arqueológico, histórico y cultural de las etnias y promover estudios e investigaciones al respecto”* (Artículo 39 letra i de la Ley 19.253). Se genera, de esta manera, un claro conflicto de competencia, minando la misión de CONADI, organismo que se crea como un acuerdo transversal con los pueblos originarios y que tiene competencia técnica especializada.

¹⁶Comentario del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con el documento titulado “Propuesta de gobierno para nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6° y 7° del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo”, Chile. Disponible en: <http://bcn.cl/240cu> (marzo, 2018).

- b. **El patrimonio cultural comprende el patrimonio cultural indígena:** Por ejemplo, el artículo 15 de la Indicación Sustitutiva define patrimonio mueble, lo cual comprende los bienes muebles provenientes de los sitios arqueológicos, así como las colecciones o piezas de los museos o entidades del Estado(...). Estos bienes están, en su gran mayoría, compuestos por artefactos pre y post hispánicos de pueblos indígenas, sin embargo, no se hace mención a la necesaria participación que debieran tener los pueblos indígenas en el resguardo de estos objetos, atendida la importancia que ellos poseen para la reactualización de su cultura e identidad, para su salud y espiritualidad.
- c. **Declaración de zonas patrimoniales:** El artículo 20 de la Indicación Sustitutiva define zona patrimonial como “*áreas o yacimientos donde existiere Patrimonio Arqueológicos y/o Paleontológico*” para efectos de mantener y potenciar sus atributos. Que el Estado tenga la facultad de constituir estas zonas donde exista patrimonio cultural indígena, y atribuirse luego la protección de ellas, constituye una afectación para los pueblos originarios que han sido guardianes ancestrales de su patrimonio. Sabido es que estos pueblos viven en dichos lugares realizando, además, actividades productivas que mantienen estrecha relación con su cosmovisión y que pudieren verse afectadas. Esto además genera tensión con los procesos de regularización de tierras y aguas, en caso que el Estado tenga un interés en declarar la zona como patrimonial.
- d. **Sobre el patrimonio inmaterial:** El proyecto de ley se jacta de incluir la regulación del patrimonio inmaterial, sin embargo, se pretende imponer de forma unidireccional un mecanismo de inscripción, sin considerar la cosmovisión en torno al patrimonio indígena, que por cierto, es colectiva y no individual, y que no distingue entre patrimonio material e inmaterial. Aquello vulnera la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural de UNESCO, ratificada y vigente en Chile, que exige al Estado el deber de: “*garantizar el acceso al patrimonio cultural inmaterial, respetando al mismo tiempo los usos consuetudinarios por los que se rige el acceso a determinados aspectos de dicho patrimonio*”. Así, una consulta indígena pudo haber incorporado aspectos de la cosmovisión y costumbre indígena para dar cumplimiento a esta normativa.

En definitiva, es ingenuo y falso sostener que el proyecto de ley y su indicación sustitutiva no afectan directamente a los pueblos indígenas, puesto que el patrimonio comprende el patrimonio cultural indígena, el cual se asimila con una visión occidental, omitiendo la consideración de las costumbres y cosmovisión de los recurrentes. Así, el acto recurrido es *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 (DS N°66)*.

4. Conculcación a la garantía de Igualdad ante la ley (Artículo 19 N°2 CPR)

El artículo 1 inc. 1° de la Constitución Política de la República dispone que *“Todas las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”*. Luego, por su parte el artículo 19 N°2 de la Carta Fundamental asegura que todas las personas *“son iguales ante la ley”*, prohibiendo luego que se establezcan diferencias arbitrarias. Esta diferenciación debe responder a criterios razonables y objetivos, de lo contrario, deviene en una discriminación arbitraria. A su vez, este principio igualitario debe entenderse a la luz de lo dispuesto en el inciso final del artículo 1° de la Constitución que establece que *“es deber del Estado (...) asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”*.

Así, si bien puede existir una diferenciación, esta debe obedecer a criterios razonables, como es el caso de una especial protección a los pueblos indígenas como ejemplo de “discriminación positiva”. La Corte IDH ha recordado la necesidad de considerar las diferencias entre los pueblos indígenas y la población en general, para efectos de cumplir con la garantía de igualdad ante la ley, señalando que:

“Los Estados deben garantizar, en condiciones de igualdad, el pleno ejercicio y goce de los derechos de las personas que están sujetas a su jurisdicción. Sin embargo, hay que resaltar que, para garantizar efectivamente estos derechos, al interpretar y aplicar su normativa interna, los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural”.¹⁷ (Artículos 24 en relación con el artículo 1.1 CADH)

Esta interpretación de los alcances reales del artículo 19 N° 2 en relación a los derechos de los pueblos indígenas se ve reforzado en nuestro ordenamiento jurídico, por una serie de normas, tanto a nivel constitucional como legislativo que vienen a explicitar el deber de acción afirmativa para garantizar los derechos de los pueblos originarios de nuestro país. Este es el caso de la ley 19.253 (también conocida como “Ley indígena”) la cual en su artículo 1° inciso final establece que *“es deber de la sociedad en general y del Estado en particular, a través de sus instituciones, de respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades”*.

En el caso de autos, al no verificarse la implementación de la Consulta Indígena en la génesis y la posterior tramitación parlamentaria del proyecto de ley, ni en la presentación de la Indicación Sustitutiva, nos encontramos frente a una omisión arbitraria e ilegal que produce una vulneración, real y efectiva, mediante la perturbación al derecho de igualdad ante la ley, por no

¹⁷ Corte IDH. Caso comunidad indígena *Yakye Axa vs Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 17 de junio de 2005, párrafo 51.

haber establecido un plano de igualdad que permitiera participar al pueblo originario Mapuche en condiciones simétricas.

Al respecto se ha pronunciado la Excelentísima Corte Suprema en causa rol Rol N° 65.349-2016. en su considerando Quinto señalando que *“conviene dejar consignado 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”*.

La garantía de igualdad ante la ley constituye la esencia del Convenio 169 de la OIT y del proceso de consulta indígena. Como medida de discriminación positiva, la consulta se justifica porque es respetuosa de la igualdad ante la ley y permite, en palabras del fallo citado recientemente, que las medidas que se adopten salvaguarden la cultura de los pueblos. Cultura que es parte integrante del patrimonio de la Nación Chilena, y por lo mismo, el Estado de Chile tiene el deber de promoverla, como lo señala explícitamente el Artículo 7 de la Ley 19.253: *“El Estado tiene el deber de promover las culturas indígenas, las que forman parte del patrimonio de la Nación chilena”*. (el resaltado es nuestro).

Sin embargo, en el caso de marras el Estado pretende modificar la normativa que regula el patrimonio de nuestro país, sin consultar a los pueblos originarios. Lo anterior vulnera además una serie de normas del Convenio 169, Por ejemplo, **el artículo 2.b** que indica: *“Los Estados deben adoptar medidas que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones”*

A su vez, **el artículo 7.1** agrega que: *“Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”*.

De esta manera, las medidas contempladas en el proyecto de ley afectan directamente a los recurrentes, en su calidad de comunidades y personas pertenecientes al pueblo Mapuche, siendo la omisión de la consulta indígena arbitraria e ilegal, lo que vulnera el derecho de los pueblos a decidir sobre su propio desarrollo y el deber del Estado de proteger y promover sus derechos culturales. Más aún, perpetúa un modelo de exclusión histórica que el Estado de Chile se ha obligado a erradicar mediante Tratados Internacionales y su propio marco normativo nacional, e impide que estos participen en un plano de igualdad.

POR TANTO,

ROGAMOS A S.S. ILTMA.; que, en mérito de los antecedentes de hecho y de derecho antes expuestos, tener por interpuesto Recurso de Protección en contra del Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio, representada por la Ministra doña Consuelo Valdés Chadwick o quien tenga su representación legal, acogerlo a tramitación, decretar las medidas que estime pertinentes para dar curso progresivo a los autos y, en definitiva, dar lugar al recurso, para que mediante este, se restablezca el Imperio del Derecho decretándose lo siguiente:

1. **Obligación de la autoridad de convocar a un proceso de Consulta previo, libre e informado a los Pueblos Indígenas,** en relación al proyecto ley de Patrimonio Cultural de acuerdo a lo previsto en el Convenio 169 de la OIT y el Decreto Supremo N° 66 sobre Consulta Indígena;
2. Que dicho proceso consultivo contemple todas aquellas disposiciones contenidas en el proyecto de ley, así como las indicaciones sustitutivas susceptibles de afectación directa a los Pueblos Indígenas; y,
3. Que se acoja la recomendación de la Comisión IDH en cuanto a: “Abstenerse de promover iniciativas legislativas y/o avances en la implementación de proyectos productivos y/o extractivos en los territorios de los pueblos indígenas durante el tiempo en que dure la pandemia, en virtud de la imposibilidad de llevar adelante los procesos de consulta previa, libre e informada (debido a la recomendación de la OMS de adoptar medidas de distanciamiento físico) dispuestos en el Convenio 169 de la OIT y otros instrumentos internacionales y nacionales relevantes en la materia.”¹⁸

PRIMER OTROSÍ: Rogamos a SS. ILUSTRÍSIMA tener por acompañado los siguientes documentos:

¹⁸ Recomendación contemplada en el párrafo 57 de resolución N° 1/2020 de fecha 10 de abril del año 2020, emitida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

1. Resolución exenta N° 2131, publicada en el Diario Oficial el 16 de junio de 2014, que convoca a consulta indígena en el marco de discusión de la ley 21.045 que crea el Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio.
2. Copia mensaje del presidente de la República N° 075-367, a través del cual ingresa el proyecto de ley de patrimonio cultural, según consta en boletín 12712-24.
3. Copia oficio N° 019-369 del presidente de la República y el Ministerio de las Culturas, las artes y el patrimonio a través del cual se *“Formula indicación sustitutiva al Proyecto de Ley de Patrimonio Cultural”*
4. Certificado electrónico emitido por CONADI, Ministerio de Desarrollo Social y Familia donde consta la personalidad jurídica vigente de la comunidad indígena Antonio Coliné de la cual la recurrente Alejandra Cona Queuputru es presidenta.
5. Certificado electrónico emitido por CONADI, Ministerio de Desarrollo Social y Familia donde consta la personalidad jurídica vigente de la asociación indígena Newen ka Kimün de la cual la recurrente Alina Del Carmen Pichilemu Quintrel es presidenta.
6. Certificado electrónico emitido por CONADI, Ministerio de Desarrollo Social y Familia donde consta la calidad indígena de Ana María Quiñenao Coliman, presidenta del recurrente Fundación de Artesanas Mapuches de Pucón.
7. Certificado electrónico emitido por CONADI, Ministerio de Desarrollo Social y Familia donde consta la personalidad jurídica vigente de la comunidad indígena Francisco Huirio Lienan de la cual el recurrente Armando Curihual Nahuel es presidente.
8. Certificado electrónico emitido por CONADI, Ministerio de Desarrollo Social y Familia donde consta la calidad indígena de la recurrente Cecilia Caniumán Ancalef.
9. Certificado electrónico emitido por CONADI, Ministerio de Desarrollo Social y Familia donde consta la personalidad jurídica vigente de la comunidad indígena Juan Cayupan de la cual el recurrente Héctor Alberto Epulef Zavala es presidente.
10. Certificado electrónico emitido por CONADI, Ministerio de Desarrollo Social y Familia donde consta la personalidad jurídica vigente de la comunidad indígena Ignacio Cayupan Tradicional de la cual la recurrente Maria Cristina Millaray Llanquileo Romero es presidenta.
11. Certificado electrónico emitido por CONADI, Ministerio de Desarrollo Social y Familia donde consta la personalidad jurídica vigente de la comunidad indígena Juan Painenao de la cual la recurrente Jobet Gissela Coliqueo Neilaf es presidenta.
12. Certificado electrónico emitido por CONADI, Ministerio de Desarrollo Social y Familia donde consta la calidad indígena de Joaquin Meliñir Huaiquillan, presidente de Sociedad de Turismo Mapuche de la Araucanía A.G.

13. Certificado electrónico emitido por CONADI, Ministerio de Desarrollo Social y Familia donde consta la personalidad jurídica vigente de la comunidad indígena Ignacio Huenchullan de la cual la recurrente Magdalena Silva Pailahueque es presidenta.
14. Certificado vigencia personalidad jurídica de la Corporación Instituto Nacional de la Lengua Mapuche Mapuzuguletuaiñ emitido por el Servicio de Registro Civil e identificación.
15. Certificado electrónico emitido por CONADI, Ministerio de Desarrollo Social y Familia donde consta la calidad indígena de Paula Onesima Huenumilla Herrera presidenta del recurrente Corporación Instituto Nacional de la Lengua Mapuche Mapuzuguletuaiñ
16. Certificado electrónico emitido por CONADI, Ministerio de Desarrollo Social y Familia donde consta la personalidad jurídica vigente de la comunidad indígena Antonio Cotaro de Millelche de la cual la recurrente Myriam Yasmín Velásquez Painén es socia.
17. Certificado electrónico emitido por CONADI, Ministerio de Desarrollo Social y Familia donde consta la calidad indígena de la recurrente Myriam Yasmín Velásquez Painén.
18. Certificado electrónico emitido por CONADI, Ministerio de Desarrollo Social y Familia donde consta la personalidad jurídica vigente de la asociación indígena Ad Kimvn de la cual María Inés Colimil Namoncura es presidenta.
19. Certificado electrónico emitido por CONADI, Ministerio de Desarrollo Social y Familia donde consta la personalidad jurídica vigente de la comunidad indígena Juan Agustin Porma Llancao I de la cual el recurrente Mauricio Enrique Cayunao Coloma es presidente.
20. Certificado electrónico emitido por CONADI, Ministerio de Desarrollo Social y Familia donde consta la calidad indígena de la recurrente María Jeannette Paillán Fuentes, presidenta de la organización Festival Internacional de Cine y las Artes en Wallmapu Fic Wallmapu.
21. Certificado electrónico emitido por CONADI, Ministerio de Desarrollo Social y Familia donde consta la personalidad jurídica vigente de la comunidad indígena Manuel Antimilla Wuecheque Wentxu.
22. Certificado electrónico emitido por CONADI, Ministerio de Desarrollo Social y Familia donde consta la calidad indígena del recurrente Cristian Antimilla Pañicu.
23. Certificado electrónico emitido por CONADI, Ministerio de Desarrollo Social y Familia donde consta la calidad indígena de Jakelin Curaqueo Mariano, presidenta del recurrente Centro de estudios e investigaciones comunidad de historia Mapuche.

SEGUNDO OTROSÍ: SOLICITAMOS a S.S Ilustrísima que, en base a los antecedentes de hecho y de derecho expuestos en lo principal de esta presentación y, atendido el actual escenario

de emergencia sanitaria, así como las constantes modificaciones en torno a la calificación de la tramitación del proyecto de ley boletín N° 12712-24, las cuales han mutado de “suma urgencia a urgencia simple” en menos de un mes, generando mayor incertidumbre y desinformación entre los recurrentes y personas pertenecientes a pueblos originarios. Se sirva conceder orden de no innovar y en consecuencia ordenar suspender de forma inmediata la discusión del proyecto de ley e indicaciones sustitutivas presentadas en él mismo, mientras se resuelve el presente recurso de protección.

TERCER OTROSÍ: Sírvase S.S Ilma. disponer que se despache oficio a la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, a fin de que:

1. Se pronuncie, al tenor de la presente acción de protección constitucional, sobre el contenido de la facultad indicada en el artículo 39 letra i) de la ley 19.253 esto es *“velar por la preservación y la difusión del patrimonio arqueológico, histórico y cultural de las etnias y promover estudios e investigaciones al respecto”*
2. Remita, si es el caso, los antecedentes que se encuentren en su poder, relativos al cumplimiento de dicha facultad para con el proyecto de ley boletín N° 12712-24 que pretende modificar la ley 17.288 sobre Monumentos Nacionales.

CUARTO OTROSÍ: ROGAMOS A V.S ILUSTRÍSIMA. Tener presente que, en nuestra calidad de Abogadas habilitadas para el ejercicio de la profesión, asumimos personalmente el patrocinio de este recurso, compareciendo en beneficio de las/os recurrentes, en mérito de lo dispuesto en el numeral 2 del auto acordado de la Excma. Corte Suprema, sobre tramitación y fallo del recurso de protección.