

C.A. de Concepción

xsr

Concepción, veintiséis de octubre de dos mil veinte.

VISTO:

En estos antecedentes Rol Corte 22462-2019 comparece deduciendo recuso de protección Alejandro Navarro Brain, Senador de la República y Presidente de la Comisión de Derechos Humanos, y lo hace en favor de Carmen Rosa Paine Tranamil, werken mapuche; de Abel Marilao y de la Asociación Indígena de Butalebún de Alto Biobío, todos domiciliados para estos efectos en Las Heras 305, en Penco, Región del Biobío.

Endereza el recurso en contra de la Dirección Regional de Aguas de la Región del Biobío, representada por Mauricio Melo Acuña, ingeniero agrónomo, o su subrogante legal, todos domiciliados en Calle Prat N°501, piso 6, Concepción.

El fundamento del recurso lo constituye la dictación por parte de la Dirección General de Aguas de la Resolución Exenta N° 000669, de 3 de julio de 2019, que establece bases del remate de los derechos de agua que indica, sobre las aguas superficiales y corrientes del Río Queuco, comuna de Alto Biobío, Provincia y Región del Biobío, remate que de llevarse a cabo atentaría contra el sistema de creencias y la propiedad ancestral mapuche pehuenche, vulnerando principalmente el derecho a la igualdad ante la ley de los recurrentes.

Refiere que el artículo 142 del Código de Aguas ordena que “Si dentro del plazo de seis meses contados desde la presentación de la solicitud, se hubieren presentado dos o más solicitudes sobre las mismas aguas y no hubiere recursos suficientes para satisfacer todos los requerimientos, la Dirección General de Aguas, una vez reunidos los antecedentes que acrediten la existencia de aguas disponibles para la constitución de nuevos derechos sobre ellas, citará a un remate de estos derechos. Las bases de remate determinarán la forma en que se llevará a cabo dicho acto. La citación se hará mediante un aviso, publicado en extracto en un matutino de Santiago y en un diario o periódico de la comuna, provincia o capital de la región en que se encuentra ubicada la sección de la corriente o la fuente natural en la que se solicitó la concesión de derechos. En dicho aviso se indicarán la fecha, hora y lugar de la celebración de la subasta, debiendo mediar, a lo menos, diez días entre la última publicación y el remate. La Dirección General de Aguas comunicará por carta certificada los antecedentes antes señalados, a los solicitantes que dentro del plazo establecido en el inciso primero del presente artículo, hubieren presentado solicitudes sobre las mismas aguas involucradas en el remate. La misma notificación podrá efectuarla a la respectiva organización de usuarios. En estos avisos y las comunicaciones señaladas, la Dirección General de Aguas deberá señalar el área que queda comprometida, desde el punto de vista de la disponibilidad para la constitución de nuevos derechos de



aprovechamiento de aguas una vez que se adjudiquen los derechos involucrados en el remate. La omisión del envío de la carta certificada a que se refiere el presente inciso no invalidará el remate respectivo, sin perjuicio de hacer efectiva la responsabilidad del funcionario que incurrió en tal omisión. El remate deberá llevarse a cabo cuando estén resueltas todas las oposiciones a que se refiere el inciso 2° del artículo anterior. El Director General de Aguas podrá ordenar la acumulación de los procesos”. A su vez, el artículo 143 del mismo Código establece que “Las ofertas se efectuarán sobre la base de un precio al contado; sin embargo, el o los adjudicatarios podrán pagar el valor de la adjudicación en anualidades iguales y en un plazo que no exceda de diez años. Las bases de licitación establecerán los antecedentes y condiciones que el Director General de Aguas estime conveniente, los reajustes e intereses que se aplicarán al saldo del precio y las cauciones y garantías que se estimen pertinentes. Estas condiciones se incluirán, en todo caso, en el extracto a que se refiere el artículo anterior. Las bases establecerán también, las sanciones por incumplimiento de las condiciones específicas que se exijan a los adjudicatarios”.

Añade que en la zona donde se ubica el Río Queuco, es parte de territorio Mapuche pehuenche el Alto Biobío, y por lo tanto, las aguas que se pretende rematar, son de propiedad ancestral de los indígenas de la zona. La propiedad indígena ancestral ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional como una “especie de propiedad”, de acuerdo al artículo 19 N° 24 de la Carta Magna, y que no necesariamente coincide en los hechos con la propiedad inscrita, lo que no significa que no exista, sino que obliga al Estado a determinar y restituir tal propiedad.

Explica luego que el Río Queuco es parte de la forma de vida, costumbres y filosofía (cosmovisión) del pueblo pehuenche. Según la cultura mapuche, en el Río Queuco habitan distintos seres espirituales, como el Ruyunmalen (espíritu femenino de cabellos largos), el Ñurrivilo (zorro culebra), la Chalwa (peces) y distintas entidades, que forman parte de la vida de los mapuche pehuenche, de su mongen, seres con los cuales conviven a los que escuchan, y que forman parte de las aguas del leufu (río). Las machi señalan que para bañarse en el río debe haber una ceremonia previa, en la cual se ofrendan elementos al río, sin poder bañarse entre las 06:00 am y las 15:00 pm, porque a esas horas se manifiestan esos seres, y el río es de ellos. También, en el Río hay lawen (medicinas), como el llaupangue, el chilco, la raíz de nalca. El río es un canal de las buenas energías del universo, representadas en la bandera pehuenche de color azul, como el agua, el océano, y la infinitud del universo.

De manera que previo al llamado a remate de las aguas, el Estado, por lo bajo, debió realizar una consulta indígena previa, pues hay una afectación directa a los pueblos indígenas. En la legislación internacional, la propiedad indígena pone a Chile en el deber de



determinar y restituir la propiedad ancestral de los indígenas, y debió haberse realizado consulta para determinar de qué manera el Estado podría considerar esos derechos e intereses. La consulta indígena se erige como un mecanismo motivado en el derecho a la igualdad, como medida de discriminación positiva, y hoy se halla amparada en el Convenio 169 de la OIT. El deber jurídico del Estado de consultar a los pueblos indígenas cuando tramita normas legislativas y/o administrativas que afectan a tales pueblos, es una obligación de rango constitucional, y se ha incorporado plenamente como nueva norma que modifica la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional tras la ratificación del Convenio 169 de la OIT. Los derechos indígenas, a la propiedad, al medio ambiente, al trabajo y la seguridad social, al manejo de los recursos naturales, etcétera, tienen estándares distintos de aplicación a los pueblos y personas indígenas. La no aplicación de esos estándares especiales, vulnera el derecho a la igualdad ante la ley, pues con ello se niega esa diferencia, y se asimila a los pueblos y personas indígenas a la sociedad mayor, provocando la extinción cultural de los pueblos indígenas. El deber de consultar está establecido en tratados internacionales ratificados por Chile, como ser el Convenio 169 de la OIT, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en la jurisprudencia de los órganos autorizados de la Convención Americana de Derechos Humanos y de la Convención Para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial. Y en apoyo a su pretensión, cita pasajes de esa legislación y jurisprudencia.

Estima que la omisión es no consultar la medida administrativa Resolución Exenta N° 000669, de 03 de julio de 2019, de la DGA de la Región del Biobío, y la acción es continuar tramitando administrativamente el remate de las aguas. La arbitrariedad está determinada por qué no se ve la razón de que esta medida administrativa no haya sido consultada, si el Convenio 169 de la OIT está plenamente vigente desde el 2009. Parecería una mala excusa el hecho de que el Código de Aguas no establece expresamente la consulta, toda vez que el Convenio 169 es una norma paralela, y que el remate no exime al Estado del deber de consultar.

Denuncia vulnerada la garantía constitucional establecida en el artículo N°19 numeral 2 de la Constitución Política de la República. No realizar la consulta, les discrimina; es una mordaza contra los derechos indígenas; les someten a colonialismo jurídico, decidiendo a puertas cerradas respecto de derechos ajenos, desempoderando a los pueblos y condenándolos a padecer medidas administrativas que carecen de su visión.

Pide que se acoja este recuso de protección, con costas; que se deje sin efecto la Resolución Exenta N° 000669 de 03 de julio de 2019 de la DGA de la Región del Biobío por no haberse realizado consulta



indígena, y que se ordene que antes de dictarse el nuevo decreto sobre bases del remate de las aguas referidas, se realice la consulta o el mecanismo de consentimiento de acuerdo al derecho internacional.

Informó el recurso el Ministerio de Desarrollo Social y Familia, a través de su fiscal Andrés Valenzuela Concha.

Relativamente a la procedencia de la consulta indígena, explicó el marco normativo y competencias de ese Ministerio en la consulta. Atendido lo señalado por el Convenio N°169 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, la Consulta Indígena es un mecanismo de participación basado en el diálogo entre el Estado y los pueblos indígenas, que surge necesariamente cada vez que deban adoptarse medidas legislativas o administrativas, susceptibles de afectarlos a ellos directamente, para efectos de alcanzar un acuerdo o lograr el consentimiento de las medidas propuestas. Conforme lo dispone el último párrafo del inciso primero del artículo 13 del Decreto Supremo N° 66, del año 2014, que aprueba el Reglamento que regula el procedimiento de Consulta Indígena en virtud del artículo 6 N° 1 letra a) y N° 2 del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, a saber, el proceso de consulta se realizará de oficio cada vez que el órgano responsable prevea la adopción de una medida susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas en los términos del artículo 7° de ese reglamento. Para efectos de lo anterior, podrá solicitar un informe de procedencia a la Subsecretaría de Servicios Sociales del Ministerio de Desarrollo Social, la que tendrá un plazo máximo de 10 días hábiles para pronunciarse”. El Reglamento, en su artículo 7, define y precisa qué se entiende por medidas legislativas y medidas administrativas: “Son medidas legislativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas los anteproyectos de Ley y anteproyectos de Reforma Constitucional, ambos iniciados por el Presidente de la República, o la parte de éstos 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”. Y, por otra parte, señala que “Son medidas administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas aquellos actos formales dictados por los órganos que formen parte de la Administración del Estado y que contienen una declaración de voluntad, cuya propia naturaleza no reglada permita a dichos órganos el ejercicio de un margen de discrecionalidad que los habilite para llegar a acuerdos u obtener el consentimiento de los pueblos indígenas en su adopción, y cuando tales medidas sean causa directa de un impacto significativo y específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales, afectando el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras



indígenas”.

Precisado el deber de Consulta Indígena, indica que la Subsecretaría de Servicios Sociales, Ministerio de Desarrollo Social y Familia, tiene el deber de dar respuesta a los requerimientos relacionados con la procedencia de la Consulta Indígena, respecto de las medidas legislativas o administrativas que prevea adoptar o dictar el órgano de la Administración responsable de éstas. Pero desde el año 2014 a esta fecha no se ha recibido en esta Subsecretaría ninguna solicitud de la materia en consulta, proveniente de la Dirección Regional de Aguas de la Región del Biobío.

Después el informante se refiere al contenido y naturaleza de la Resolución Exenta N° 000669, de fecha 3 de julio de 2019, que motiva este recurso de protección, con el fin de analizar si ésta reúne las características de aquellas medidas administrativas señaladas en el referido Decreto Supremo N°66, de 2014, del Ministerio de Desarrollo Social y Familia. Dice que no todas las medidas serán siempre objeto de Consulta; pues además debe configurarse la susceptibilidad de afectación directa sobre los pueblos indígenas, esto es, que 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. Se excluyen del deber de Consulta todas las medidas de naturaleza reglada, es decir, todas aquellas en que no existe un margen de discrecionalidad de parte de la autoridad pública para ser adoptadas; a modo de ejemplo, las medidas dictadas en situaciones de excepción o emergencia, Dictámenes, actos de juicio, nombramientos de las autoridades y del personal, entre otras. La medida adoptada debe ser causa directa de un impacto; lo que no es más que una reiteración de lo ya prescrito en el Convenio N° 169 de la OIT, acerca de que debe ser susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas, con lo que se descartan de plano las afectaciones indirectas.

En lo referente a que la medida incida sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales, ello constituye una reafirmación de lo dispuesto en el artículo 6 N° 1 letra a) del Convenio, en comento, que establece que el Gobierno debe consultar a los pueblos interesados, a través de sus instituciones representativas, cuando prevea medidas susceptibles de afectarles directamente. En este sentido, la susceptibilidad de afectación directa que exige dicha norma, guarda estricta relación con aquellos intereses que permiten conservar y respetar tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación que mantienen aquellos pueblos con sus tierras indígenas. Adicionalmente, para que la referida Resolución Exenta pueda ser considerada como una medida administrativa, cabe analizar primeramente si dicho acto cabe dentro de la definición establecida en el artículo 7 inciso 3 del Decreto



Supremo N°66 de esa Cartera, y, para ello, se hace necesario observar detenidamente lo dispuesto en el artículo 142 del Código de Aguas, a saber “Si dentro del plazo de seis meses contados desde la presentación de la solicitud, se hubieren presentado dos o más solicitudes sobre las mismas aguas y no hubiere recursos suficientes para satisfacer todos los requerimientos, la Dirección General de Aguas, una vez reunidos los antecedentes que acrediten la existencia de aguas disponibles para la constitución de nuevos derechos sobre ellas, citará a un remate de estos derechos. Las bases de remate determinarán la forma en que se llevará a cabo dicho acto...El remate deberá llevarse a cabo cuando estén resueltas todas las oposiciones a que se refiere el inciso segundo del artículo anterior. El Director General de Aguas podrá ordenar la acumulación de los procesos”. La Dirección General de Aguas, en el marco del procedimiento de subasta de los derechos de aprovechamiento de aguas, no está facultada por ley para realizar o agregar alguna instancia en un proceso de Consulta Indígena, dado que la misma norma no contempla, en forma alguna, la posibilidad de introducir alteraciones al proceso de subasta, reflejado en las bases de remate. En este mismo sentido, se ha pronunciado la Contraloría General de la República, entre otros, en los Dictámenes N° 132, de 2001; 17.245, de 2005 y 7.390, de 2006, todos de dicho Organismo de Control, al señalar que “...al tratarse de un procedimiento reglado, y en el cual, como ya se indicó, se contemplan las oportunidades para que los interesados puedan hacer valer sus planteamientos, no son procedentes a su respecto otros trámites o instancias que los previstos al efecto en la normativa pertinente...”. De acuerdo a lo expuesto, el referido Servicio no goza de un margen de discrecionalidad suficiente para generar alternativas distintas a las preceptuadas por el legislador en esta materia, en consecuencia, la Dirección General de Aguas, no posee más alternativas que tramitar la subasta de los derechos de aprovechamiento de aguas que han sido solicitados de acuerdo a lo establecido en el artículo 142 del Código de Aguas.

En un nuevo escrito, informó que el 16 de enero de 2020, ese Ministerio fue notificado mediante correo electrónico, del Recurso de Reclamación Administrativo, relativo a los mismos hechos de este recuso, deducido por el Honorable Senador Sr. Alejandro Navarro Brain en favor de doña Carmen Rosa Paine Tranamil, de don Abel Marilao y de la Asociación Indígena de Butalelbún de Alto Biobío, con fecha 25 de septiembre de 2019.

También informó el recurso la Dirección General de Aguas a través del Director Regional del Biobío, don Andrés Esparza Vidal, y pidió el rechazo del recurso, por ser improcedente e inidóneo, fundamentalmente porque la resolución impugnada en autos, así como el procedimiento de constitución de un derecho de aprovechamiento de aguas, no se encuentran dentro de las hipótesis que plantea el legislador como de consulta indígena obligatoria, sino,



JVHHHGPNXX

por el contrario, sólo obedece al cumplimiento por parte de la Administración del ejercicio de una potestad reglada, estipulada en el Código de Aguas, la cual de modo alguno puede entenderse comprendida dentro de las hipótesis previstas para la realización de una consulta indígena.

Dijo que la Resolución D.G.A. Región del Biobío (Exenta) N° 669, de 3 de julio de 2019, fue dictada con sujeción a las normas que rigen el procedimiento administrativo, respetándose su legalidad a lo largo de toda su tramitación. El procedimiento administrativo en el cual se han tramitado las solicitudes de constitución de derechos de aprovechamiento de aguas, las cuales están sometidas a un procedimiento de remate, ordenado por la resolución impugnada mediante la presente acción de protección, no adolece de vicio alguno de legalidad, por cuanto fue dictado por funcionario competente y dentro de sus atribuciones, motivado por un antecedente o presupuesto legal, con un contenido determinado por la ley, dirigido al cumplimiento del fin previsto por el ordenamiento jurídico y precedido de todas las formas legales, por lo que no puede considerarse que exista un acto arbitrario o ilegal, que amenace, perturbe o vulnere los derechos que el recurrente estima conculcados.

También dijo que el recurso de protección no es la vía para impugnar las resoluciones de la Dirección General de Aguas. El presente recurso importa una revisión de la legalidad de un acto administrativo dictado por la Dirección, argumentando los recurrentes su disconformidad con el contenido del mismo, lo que no constituye una medida de urgencia, objeto de una acción de protección. En la especie solo resultan procedentes como medios para impugnar la Resolución N° 669, los recursos de reconsideración administrativa del artículo 136 del Código de Aguas y el recurso de reclamación judicial del artículo 137 del Código de Aguas, siendo improcedente cualquier otro recurso contemplado en la legislación.

Después el informante se refiere a la consulta indígena en un procedimiento de constitución de derechos de aprovechamiento de aguas. Dice que el título habilitante para la utilización del recurso agua (sin perjuicio de los procedimientos de regularización contemplados en los artículos transitorios del Código de Aguas), es el acto de autoridad, consistente en la Resolución de la Dirección General de Aguas, que previo al cumplimiento del procedimiento reglado, contemplado en los artículos 131 y siguientes del Código de Aguas, viene en conceder el derecho solicitado, ejercicio que solo puede ser ejercido en los términos señalado en el título habilitante. El Derecho de Aprovechamiento otorgado por acto de autoridad corresponde a un procedimiento legal, reglado en el Código de Aguas, desde los artículos 131 y siguientes, dentro de los cuales se encuentra contemplado el procedimiento de remate, en el artículo 142 y siguientes del Código de Aguas. El procedimiento administrativo concesional contempla distintas etapas,



dentro de las cuales se encuentra la consagrada en los artículos 131 y 132 del Código del ramo, consistente en la oportunidad que tienen los terceros "interesados", que se sientan perjudicados en sus derechos, para oponerse a las solicitudes de derecho de aprovechamiento, en el plazo contemplado por el artículo 132 del Código de Aguas.

En el caso particular, los actores de autos sostienen que las aguas que se pretenden rematar, son de propiedad ancestral de los indígenas de la zona y que habría sido reconocida por el Tribunal Constitucional como una especie de propiedad, de acuerdo al artículo 19 N° 24 de la Carta Magna, y que no necesariamente coincide en los hechos con la propiedad inscrita, lo que no significa que no exista, sino que obliga al Estado a determinar y restituir tal propiedad.

Añade que las solicitudes de constitución de derechos de aprovechamiento de aguas que dieron origen al remate previsto en el artículo 142 del Código de Aguas, contenidas en los expedientes código ND-0802-4094; ND-0802-4103 y ND-0802-4103, fueron debidamente publicadas, siendo opositores en dichos expedientes la CMPC CELULOSA S.A., COLBUN S.A., MADERAS CONDOR S.A.; MADERAS CONDOR S.A., COLBUN S.A., CMPC CELULOSA S.A., y MADERAS CONDOR S.A. y CMPC CELULOSA S.A., respectivamente. En dichos procedimientos no figuran como opositores los recurrentes de autos quienes pudieron hacerlo sin que nadie se los impidiese, aun cuando las solicitudes fueron publicadas conforme a la ley; siendo la oportunidad procesal correspondiente la señalada en el artículo 132 del Código del ramo, y cualquier reclamo posterior, debe necesariamente ser rechazado por improcedente y extemporáneo.

Añade que de conformidad a lo establecido en los artículos 22 y 141 del Código de Aguas, la Dirección deberá conceder el derecho de aprovechamiento de aguas, cuando se cumplan con los siguientes requisitos copulativos: que la solicitud sea legalmente admisible; que exista disponibilidad hídrica y que no se lesionen los derechos de terceros.

Dicho lo anterior, respecto a la eventual irregularidad de este Servicio, de constituir derechos de aprovechamientos de aguas, sin mediar previamente consulta a los pueblos originarios, que desde tiempos remotos habrían habitado en los territorios en que se encuentran los acuíferos y cauces en que recaen las solicitudes de derecho de aprovechamiento, en conformidad al artículo 6 letra a) del Convenio Internacional 169 de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.), indica que dicho procedimiento de participación se encuentra incorporado a nuestro ordenamiento jurídico a través del Decreto N° 66 de 2013, del Ministerio de Desarrollo Social, que aprobó el Reglamento que regula el procedimiento de consulta indígena en virtud del artículo 6 N° 1 letra a) y N° 2 del aludido tratado internacional. En razón del carácter reglado que tiene la solicitud de un derecho de aprovechamiento de aguas, este tipo de



solicitudes no se encuentra comprendido dentro de aquellas medidas administrativas que deben ser consultadas a los pueblos indígenas interesados, correspondiendo su aprobación o rechazo a la Dirección General de Aguas, conforme a la normativa específica establecida en el Código de Aguas, dentro de la cual se contempla la posibilidad de oponerse, haciendo valer los derechos que estimen convenientes, en la oportunidad contemplada en el artículo 132 del Código de Aguas.

Agrega que el recurso debe ser rechazado, asimismo, porque no existe garantía constitucional amagada por la falta de consulta indígena. La resolución impugnada en autos, así como el procedimiento de constitución de un derecho de aprovechamiento de aguas, no se encuentran dentro de las hipótesis que plantea el legislador como de consulta indígena obligatoria. La dictación de un acto administrativo tendiente a constituir un derecho de aprovechamiento, es de naturaleza reglada, sin que contenga ningún margen de discrecionalidad en donde pueda la Dirección General de Aguas decidir sobre una posición u otra. Cumpliéndose los requisitos establecidos en el artículo 140 y siguientes del Código de Aguas, el Servicio se encuentra en la obligación de constituir el derecho, o bien, ejercer el procedimiento de remate establecido en el artículo 142 del Código de Aguas, lo que se desprende de los vocablos “constituirá” y “citará” que contienen los artículos 141 y 142 del Código citado.

Además, el acto administrativo impugnado no afecta el ejercicio de las tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas, por cuanto la decisión administrativa no concierne aspectos culturales de los actores, pues solo contiene el ejercicio de una potestad reglada de la Administración.

Tampoco se puede soslayar que la resolución que finalmente constituya el derecho de aprovechamiento de aguas solicitado, deberá ser sometida al trámite de Toma de Razón por parte de la Contraloría General de la República, quien deberá efectuar el respectivo control de legalidad, y efectuar los reparos en caso que así lo considere.

Por manera que no existe vulneración alguna al artículo 19 N°2 de la Constitución Política de la República, porque el acto impugnado no se encuentra sujeto a consulta indígena para ser reglado, no existiendo por tanto, una medida de discriminación positiva en favor de los recurrentes, pues la norma no establece tal discriminación, no siendo aplicable el procedimiento de la consulta indígena.

La Dirección de Aguas acompañó a la causa los expedientes administrativos ND-0802-4094, ND-0802-4103 y ND-0802-4124.

Informó el recurso la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, CONADI, a través de su Directora Regional doña Ana Paola Hormazábal Navarrete.

Explica que la CONADI es la encargada de llevar el Registro, tanto de Comunidades, como de Asociaciones indígenas de las regiones



del Biobío, Ñuble y Maule. Que la recurrente Asociación Indígena Butalelbun de alto Biobío no existe en sus Registros. Pero si existe en sus registros la Asociación Indígena PEHUENCHE ALTO BIOBÍO BUTALELBUN, cuyo número de Registro corresponde al N°241 del Año 2014, la que se encuentra inactiva y sin directorio vigente, dado que su último directorio expiró con fecha 13 de noviembre de 2017, no haciendo llegar a esa Corporación, desde dicha fecha, acta de renovación de directorio.

Se refirió a la procedencia del mecanismo de consulta indígena. De acuerdo a lo señalado en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, deben existir mecanismos que permitan el diálogo entre el Estado y los pueblos indígenas cuando se deban tomar medidas legislativas o administrativas, susceptibles de afectar a dichos pueblos directamente, para efectos de alcanzar un acuerdo o lograr el consentimiento de las medidas propuestas, este mecanismo es la denominada Consulta Indígena.

Es el Decreto Supremo N°66 del Ministerio de Desarrollo Social (Ahora Ministerio de Desarrollo Social y Familia) del año 2014, el que establece y reglamenta el Proceso de Consulta Indígena de manera de dar ejecución a lo dispuesto en el Convenio 169 de la OIT en esta materia. El artículo 7 del Decreto en su inciso segundo determina las medidas legislativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, y en el inciso tercero señala que son medidas administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas aquellos actos formales dictados por los órganos que formen parte de la Administración del Estado y que contienen una declaración de voluntad cuya propia naturaleza no reglada permita a dichos órganos el ejercicio de un margen de discrecionalidad que los habilite para llegar a acuerdos u obtener el consentimiento de los pueblos indígenas en su adopción, y cuando tales medidas sean causa directa de un impacto significativo y específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales, afectando el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas. En su inciso final dispone que las medidas administrativas que no producen una afectación directa respecto de los pueblos indígenas no estarán sujetas a consulta, como sucede con aquellos actos que no producen un efecto material o jurídico directo respecto de terceros, como ocurre con los dictámenes, actos de juicio, constancia o conocimiento, así como los actos que dicen relación con la actividad interna de la Administración, como los nombramientos de las autoridades y del personal, el ejercicio de la potestad jerárquica o las medidas de gestión presupuestaria”.

El mismo Decreto Supremo en su artículo 14 dispone, respecto a esta Corporación, que le corresponderá promover, coordinar y ejecutar, en su caso, la acción del Estado en favor del desarrollo



integral de las personas y comunidades indígenas, especialmente en lo económico, social y cultural y de impulsar su participación en la vida nacional. Le corresponderá especialmente la coordinación y ejecución en su caso de la asistencia técnica que requieran los órganos de la Administración del Estado, señalados en el artículo 4 del presente reglamento, para la realización de procedimientos de consulta. Añade que la Corporación no ha recibido solicitud alguna de asistencia técnica relativa a proceso de Consulta Indígena sobre los hechos que son materia del presente recurso de protección.

Se trajeron lo autos en relación.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, recurso de protección es un instituto procesal de carácter extraordinario, establecido para restaurar el imperio del derecho cuando se han afectado derechos fundamentales garantizados por nuestra Constitución Política, por intermedio de un acto arbitrario o ilegal.

Requiere para su procedencia, la concurrencia simultánea de un conjunto de requisitos, a saber, la existencia de un acto o una omisión ilegal o arbitraria; que dicho acto u omisión viole, perturbe o amenace garantías que la Constitución Política de la República asegura a todas las personas, y, finalmente, que quien lo interpone se encuentre ejerciendo un derecho indubitado y que la acción constitucional se dirija en contra de quien ha causado la conculcación de un derecho garantizado por nuestra Carta Fundamental, dentro del plazo señalado por el Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema.

SEGUNDO: Que, en el caso de autos el accionar de la recorrida, que se califica de arbitrario e ilegal, por parte de la recurrente, consiste en la no realización de la consulta indígena, a que se refiere el Convenio 169 de la OIT, a las comunidades pehuenches del alto Bio Bio de la cuenta del río Queuco, previo a la convocatoria para la realización de un remate de derechos de aprovechamiento de aguas de dicha cuenca fluvial, por lo mismo se solicita dejar sin efecto la resolución exenta N° 000669, de 3 de julio de 2019, que establece bases del remate de los derechos de agua que indica, sobre las aguas superficiales y corrientes del Río Queuco, comuna de Alto Biobío, Provincia y Región del Biobío.

TERCERO: Que, tal como lo expresan, recurrente y recurrida, solicitada a la Dirección general de Aguas la concesión de derechos de aprovechamientos de aguas sobre un cauce determinado, si existen en un plazo de seis meses desde el inicio del proceso, más de dos solicitudes sobre el mismo cauce y el recurso hídrico no es suficiente, se convoca a un remate de derechos de agua, situación que se regula en los artículos 142 y 143 del Código de Aguas. Así, el artículo 142 del Código de Aguas ordena que *“Si dentro del plazo de seis meses contados desde la presentación de la solicitud, se hubieren presentado dos o más solicitudes sobre las mismas aguas y no hubiere*



recursos suficientes para satisfacer todos los requerimientos, la Dirección General de Aguas, una vez reunidos los antecedentes que acrediten la existencia de aguas disponibles para la constitución de nuevos derechos sobre ellas, citará a un remate de estos derechos. Las bases de remate determinarán la forma en que se llevará a cabo dicho acto. La citación se hará mediante un aviso, publicado en extracto en un matutino de Santiago y en un diario o periódico de la comuna, provincia o capital de la región en que se encuentra ubicada la sección de la corriente o la fuente natural en la que se solicitó la concesión de derechos. En dicho aviso se indicarán la fecha, hora y lugar de la celebración de la subasta, debiendo mediar, a lo menos, diez días entre la última publicación y el remate. La Dirección General de Aguas comunicará por carta certificada los antecedentes antes señalados, a los solicitantes que dentro del plazo establecido en el inciso primero del presente artículo, hubieren presentado solicitudes sobre las mismas aguas involucradas en el remate. La misma notificación podrá efectuarla a la respectiva organización de usuarios. En estos avisos y las comunicaciones señaladas, la Dirección General de Aguas deberá señalar el área que queda comprometida, desde el punto de vista de la disponibilidad para la constitución de nuevos derechos de aprovechamiento de aguas una vez que se adjudiquen los derechos involucrados en el remate. La omisión del envío de la carta certificada a que se refiere el presente inciso no invalidará el remate respectivo, sin perjuicio de hacer efectiva la responsabilidad del funcionario que incurrió en tal omisión. El remate deberá llevarse a cabo cuando estén resueltas todas las oposiciones a que se refiere el inciso 2° del artículo anterior. El Director General de Aguas podrá ordenar la acumulación de los procesos”. A su vez, el artículo 143 del mismo Código establece que “Las ofertas se efectuarán sobre la base de un precio al contado; sin embargo, el o los adjudicatarios podrán pagar el valor de la adjudicación en anualidades iguales y en un plazo que no exceda de diez años. Las bases de licitación establecerán los antecedentes y condiciones que el Director General de Aguas estime conveniente, los reajustes e intereses que se aplicarán al saldo del precio y las cauciones y garantías que se estimen pertinentes. Estas condiciones se incluirán, en todo caso, en el extracto a que se refiere el artículo anterior. Las bases establecerán también, las sanciones por incumplimiento de las condiciones específicas que se exijan a los adjudicatarios”.

CUARTO: Que, siendo esa la situación planteada que motivó la convocatoria a remate de derechos de aprovechamiento de agua, sostiene la recurrida que no se ha incurrido en acto ilegal o arbitrario alguno, al no someter a consulta indígena, de aquella a que se refiere el Convenio 169 de la OIT, en forma previa al remate y referido.

Sustenta su parecer en que el Decreto Supremo N°66 del Ministerio de Desarrollo Social (Ahora Ministerio de Desarrollo Social y Familia) del año 2014, es el que establece y reglamenta el Proceso de



Consulta Indígena de manera de dar ejecución a lo dispuesto en el Convenio 169 de la OIT y que, en este reglamento no se contempla la consulta indígena sino solo para aquellos actos de la administración, no reglados, como lo dispone el artículo 7 del referido DS., cuyo no sería el caso de autos, puesto que como ya se vio, se trata de una actuación regulada en el Código de Aguas, en los artículos antes transcritos. Se trata de actos en que la autoridad administrativa posee algún margen de discrecionalidad, al no estar reglado, que le permita llegar a acuerdos con los pueblos o comunidades originarias. En todo caso, se requiere que ese acto afecte la cultura, forma de vida o territorios ancestrales de aquellas comunidades.

Entonces, de acuerdo el planteamiento de la recurrida, al tratarse la concesión de derechos de aprovechamiento, por medio del remate de dichos derechos, actividad regulada en el Código de Aguas, en cuya reglamentación no se contempla la consulta indígena, sin que la autoridad tenga un margen discrecional para decretarla, no sería procedente. Consecuencialmente, el acto contra el cual se recurre no sería arbitrario ni ilegal.

QUINTO: Que, si bien lleva la razón la recurrente en cuanto a que el DS. N°66 del año 2014, del Ministerio de Desarrollo Social y Familia, que reglamento la aplicación del Convenio 169 de la OIT, lo hizo solo respecto de los actos de la administración que, por no estar reglados, le dejan al ente administrativo un margen de acción para decretar la consulta indígena que en el citado Convenio se establece, pero ello no significa que no se deba aplicar a aquellos actos de la administración que se encuentran reglados.

En efecto, entendemos la lógica del DS. N°66 citado, en cuanto en aquellos casos en que no existe regulación para el acto de la administración, se haya debido regular la convocatoria a la consulta indígena, precisamente por la ausencia de regulación se ha debido indicar en que momento y en qué condiciones se convocará a la referida consulta, uniformando y evitando así disparidad de procedimientos, incluso en un mismo órgano administrativo e igual situación fáctica.

Tratándose en cambio de situaciones regladas, como la que se nos plantea en autos, no es que se deje de aplicar la consulta, sino que ella se aplicará terminados y cumplidos todos los requisitos que la regulación propia exige, antes de dictar el acto administrativo que puede afectar a las comunidades originarias, aplicándose para ellos los plazos y las condiciones mínimas que se regulan en el citado DS. N°66 para la implementación de la consulta. Lo anterior tiene asidero en que los tratados e instrumentos internacionales de Derechos Humanos, y no cabe duda que el Convenio 169 de la OIT tenga tal carácter, no pueden dejar de aplicarse bajo pretexto de ser contrarios o no estar contempladas, por la legislación de cada país suscriptor, las situaciones que en tales instrumentos se regulan. Luego el tratado o instrumento



internacional se entiende incorporado en toda la legislación nacional de cada Estado contratante o firmante, sin que sea necesario modificar todas y cada una de las leyes nacionales, porque se entienden adecuadas tácitamente al instrumento internacional.

En el caso puntual de autos, si bien es cierto el remate de los derechos de aprovechamiento de aguas se regula en detalle en los artículos citados del Código de Aguas, ha de entenderse que cuando la concesión del derecho de aprovechamiento de aguas afecte a alguna comunidad originaria, en aspectos propios de su cultura o propiedad ancestral, se deberá efectuar la consulta a que se refiere el Convenio 169 de la OIT, resultando del todo lógico que tal consulta se efectúe antes de llevar a cabo el remate y cumplido con todos los demás requisitos propios que el procedimiento del Código de Aguas establece. Solo así se puede entender aplicable el instrumento internacional a que nos venimos refiriendo.

Lo contrario haría incurrir al Estado de Chile en responsabilidad internacional al no aplicar el citado convenio, bajo el pretexto que la ley nacional no lo contempla en este especial procedimiento.

SEXTO: Que, de lo que se viene diciendo aparece que el acto en contra del cual se recurre adolece de arbitrariedad e ilegalidad, desde que no ha hecho aplicación del Convenio 169 de la OIT, instrumento internacional que resulta ser obligatorio para todo el Estado de Chile y sus órganos. En consecuencia, es ilegal porque deja de aplicar una normativa obligatoria y, arbitrario porque las razones dadas para no aplicarla, amparándose en que el procedimiento establecido por la legislación nacional no lo contempla, carece de razonabilidad, conforme se ha venido diciendo.

Un acto de tales características afecta la garantía constitucional del derecho a la integridad psíquica de los recurrentes, desde que el acto administrativo cuestionado puede afectar las costumbres ancestrales y la cosmovisión de la comunidad afectada; así como el derecho a la igualdad ante la ley de los recurrentes, desde que en su favor existe una normativa especialmente acordada, para colocarlos en situación de equipararlos al resto de la comunidad nacional.

SEPTIMO: Que, consecuencialmente, el presente recurso de protección habrá de ser acogido como se dirá, dejándose sin efecto la resolución impugnada.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de las Garantías Constitucionales, **se declara que:**

QUE SE ACOGE, sin costas, el recurso de protección interpuesto por Alejandro Navarro Brain, Senador de la República y Presidente de la Comisión de Derechos Humanos del Senado, en favor de Carmen Rosa Paine Tranamil, werken mapuche; de Abel Marilao y



de la Asociación Indígena de Butalelbún de Alto Biobío, todos domiciliados para estos efectos en Las Heras 305, en Penco, Región del Biobío, en contra de la Dirección Regional de Aguas de la Región del Biobío, representada por Mauricio Melo Acuña, ingeniero agrónomo, o su subrogante legal, todos domiciliados en Calle Prat N°501, piso 6, Concepción, **en consecuencia**, se deja sin efecto la resolución exenta n°000669, de 3 de julio de 2019, que establece bases del remate de los derechos de agua que indica, sobre las aguas superficiales y corrientes del Río Queuco, comuna de Alto Biobío, Provincia y Región del Biobío, debiendo la recurrida, en forma previa, cumplir con la convocatoria de consulta a las comunidades originarias que puedan ver afectados sus derechos por el referido remate de derechos de agua, conforme se establece en el Convenio 169 de la OIT y en el reglamento del DS.n°66 del Ministerio de Desarrollo Social del año 2014, en lo que este último le sea aplicable.

Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

Se deja constancia que en el estudio de los antecedentes se hizo uso de la facultad contemplada en el artículo 82 del Código Orgánico de Tribunales.

Redacción del Ministro Hadolff Ascencio Molina.

Aunque concurrió a la vista y al acuerdo de la causa, no firma el ministro suplente Roberto Parra Alvear, por haber terminado la suplencia que servía y retomado sus funciones en su tribunal.

N°Protección n° 22.462-2019.



Pronunciado por la Sexta Sala de la Corte de Apelaciones de Concepción, integrada por el Ministro Hadolff Gabriel Ascencio Molina, la Fiscal Judicial Silvia Claudia Mutizábal Mabán y el ministro suplente Roberto Antonio Parra Alvear. No firma el señor Parra, por haber terminado la suplencia que servía y retomado sus funciones en su tribunal. Concepción, a veintiséis de octubre de dos mil veinte.

En Concepcion, a veintiséis de octubre de dos mil veinte, 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>