

PROCEDIMIENTO : ESPECIAL

MATERIA : ACCIÓN DE PROTECCIÓN

RECURRENTE : INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS
(INDH)

Nº C.I : [REDACTED]

REPRESENTANTE (1) : [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

Nº C.I : [REDACTED]

REPRESENTANTE (2) : [REDACTED]
[REDACTED]

Nº C.I : [REDACTED]

PATROCINANTE (1) : [REDACTED]

Nº C.I : [REDACTED]

AMPARADO 1 : [REDACTED]

Nº C.I : [REDACTED]

AMPARADO 2 : [REDACTED]

Nº C.I : [REDACTED]

AMPARADO 3 : [REDACTED]

Nº C.I : [REDACTED]

AMPARADO 4 : [REDACTED]

Nº C.I : [REDACTED]

AMPARADO 5 : [REDACTED]

Nº C.I : [REDACTED]

AMPARADO 6 : [REDACTED]

Nº C.I : [REDACTED]

AMPARADO 7 : [REDACTED]

Nº C.I : [REDACTED]

AMPARADA 8 : [REDACTED]

Nº C.I : [REDACTED]

RECURRIDO (1) : CONSEJO DE MONUMENTOS NACIONALES

RUT : [REDACTED]

REPRESENTANTE : [REDACTED]

LEGAL PRESIDENTA CMN, SUBSECRETARIA DEL PATRIMONIO CULTURAL

RECURRIDO (2) : CORPORACIÓN NACIONAL DE DESARROLLO INDÍGENA

RUT : [REDACTED]

REPRESENTANTE LEGAL : LUIS PENCHULEO MORALES

DIRECTOR NACIONAL

RECURRIDO (3) : ILUSTRE MUNICIPALIDAD DE PURÉN

RUT : [REDACTED]

REPRESENTANTE LEGAL JORGE RIVERA LEAL

ALCALDE DE PURÉN

EN LO PRINCIPAL: deduce recurso de protección; **PRIMER OTROSÍ:** acompaña documentos; **SEGUNDO OTROSÍ:** solicita informes; **TERCER OTROSÍ** legitimación activa; **CUARTO OTROSÍ:** notificaciones; **QUINTO OTROSÍ:** patrocinio y poder.

ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO

[REDACTED] Profesor de Historia, Jefe de la Sede Regional de la Araucanía del Instituto Nacional de Derechos Humanos, cédula nacional de identidad [REDACTED], domiciliado en [REDACTED], comuna y ciudad de Temuco, actuando en representación del **INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (INDH)**, RUT 65.028.707-K, corporación autónoma de derecho público, representado por su Director [REDACTED], abogado, cédula nacional de identidad N°

I. LOS HECHOS

A. ANTECEDENTES

El año 2003, las y los miembros de la Comunidad Jacinto Caniupán de la comuna de Purén, sufrieron la exhumación de los restos óseos de sus familiares desde un cementerio mapuche – en adelante *eltun* – ubicado en terrenos que son parte del título de merced que da origen a la Comunidad y que corresponde al N°1120 del año 1906. En dicho documento figura el reconocimiento de 150 hectáreas de tierra que durante la etapa de radicación fueron entregadas a don Jacinto Caniupán, quien es ascendiente de los y las personas en favor de las cuales se deduce el presente recurso de protección.

Por otra parte, en el Plano de Hijuelación del año 1936 correspondiente al sector Nahuelco el cual comprende a una superficie de 11.505 hectáreas y que contiene el Título de Merced N°1120, se indica el predio N° 10 de 4,5 hectáreas de propiedad de la Sra. Lorenza Leviqueo Antil, lugar donde se emplaza el *eltun*, siendo la dueña de ese sector enterrada en el mismo espacio.

Según los testimonios recabados por la Sede Regional del INDH, **los restos de los abuelos de algunos de los/as afectados se encontraban en dicho *eltun*. En particular, se menciona a familiares de [REDACTED], descendiente directo de uno de los troncos familiares que se señalan en el título de merced ya indicado, y presidente de la Comunidad Jacinto Caniupán. A mayor abundamiento, en dicho documento oficial aparece [REDACTED]**
[REDACTED] Ella es la madre de doña [REDACTED]
[REDACTED] Siendo la Señora [REDACTED] de [REDACTED]
[REDACTED] Los restos de la abuela [REDACTED] también fueron inhumados en el *Eltun*. Otro caso que fue señalado es el del abuelo de don [REDACTED]
[REDACTED] de nombre [REDACTED], quien también fue enterrado en el *eltun*.

A pesar de la existencia del título de merced N°1120 que acredita la calidad de indígenas de las tierras que en él se contemplan, en el año 2003 se inició la construcción de viviendas sociales en una parte de ellas, particularmente en aquel sector donde se emplaza el *eltun* denominado posteriormente como “Cementerio Villa Alegre 1”. En efecto, en el año 2003, la Empresa JOMAR LTDA., por mandato del Servicio Nacional de Vivienda y

Urbanismo comenzó la construcción de viviendas sociales de lo que corresponde actualmente a la Población Villa Alegre de Purén.

Fue en el proceso de construcción de dichas viviendas sociales, en que fueron hallados objetos funerarios mapuche y restos humanos considerados arqueológicos en ese momento, los cuales fueron exhumados y enviados a distintos lugares en virtud de su valor arqueológico.

El levantamiento de los restos óseos y objetos funerarios mapuche se efectuó mediante una Operación de Salvataje cuya responsable técnica fue la arqueóloga Ximena Navarro, visitadora especial del Consejo de Monumentos Nacionales -CMN- y docente de la Universidad Católica de Temuco. Tras dicha operación de salvataje, la profesional mencionada evacuó un Informe Técnico Final denominado “Resultados de la Excavación de rescate arqueológico del sitio arqueológico cementerio Villa Alegre 1” en el cual se explica, entre otras cosas, lo siguiente:

“El trabajo de terreno nos permite sostener que existe un patrón funerario definido mapuche. Este antiguo cementerio se ordena en un eje espacial este-oeste. A partir de las primeras cuatro tumbas detectadas originalmente y disturbadas por gente ajena a las obras (las fosas fueron huaqueadas) se probó abrir cuadrículas en el sector que parecía no intervenido y así se trazaron las cuadrículas de 2m x 2m hacia el este. Producto del despeje de la pala mecánica se determinó que el cementerio era extenso y posiblemente continuaba hasta la plazoleta que hoy existe y es colindante con la población.

Pudimos constatar la existencia de un conjunto numéricamente importante de tumbas, mínimo 20 concentradas en el sector donde se estaban construyendo las viviendas progresivas del SERVIU. Se trata de un hallazgo de gran relevancia cultural pues son muy pocos los sitios arqueológicos protegidos y estudiados y por lo mismo el representante del CMN regional, Arturo Rojas, gestionó con la Municipalidad y con las organizaciones mapuche del lugar, la posibilidad de mantener este sector como un espacio de reserva donde no se construyeran viviendas. Solución que aún debe tener una propuesta para este espacio y para los restos. Finalmente se excavaron 10 tumbas en total.

Los primeros rasgos identificados a partir de las tumbas saqueadas y de la delimitación de la zona de excavación mediante despeje nos permitió sugerir que se trataba de un cementerio mapuche pos hispánico, con tumbas del tipo canoas excavadas o wampos y con ajuar funerario compuesto por alfarería indígena y que el material cultural recuperado

también está compuesto por elementos de metal como cuchillos y aperos de caballo. Por lo tanto, si bien no hemos podido datar absolutamente el cementerio por un problema financiero, hemos situado temporalmente el mismo entre los siglos XVIII y XIX.” (énfasis agregado)

Más adelante, el citado informe precisa las características de las tumbas, restos óseos y material cultural encontrado en ellas, de la siguiente manera:

“Como se dijo todas las tumbas estaban dirigidas hacia el este, con la mirada de los occisos hacia la salida del sol, tenían un ajuar funerario colocado en la parte de la cabeza o posiblemente algunos en los pies, aunque este dato no pudo ser corroborado pues las condiciones de conservación no lo permiten. No obstante, junto con los adultos eran enterrados los niños ya que se conservaron los dientes.

No se identifican tumbas semejantes a las occidentales, sino que eran enterrados en canoas excavadas.

Los materiales de metal como cuchillo y dedales nos ilustran acerca de la influencia de la colonia española en el mundo mapuche, así como las chaquiras de vidrio, pero insisto, en un contexto absolutamente mapuche. También estos materiales juntos con los aperos del caballo nos permiten sostener la importancia del intercambio y la importancia del caballo ya que estos fueron enterrados con sus dueños. Asimismo, las tumbas más complejas que otras como las 2 y 3 y la 5 que corresponderían a personas con funciones importantes. En el caso de las dos primeras las dos pipas o kitras más otros restos asociados permiten también proponer la idea de que fuera representativo de un (a) machi posiblemente”.

Tomando como base el informe elaborado por la arqueóloga Ximena Navarro, se genera el Informe de Salvataje suscrito por el Consejo Asesor de Monumentos Nacionales de la IX Región denominado “Operación Salvataje: Cementerio Mapuche Población Villa Alegre de Purén” (2004). Este establecía que se había dado cumplimiento a una primera etapa correspondiente al rescate de material y restos óseos del cementerio, y posteriormente se debía cumplir con otras etapas, indicando asimismo que en el lugar del hallazgo se dejó sin construir, por una solicitud efectuada por el Municipio de Purén, la Asociación de Comunidades Autónomas mapuche Nahuelbuta de Purén y el Consejo Asesor de Monumentos Nacionales al SERVIU y a la Empresa constructora Martabid Ltda., **con el objetivo de reconocer el lugar como de especial relevancia cultural y que con posterioridad se iba a diseñar e implementar el lugar como sitio conmemorativo.**

En efecto, en el mencionado informe se señalan acciones que se debían realizar a futuro a fin de asegurar condiciones de resguardo y puesta en valor del “material cultural rescatado” y destino de restos óseos. A mayor abundamiento, en el acápite “III) Propuesta General de Acciones para Continuar el Proceso” se precisa que en el caso del salvataje del cementerio mapuche de la Población Villa Alegre de Purén se ha cumplido una etapa de rescate que debe ser complementada con otras sucesivas de:

“Protección: Conjunto de elementos y accionar destinados a defender o cuidar el valor del material rescatado y los restos óseos. En este caso específico se deberá contar con un lugar apropiado de guarda con adecuadas condiciones de temperatura sin desempacar los objetos. Punto en valor: La puesta en valor significa relevar las cualidades de los objetos rescatados. En este caso la puesta en valor deberá postergarse hasta que se reúnan las condiciones adecuadas de seguridad exhibición del material cultural.

Tratamiento del sitio o espacio conmemorativo: El lugar de hallazgo se dejó sin construir por una solicitud hecha a SERVIU y Empresa Constructora Martabid Ltda. Por parte del Municipio de Purén, Asociación de Comunidades Autónomas Mapuche Nahuelbuta de Purén y Consejo Asesor de Monumentos Nacionales IX Región.

Con este hecho se manifestó de manera concreta la intención de todas las instancias involucradas en el hallazgo de reconocer el lugar como de especial relevancia cultural tanto para los mapuche, como no mapuche.

El paso siguiente que corresponde en un futuro cercano es el diseño e implementación del lugar como un “Sitio Conmemorativo” a partir inicialmente de una obra factible de realizar, como lo sería una plazoleta en donde se instale una referencia al hallazgo allí realizado.
(énfasis agregado)

Patrimonio: Conjunto de bienes heredados de padres, abuelos y antepasados que una persona o un grupo posee. “El patrimonio cultural de un grupo humano está integrado por diversas manifestaciones y/o expresiones pasadas y presentes tangibles o intangibles que son representativos, singulares, significativos y trascendentes de una sociedad” (Cuaderno de trabajo CMN)

La puesta en valor del patrimonio: El patrimonio cultural es un legado frágil que se puede deteriorar, destruir, olvidar, desaparecer, robar, alterar, etc., por lo cual es necesario valorar y reconocer manifestaciones del quehacer de un determinado grupo humano para luego proteger, difundir y conservar lo hecho ya sea por generaciones pasadas o presentes en este grupo de personas.”

B. HECHOS QUE MOTIVAN EL PRESENTE RECURSO DE PROTECCIÓN

Hasta la fecha, las acciones de restitución de osamentas indígenas, protección y puesta en valor del patrimonio hallado en el *ELTUN* o Cementerio Mapuche de la comunidad Jacinto Caniupán, y que debían realizarse tras la operación de salvataje desarrollada en el año 2004, no se han llevado a cabo.

Actualmente el lugar del hallazgo arqueológico, se mantiene sin construcción de viviendas, pero ha sido clasificada como “*área de reserva de propietario*” siendo actualmente el propietario el Comité de Vivienda Villa Alegre de Purén. En dicho lugar, que según el Plano de Modificación de loteo 127 viviendas acogido al DFL N° 2 Fondos Concursables, aprobado el 26 de agosto de 2009 por la Dirección de Obras Municipales de Purén, corresponde a un área de 1,081 metros cuadrados, se han instalado juegos para niños y un monolito que según los afectados fue instalado por la misma Municipalidad. Asimismo, el lugar ha sido ocupado por los vecinos/as que viven alrededor para su uso particular como estacionamiento o para dejar leña.

A continuación, se presenta registro fotográfico capturado por funcionarios del INDH, con fecha 04 de julio de 2022.

Figura 1: Vista panorámica del lugar en que se encontraron restos arqueológicos y



restos óseos.

Figura 2 y 3: Juegos infantiles instalados en el lugar



Figura 4: Monolito instalado en el lugar

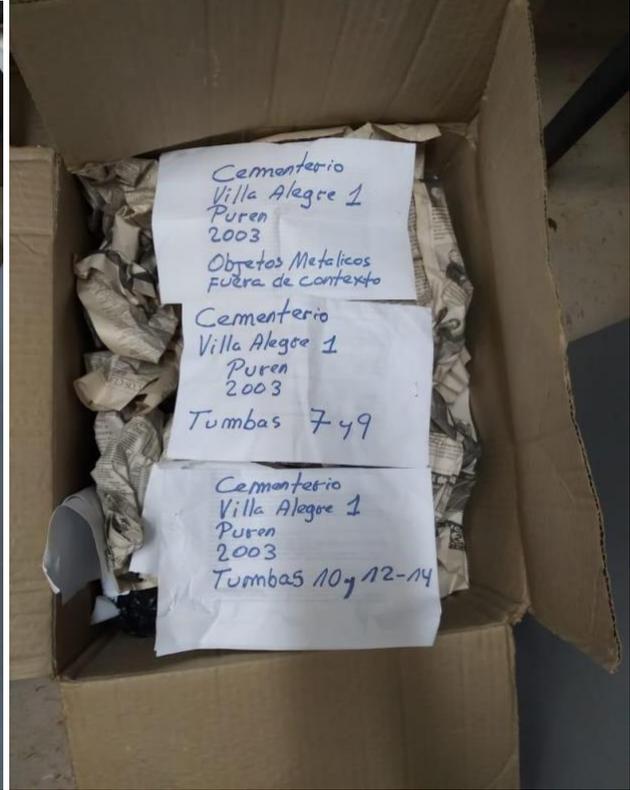


Figura 5: Espacio ocupado por vecinos/as del lugar para dejar leña.



Los restos óseos levantados el año 2004 desde el *eltun*, fueron enviados al Museo Regional de la Araucanía y finalmente trasladados al Museo de la comuna de Purén, donde permanecieron almacenados en cajas de cartón por muchos años, tal como se pudo constatar en visita realizada por funcionarios y funcionarias de la Sede Regional del INDH en una observación realizada el día 30 de septiembre del año 2021, oportunidad en la que pudieron registrarse las siguientes imágenes.

Figuras 6 a 12: Imágenes del Museo Mapuche de Purén y cajas en que se almacenaban restos arqueológicos





Fuente: INDH (30.09.2021)

En los últimos meses, dichos restos óseos fueron objeto de revisión y análisis por estudiantes de antropología física de la Universidad de Concepción quienes pudieron constatar el mal estado de conservación en el que se encontraban, tal como se explicará en acápite posterior.

En consecuencia, el primer hecho que motiva el recurso de protección, **es que a la fecha, no se ha hecho la restitución o devolución de los restos mortíferos de familiares directos de miembros del Lof Jacinto Caniupán que se encontraban enterrados en el *eltun* de la comunidad y que fueron exhumados el año 2004, pero que en la actualidad se encuentran en el Museo de Purén, no en exhibición, sino almacenados en cajas de cartón, sin las condiciones necesarias para su conservación en el tiempo, y sin ser devueltos a la comunidad, a pesar de haber sido solicitado por esta.**

Asimismo, **el segundo hecho que se denuncia mediante esta acción de protección es la falta de tratamiento al sitio en el cual se realizó el hallazgo de las osamentas y artículos funerarios mapuche, el que a la fecha se mantiene sin ningún tipo de protección, ni reconocimiento como sitio conmemorativo y/o de significación cultural y espiritual para el pueblo mapuche, a pesar de la existencia de compromisos de las instituciones recurridas relacionadas con ello.**

A mayor abundamiento, y a raíz de las preocupaciones expresadas por la Comunidad Jacinto Caniupán, mediante Ord. N°3441 de fecha 27 de agosto de 2012, el Secretario Ejecutivo del Consejo de Monumentos Nacionales [REDACTED], habría consultado al ex alcalde la Ilustre Municipalidad de Purén, sobre el cumplimiento de los compromisos relativos a la puesta en valor del *eltun*, pues hasta esa fecha no habían ocurrido avances en la materia. Al respecto, el mencionado oficio Ord. N°3441 indicaba que *“la situación al día de hoy es que no se ha construido la placa conmemorativa y sobre este sitio se han instalado juegos infantiles, habiendo además algunos de los vecinos incorporado –de hecho- parte de estos terrenos a los patios de sus casas”*, situación que subsiste hasta el día de hoy, tal como se puede apreciar a partir de las fotografías adosadas al presente recurso de protección.

C. SOBRE DENUNCIAS EFECTUADAS POR LA COMUNIDAD JACINTO CANIUPÁN PARA OBTENER LA RESTITUCIÓN DE LOS RESTOS ÓSEOS DE SUS FAMILIARES Y LA PROTECCIÓN DEL *ELTUN* Y SUS RESULTADOS

Durante los últimos meses, la Comunidad Jacinto Caniupán ha insistido en sus demandas relativas al *eltun*.

El día 14 de enero de 2022, en la Comunidad Jacinto Caniupán de Purén se llevó a cabo una reunión en la cual participaron personas pertenecientes a la Comunidad y representantes de la Ilustre Municipalidad de Purén, de la Junta de Vecinos Villa Alegre, del Consejo de Monumentos Nacionales, del Servicio de Vivienda y Urbanismo y del Instituto Nacional de Derechos Humanos. En dicha reunión no hubo representantes de la CONADI, aun cuando, habrían sido invitados a la misma.

En la reunión, los representantes de las instituciones públicas informaron sobre la situación del *eltun*, dando cuenta de que la porción del terreno en que se realizaron las excavaciones es de propiedad del Comité de Vivienda Villa Alegre, mientras que los representantes de la Comunidad Jacinto Caniupán solicitaron la devolución de todas las osamentas y artículos extraídos del *eltun*, con el objetivo de volver a inhumarlos en base a sus propias prácticas culturales. Además, solicitaron que el terreno en el cual se construiría el sitio de memoria pase a nombre de la Comunidad, dando a conocer su molestia por la instalación de juegos infantiles, pues sus familiares fallecidos son merecedores de respeto,

dando cuenta del sufrimiento que han padecido los miembros de la Comunidad por la situación del *eltun*. En tanto, desde las instituciones públicas se hizo mención a la disposición por parte del Comité de Vivienda Villa Alegre para vender el sitio ya señalado.

Con fecha 17 de febrero de 2022, el Jefe de la Sede Regional del Instituto Nacional de Derechos Humanos, Federico Aguirre Madrid, sostuvo una reunión presencial en dependencias de la Subdirección Sur de la CONADI, con la encargada (s) de la Unidad de Cultura y Educación y con la Jefa de Gabinete de la Directora de la Subdirección Sur CONADI, en la cual se les informa sobre las graves afectaciones ocasionadas con motivo de la intervención en el *Eltun* de la Comunidad Jacinto Caniupán de Purén, tras la construcción de viviendas sobre él y la exhumación de los cuerpos y objetos funerarios mapuche en el año 2003.

En dicha reunión se abordó la necesidad de establecer acciones de reparación que permitan resarcir el daño al patrimonio material e inmaterial ocasionado a los miembros de la Comunidad Jacinto Caniupán, incluida la devolución de osamentas, por lo que se acuerda que CONADI convocará en el mes de marzo de 2022 al Servicio de Vivienda y Urbanismo, la Ilustre Municipalidad de Purén y al Consejo de Monumentos Nacionales a fin de construir una propuesta conjunta de reparación para ser presentada a la reunión.

Hasta la fecha, CONADI no ha convocado a dicha reunión, sin otorgar justificaciones plausibles para dicha omisión, permaneciendo los miembros de la Comunidad Jacinto Caniupán sin recibir respuestas de ningún tipo de reparación al daño que se les ocasionó con la afectación del *eltun* en el cual yacían sus familiares.

Por último, según lo informado por los miembros de la Comunidad Jacinto Caniupán, en los últimos meses el Consejo de Monumentos Nacionales, mediante representantes de su oficina regional de la Araucanía han realizado acciones tendientes a determinar el estado actual de los restos óseos que se mantenían en cajas de cartón en el Museo Mapuche de Purén, para lo cual mediante un convenio con la carrera de Antropología de la Universidad de Concepción dispusieron de estudiantes en práctica de dicha casa de estudios a fin de que realizaran un análisis de las osamentas. El producto del trabajo desarrollado por las estudiantes en práctica Carla Muñoz Vivanco y Shannon Rojas Barraza se puede constatar en el Informe de Práctica Profesional “Análisis de restos óseos mapuches, sitio Villa Alegre 1 Purén, región de la Araucanía” de junio del año 2022. En dicho

informe las mencionadas estudiantes explican “*al llegar al lugar, se nos entregó tres cajas las cuales dos eran de fragmentos de vasijas las cuales se realizó conteo de ellas ya que no se contaba con un registro de lo que había (anexo A) y una caja de restos óseos, en su mayoría fragmentados, los cuales estaban separados en bolsas y mezclados*”, precisando posteriormente que **“respecto a los huesos, en términos generales estos se encontraban en mal estado de conservación, con amplia fragmentación y en algunos casos con presencia de tierra y raíces de los procesos tafonómicos”** (énfasis agregado). Finalmente, en el informe se concluye que:

“debido al contexto de fragmentación y ausencia de huesos, además de la manera en que están almacenados (ya explicados en páginas anteriores), podemos concluir que existen 8 individuos mínimos presentes en la caja, los cuales están estimados entre ambos sexos (con una pequeña mayoría femenina). Se estima un amplio rango de edades; mediante la observación del cráneo existirían dos individuos adulto joven (21-35 años), dos adultos medios (36-50 años) y un adulto mayor (51+), además de un individuo sub-adulto de mínimo 14 años de edad por la presencia y fusión de puntos osteológicos de la ulna y radio. Respecto a la observación de piezas dentales, existen dos adultos jóvenes.”

Sin perjuicio de la existencia de estas gestiones, hasta la fecha las instituciones recurridas no han dado una respuesta coordinada, clara y eficaz a las solicitudes efectuadas por los y las miembros de la Comunidad Jacinto Caniupán en orden a que se restituyan los restos óseos de sus antepasados y los objetos funerarios que se levantaron desde el sitio de las excavaciones y a que se de cumplimiento a los compromisos de hacer entrega del terreno que se destinaría a sitio conmemorativo, por lo que la vulneración de sus derechos a la libertad religiosa y de culto en relación con el derecho a la igualdad ante la ley; y su derecho a la integridad psíquica, se mantiene hasta la actualidad.

II. EL DERECHO

II.1. ACCIONES Y OMISIONES ILEGALES O ARBITRARIAS DE LAS INSTITUCIONES RECURRIDAS

A pesar de los continuos requerimientos efectuados por los y las afectadas por los hechos que se describen en el presente recurso de protección, las instituciones recurridas que ostentan distintos niveles de competencia, no han adoptado medidas de manera coordinada a fin de solucionar la problemática. A este respecto, la Excelentísima Corte

Suprema, en fallo Rol 5888-2019 de fecha 28 de mayo de 2019, ha recalcado los artículos 3 y 5 del Decreto con Fuerza de Ley N°1/2000, que contiene el texto refundido de la Ley N° 18.575. El primero previene que:

La Administración del Estado está al servicio de la persona humana; su finalidad es promover el bien común atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente y fomentando el desarrollo del país a través del ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución y la ley, y de la aprobación, ejecución y control de políticas, planes, programas y acciones de alcance nacional, regional y comunal. La Administración del Estado deberá observar los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia, coordinación [...]

En tanto, el artículo 5º dispone en su inciso segundo que: "Los órganos de la Administración del Estado deberán cumplir sus cometidos coordinadamente y propender a la unidad de acción, evitando la duplicación o interferencia de funciones".

A su turno, el artículo 37 bis de la Ley N° 19.880 preceptúa en su inciso primero que:

Cuando un órgano de la Administración del Estado deba evacuar un acto administrativo de carácter general que tenga claros efectos en los ámbitos de competencia de otro órgano, le remitirá todos los antecedentes y requerirá de éste un informe para efectos de evitar o precaver conflictos de normas, con el objeto de resguardar la coordinación, cooperación y colaboración entre los órganos involucrados en su dictación.

A la luz de dichas disposiciones, el Máximo Tribunal ha indicado en el fallo citado que:

...antes de que cada autoridad adopte las decisiones sectoriales que le correspondan en esta materia, todas aquellas llamadas a intervenir deberán analizar en conjunto las que estimen adecuadas en cada caso, con el objeto de darles la mayor eficacia posible, método de trabajo de la mayor relevancia para dar cumplimiento a las medidas dispuestas en este fallo, en cuanto tiene por fin superar una grave afectación de garantías constitucionales de relevancia, cuales son la integridad física y psíquica, la vida y la salud de los habitantes del sector de Quintero, Ventanas y Puchuncaví, así como el derecho de que son titulares a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.¹

En definitiva, los organismos implicados no han cumplido con el principio de coordinación manteniéndose la ausencia u omisión de medidas de reparación en el

¹ Corte Suprema, Tercera Sala, Rol 5888-2019, 28 de mayo de 2019, considerando 51º.

tiempo, aun cuando existían compromisos adquiridos por los recurridos encaminados a otorgar protección y poner en valor los restos óseos y funerarios levantados y el sitio en el cual se hallaron. Hasta la fecha y a pesar de los continuos requerimientos efectuados por la Comunidad Jacinto Caniupán, los recurridos no han establecido instancias de diálogo ni mucho menos han cumplido con los estándares mínimos para llevarlo a cabo, incumpliendo de esta manera las obligaciones que la ley, la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos les imponen.

Ahora bien, esta recurrente estima que además de lo ya señalado, las instituciones recurridas han incurrido en acciones y omisiones ilegales o arbitrarias relacionadas con las funciones y facultades que les otorga la ley, tal como se explicará a continuación:

A). ACERCA DE LA OMISIÓN ILEGAL DE LA MUNICIPALIDAD DE PURÉN.

Se le imputa a la Municipalidad, que luego de la Operación de Salvataje desarrollada en el año 2004 por el Consejo de Monumentos Nacionales, la I. Municipalidad de Purén no adoptó ninguna medida de protección para el resguardo del sitio del hallazgo funerario.

Al respecto, cabe señalar que el Informe del Consejo de Monumentos Nacionales le indicaba a la I. Municipalidad algunos pasos a seguir con el objetivo de poner en valor el lugar en el cual se encontraron los hallazgos arqueológicos, medidas que la Municipalidad de Purén, en conjunto con los demás recurridos, no ha implementado.

Así, dentro de dichos compromisos se encontraba el diseño e implementación del lugar como un “Sitio Conmemorativo” a partir inicialmente de una obra factible de realizar, como una plazoleta en donde se instale una referencia al hallazgo allí realizado. Hasta la fecha, dichos compromisos no se han cumplido, siendo la Ilustre Municipalidad de Purén uno de los organismos que debía velar porque se llevaran a cabo dichas medidas de reparación.

Además, de acuerdo a lo informado por los/las miembros de la Comunidad Jacinto Caniupán, la instalación de juegos infantiles y de un monolito en el lugar de los hallazgos arqueológicos se habría realizado con aquiescencia y fondos provenientes de la Ilustre Municipalidad de Purén, aun cuando el organismo estaba en conocimiento de los acuerdos tomados con el CMN.

De esta forma, dicha omisión atenta contra la Ley N°18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades, específicamente contra los artículos 1°, 4° y 5° que establecen las finalidades del Municipio, cual es satisfacer las necesidades de la comunidad local asegurando su participación en el progreso cultural de la comuna (artículo 1°), estableciendo que para asegurar el cumplimiento de dicha finalidad, la Ley le otorga al Municipio una serie de atribuciones y obligaciones (artículo 5°).

Revisaremos la normativa citada. El artículo 1° del Texto refundido, coordinado, sistematizado y actualizado de la Ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades, define a estos organismos como “*corporaciones autónomas de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuya finalidad es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de las respectivas comunas.*” Ahora, la misma normativa específica en torno a la cultura que, las Municipalidades, en el ámbito de su territorio, podrán desarrollar, directamente o con otros órganos de la Administración del Estado, funciones relacionadas con: **La educación y la cultura.** (artículo 4°)

Para el cumplimiento de sus funciones, la ley le otorga a las Municipalidades una serie de atribuciones esenciales, entre ellas: “*c) Administrar los bienes municipales y nacionales de uso público, incluido su subsuelo, existentes en la comuna, salvo que, en atención a su naturaleza o fines y de conformidad a la ley, la administración de estos últimos corresponda a otros órganos de la Administración del Estado. (...)*”, siendo el Museo de Purén parte de los bienes de la Municipalidad.

Además, otra de las atribuciones que la LOC le entrega al Municipio es “*n) Elaborar, aprobar, modificar y materializar los planes de inversiones en infraestructura de movilidad y espacio público*” (artículo 5°).

Finalmente, la Ley Orgánica Constitucional otorga obligaciones al Municipio, entre ellas velar por la protección del medio ambiente, concepto en la que se encuentra comprendido aspectos **socio culturales**, de acuerdo a la definición contenida en el artículo 2° de la Ley 19.300².

² II) Medio Ambiente: el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones;

“Sin perjuicio de las funciones y atribuciones de otros organismos públicos, las municipalidades podrán colaborar en la fiscalización y en el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias correspondientes a la protección del medio ambiente, dentro de los límites comunales”. (Artículo 5° inciso 2° LOC Municipalidades).

De esta forma, y no obstante contar **el Municipio con atribuciones legales sobre el aspecto sociocultural en su territorio, no ha ordenado medidas para la protección efectiva del sitio del hallazgo arqueológico.**

B). ACERCA DE LA OMISIÓN ILEGAL DEL CONSEJO DE MONUMENTOS NACIONALES

Las omisiones ilegales que se le imputa al Consejo de Monumentos Nacionales, es la no devolución de las osamentas humanas y objetos funerarios levantados desde el *eltun* de la Comunidad Jacinto Caniupán, que se mantienen bajo su custodia a través de la gestión del Museo de Purén, y en segundo lugar, no realizar actuaciones dentro del marco de sus atribuciones para proteger, conservar, rehabilitar y transmitir a las generaciones futuras el patrimonio arqueológico hallado en el *eltun* o Cementerio Mapuche de la Comunidad Jacinto Caniupán.

El Museo de Purén, alberga los restos óseos de los familiares de las personas en favor de las cuales se presenta esta acción constitucional, sin embargo, las piezas se encuentran bajo la tuición legal del Consejo de Monumentos Nacionales, que lo guarda en dicho edificio municipal. De esta forma la ilegalidad, consiste justamente en no haber realizado por intermedio del Museo de Purén, la devolución de las osamentas a la comunidad mapuche en casi dos décadas, sino que, por el contrario, mantenerlas en deficientes condiciones de conservación.

En la actualidad, parte de los restos levantados desde el *eltun* se encuentran almacenados hace casi 20 años en bolsas plásticas al interior de cajas de cartón en las bodegas del Museo de Purén, en un espacio donde no es posible asegurar su conservación, al no encontrarse preservadas adecuadamente para evitar su descomposición.

Es el Consejo de Monumentos Nacionales el encargado de velar por la conservación y preservación de dicho patrimonio, ya que la Ley que regula sus atribuciones y deberes - N° 17.288 del año 1970 sobre Monumentos Nacionales - establece que los Monumentos Nacionales quedan bajo la tuición y protección del Estado quien ejercerá estas funciones por medio del Consejo de Monumentos Nacionales.

Dentro de la categoría Monumento Nacional, se encuentran los Monumentos Arqueológicos, es decir a los enterratorios o cementerios u otros restos de los aborígenes y las piezas u objetos antro-po-arqueológicos que existan bajo o sobre la superficie del territorio nacional, entre otros³.

Para ejercer dicha función – tuición y protección de los Monumentos Nacionales – la misma Ley encomienda atribuciones y deberes al Consejo de Monumentos Nacionales, dentro de las cuales se indican:

“Artículo 6: Son atribuciones y deberes del Consejo:

1. Pronunciarse sobre la conveniencia de declarar Monumentos Nacionales lo lugares, ruinas, construcciones u objetos que estime del caso y solicitar a la autoridad competente la dictación del decreto supremo correspondiente; (...)
3. Elaborar los proyectos o normas de restauración, reparación, conservación y señalización de los Monumentos Nacionales (...)
4. Gestionar la reivindicación o la cesión o venta al Estado o la adquisición a cualquier título por éste, de los Monumentos Nacionales que sean de propiedad particular. (artículo 6°)”

Específicamente en relación a los Monumentos Arqueológicos, la Ley N° 17.288 dispone en su artículo 21 que *“por el solo ministerio de la ley, son Monumentos Arqueológicos de propiedad del Estado los lugares, ruinas, yacimientos y piezas antro-po-arqueológicas que existan sobre o bajo la superficie del territorio nacional”*.

Sobre los objetos que sean encontrados en virtud de excavaciones realizadas por el CMN o por otros organismos que reciban subvención del Estado, los objetos encontrados deben ser distribuidos por el Consejo en la forma que determina el Reglamento sobre excavaciones y/o prospecciones arqueológicas, antropológicas y paleontológicas⁴, el cual dispone en su artículo 21 que:

³ Art. 1º Ley 17.288 de 1970 sobre Monumentos Nacionales.

⁴ Decreto Supremo N° 484 de 1990 del Ministerio de Educación, publicado en el Diario Oficial el 2 de abril de 1991.

“(…) los objetos o especies procedentes de excavaciones y/o prospecciones arqueológicas, antropológicas o paleontológicas, pertenecen al Estado. Su tenencia será asignada por el CMN a **aquellas instituciones que aseguren su conservación, exhibición y den fácil acceso a los investigadores para su estudio.** En todo caso, se preferirá y dará prioridad a los Museos regionales respectivos para la permanencia de las colecciones, **siempre que cuenten con condiciones de seguridad suficientes, den garantía de la conservación de los objetos y faciliten el acceso de investigadores para su estudio**”.

Es notorio que la forma establecida en el Reglamento para la tenencia de este patrimonio no ha sido cumplida. El Consejo de Monumentos Nacionales, entregó los hallazgos del *Eltun* a una institución que hace más de 18 años no ha dado garantías de un tratamiento adecuado a dichos restos, y, por el contrario, durante ese largo tiempo, tampoco ha supervisado el estado paupérrimo de conservación de las osamentas.

De esta manera, el actuar del Consejo de Monumentos Nacionales ha sido ilegal por la omisión en la entrega de los restos funerarios a la Comunidad, y también por la omisión en la protección y conservación del patrimonio cultural o Monumento Arqueológico recuperado del *Eltun* o Cementerio Mapuche de la Comunidad Jacinto Caniupán, en razón de que la Ley 17.288 le encomienda específicamente su tuición.

Finalmente, otra de las obligaciones del Consejo de Monumentos Nacionales es velar por la aplicación de la Convención del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural de la Unesco, que es Ley de la República desde 1980, y que en lo pertinente establece que *“cada uno de los Estados Partes en la presente Convención reconoce que la obligación de identificar, proteger, conservar, rehabilitar y transmitir a las generaciones futuras el patrimonio cultural y natural situado en su territorio, le incumbe primordialmente. Procurará actuar con ese objeto por su propio esfuerzo y hasta el máximo de los recursos de que disponga, y llegado el caso, mediante la asistencia y la cooperación internacionales de que se pueda beneficiar, sobre todo en los aspectos financiero, artístico, científico y técnico”* (artículo 4°)

De esta forma y con el objeto de garantizar una protección y una conservación eficaces del patrimonio cultural y natural situado en su territorio y en las condiciones adecuadas a cada país, cada uno de los Estados Partes en la presente Convención procurará dentro de lo posible: *“d) adoptar las medidas jurídicas, científicas, técnicas, administrativas*

y financieras adecuadas, para identificar, proteger, conservar, revalorizar y rehabilitar ese patrimonio” (artículo 5)

Cabe señalar que para efectos de la Convención se considera “Patrimonio Cultural” los monumentos: obras arquitectónicas, de escultura o de pintura monumentales, **elementos o estructuras de carácter arqueológico**, inscripciones, cavernas y grupos de elementos, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia, - los conjuntos: grupos de construcciones, aisladas o reunidas, cuya arquitectura, unidad e integración en el paisaje les dé un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia, - los lugares: obras del hombre u obras conjuntas del hombre y la naturaleza así como las zonas, **incluidos los lugares arqueológicos** que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista histórico, estético, etnológico o antropológico (artículo 1°)

De esta forma, **el Consejo de Monumentos Nacionales también descuida su obligación de vigilar la aplicación de la Convención del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural de la Unesco en el caso del *eltun* de Purén, omisión que es ilegal y arbitraria.**

C). ACERCA DE LA OMISIÓN ILEGAL DE LA CONADI

Finalmente, a la CONADI se le imputa el incumplimiento de sus facultades legales, determinadas en la Ley 19.253 que establece normas sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de desarrollo indígena.

Específicamente se le imputa la omisión en la protección del patrimonio arqueológico indígena hallado en el *eltun* o cementerio de la Comunidad Jacinto Caniupán. La CONADI tiene la obligación de dar protección al patrimonio cultural arqueológico indígena en virtud de los artículos 28 y 39 de la Ley 19.253 que indican que *“el reconocimiento, respeto y protección de las culturas e idiomas e indígenas contemplará: f) La promoción de las expresiones artísticas y culturales y la protección del patrimonio arquitectónico, arqueológico, cultural e histórico indígena”* (artículo 28).

Mientras que el artículo 39, establece que el organismo encargado de 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 que económico, social y cultural y de impulsar su participación en la vida nacional es la CONADI, estableciendo como parte central de sus funciones el *“velar por la preservación y difusión del patrimonio arqueológico, histórico y cultural de las etnias y promover estudios e investigaciones al respecto”*. (Artículo 39)

Así, a juicio de esta recurrente, dichas obligaciones no han sido cumplidas por la CONADI, por cuanto aun, cuando se ha solicitado su intervención en varias ocasiones a fin de generar instancias que permitan acordar medidas de reparación para la Comunidad Jacinto Caniupán, dicha institución no ha realizado las acciones tendientes a lograr dicho el importante fin de preservar el patrimonio arqueológico de la comunidad Jacinto Caniupán.

En este sentido, en la reunión sostenida el 17 de febrero de 2022 entre el Jefe Regional de la Sede Araucanía y la Encargada de Educación y Cultura (S) de la CONADI, se tomó el acuerdo de que esta última institución instaría a la realización de una reunión en el mes de marzo, en la cual tuviera participación tanto las instituciones públicas implicadas como la Comunidad afectada, instancia que hasta la fecha no se ha generado.

Por otro lado, señalamos que la CONADI no ha asegurado a la Comunidad Jacinto Caniupán el ejercicio del derecho establecido en el artículo 19 de la Ley Indígena Nº 19.253 y que reconoce el derecho de las personas indígenas *“a ejercer comunitariamente actividades en los sitios sagrados o ceremoniales, cementerios, canchas de guillantún, apachetas, campos deportivos y otros espacios territoriales de uso cultural o recreativo que sean de propiedad fiscal. La Comunidad Indígena interesada podrá solicitar la transferencia a título gratuito de los inmuebles referidos en el inciso anterior (...)”*. En tanto, al no adoptar medidas para el resguardo del sitio del hallazgo funerario ha privado a los afectados de dicho derecho.

De esta forma, las omisiones de la CONADI, descritas anteriormente, son ilegales y arbitrarias ya que atentan contra los artículos 19, 28 y 39 de la Ley 19.253.

II.2 AFECTACIÓN AL DERECHO A LA LIBERTAD DE CULTO Y RELIGIOSA, A LA IGUALDAD ANTE LA LEY Y AL DERECHO A LA INTEGRIDAD PSÍQUICA DE LAS PERSONAS PERTENECIENTES A LA COMUNIDAD JACINTO CANIUPÁN.

Lo descrito precedentemente constituye una privación y perturbación de la libertad religiosa y de culto en relación con el derecho a la igualdad ante la ley y del derecho a la integridad psíquica de los miembros de la Comunidad Jacinto Caniupán de Purén, garantías reconocidas en los artículos 19 N° 6, N° 2 y N° 1 de la Constitución Política de la República, respectivamente, derechos que además se encuentran tutelados por la acción de protección contemplada en el artículo 20 de la Carta Fundamental.

II.2.A. Sobre el Derecho a la libertad religiosa.

El derecho a la libertad religiosa, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de la espiritualidad se encuentra garantizada en el artículo 19 N.º 6 de la Constitución Política de la República, en los siguientes términos:

“La Constitución asegura a las personas. Artículo 19 N°6: La libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público”.

En el ámbito internacional de los derechos humanos, la libertad de religión y de culto se encuentra reconocida en el artículo 12 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Respecto del contenido de este derecho, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado lo siguiente:

“79. Según el artículo 12 de la Convención, el derecho a la libertad de conciencia y de religión permite que las personas conserven, cambien, profesen y divulguen su religión o sus creencias. Este derecho es uno de los cimientos de la sociedad democrática. En su dimensión religiosa, constituye un elemento trascendental en la protección de las convicciones de los creyentes y en su forma de vida”⁵.

Más específicamente, respecto de las personas pertenecientes a pueblos indígenas, el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, dispone en su artículo 5º letra a) que:

⁵ Corte I.D.H., Caso “La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros). Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C N°73.

“Al aplicar las disposiciones del presente Convenio: a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente (...)”.

A su vez, el artículo 8.2 dispone que:

“(...) dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio”.

Este derecho se encuentra igualmente contemplado en el artículo 27 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos que en lo sustancial sienta las obligaciones de los Estados partes en orden a que en aquellos países en los que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

Asimismo, estas obligaciones encuentran desarrollo normativo en el ámbito del *soft law*, así, los artículos 11, 12, 31 y 34 respectivamente de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

“Artículo 11. 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales. Ello incluye el derecho a mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, como lugares arqueológicos e históricos, objetos, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales e interpretativas y literaturas.

2. Los Estados proporcionarán reparación por medio de mecanismos eficaces, que podrán incluir la restitución, establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas, respecto de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que hayan sido privados sin su consentimiento libre, previo e informado o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres.

Artículo 12. 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a manifestar, practicar, desarrollar y enseñar sus tradiciones, costumbres y ceremonias espirituales y religiosas; a mantener y

proteger sus lugares religiosos y culturales y a acceder a ellos privadamente; a utilizar y controlar sus objetos de culto, y a obtener la repatriación de sus restos humanos.

2. Los Estados procurarán facilitar el acceso y/o la repatriación de objetos de culto y de restos humanos que posean mediante mecanismos justos, transparentes y eficaces establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas interesados.

Artículo 31. 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas. También tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales. 2. Conjuntamente con los pueblos indígenas, los Estados adoptarán medidas eficaces para reconocer y proteger el ejercicio de estos derechos.

Artículo 34: Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humano”.

En el caso de marras, no cabe lugar a dudas que lo que se ha intervenido es un cementerio mapuche o *eltun*, en el que desde el Siglo XVII y XIX habían sido enterrados ascendientes directos de miembros de la Comunidad Jacinto Caniupan. Dicho lugar desde el punto de vista cultural y espiritual mapuche, tiene un alto valor, siendo un sitio sagrado, el que se ha visto gravemente afectado por la construcción de viviendas sobre él. A lo anterior se agrega que el lugar que quedó sin construcciones, bajo el compromiso de convertirlo en un sitio de conmemoración que relevara su valor, estaría actualmente a nombre del Comité de Vivienda Villa Alegre sin que las instituciones recurridas hayan realizado las gestiones necesarias para la transferencia del dominio a la Comunidad Jacinto Caniupán, lo que ha implicado una privación de sus derechos culturales y espirituales.

A este respecto, la Excelentísima Corte Suprema ha reconocida la estrecha relación existente entre los cementerios indígenas y el derecho a la libertad de culto. En efecto, en causa ROL N° 3010-2013, el Máximo Tribunal indicó lo siguiente:

“Cualquiera sea el punto de vista que socialmente se proyecte sobre una realidad como la que el presente arbitrio plantea, innegable resulta que tratándose de un cementerio que cobija, al modo silencioso como lo hacen las reminiscencias históricas, innúmeras evidencias no solamente de existencia de vida de personas que habitaron la región en época pre incásica más o menos remota; no solo eso, sino objetos múltiples que dan cuenta de prácticas, usanzas y/o costumbres propias de un apogeo cultural de etnias cuyos actuales representantes consideran, como parece natural a la especie humana, de un valor superior e incluso sagrado, con ribetes de religiosidad precolombina.

Siendo así, es el parecer de estos juzgadores que la intromisión desordenada, desautorizada e inconulta de inversionistas que pretenden ejecutar un proyecto inmobiliario que, en lo físico, se ubicaría a no más de 35 metros de distancia del punto crítico donde se resguarda tal patrimonio, sumado al tráfago propio del hábitat en el que se desenvolvería la población que allí reside, perturba el derecho legítimo que tienen las recurrentes, tanto al libre ejercicio y desarrollo de sus creencias religiosas y ritos sagrados, garantizado para ellas y sus congéneres por el apartado 6º del artículo 19 de la carta fundamental, de modo que, de tolerar que se los pase a llevar, se los diferenciaría, arbitrariamente, del resto de las personas que, no perteneciendo a la etnia de las actoras, no ven inconvenientes para el libre ejercicio de iguales prerrogativas, contrariándose de esa forma, además, la garantía de igualdad y no discriminación que sienta el numeral 2º del propio artículo 19.6”

La gran importancia espiritual de los cementerios para los pueblos indígenas en tanto son parte de sus tierras y territorios, también ha sido relevado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al indicar que

“(…) los pueblos indígenas y tribales consideran que ciertos lugares, fenómenos o recursos naturales son especialmente sagrados de conformidad con su tradición, y requieren especial protección. Los territorios y recursos naturales de los pueblos indígenas y tribales son un elemento constitutivo de su cosmovisión y su religiosidad, dado que para ellos, los conceptos de familia y de religión se conectan íntimamente con los lugares donde los cementerios ancestrales, los lugares de significado e importancia religiosos y los patrones de parentesco se han desarrollado a partir de la ocupación y uso de sus territorios físicos.⁷ Dichos sitios sagrados se encuentran protegidos por los instrumentos interamericanos al consagrar el

6 Rol 3010-2013, Excelentísima Corte Suprema. Sentencia de fecha 26 de septiembre de 2013.

7 Comisión IDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 155

derecho de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales a gozar de la particular relación espiritual con el territorio que han usado y ocupado preliminarmente”⁸.

En esta línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que “[l]os Estados tienen la obligación de proteger dicho territorio, y la relación establecida entre los pueblos indígenas o tribales y sus tierras o recursos naturales, como medio para permitir el ejercicio de su vida espiritual”⁹.

En consecuencia, los Estados tienen la obligación de garantizar a los pueblos indígenas la libertad de conservar sus formas propias de religiosidad o espiritualidad, incluyendo la expresión pública de este derecho y el acceso a los sitios sagrados, sea que se encuentren en propiedad privada o no.

II.2.B. Sobre el Derecho a la Integridad Física y Psíquica.

Otro aspecto relevante, dice relación con las consecuencias que ha tenido en los y las miembros de la Comunidad Jacinto Caniupán el mantenimiento de los restos óseos y objetos funerarios de sus antepasados en bolsas plásticas al interior de cajas de cartón, sin ningún tipo de medidas de protección o conservación en el Museo de Purén.

Lo anterior se traduce en un sufrimiento constante ya que, para su cosmovisión, éstos restos funerarios no son objetos de museo, ni objetos de valor arqueológicos, sino que son sus familiares, personas amadas, y parte de su historia y cultura. Por lo tanto, no cabe lugar a dudas que esta situación ha generado un sufrimiento permanente en los y las afectadas, viéndose conculcado entonces su derecho a la integridad psíquica.

8 Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 95.

9 Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párrs. 131, 135, 137. Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párrs. 118, 121. Corte IDH. Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre 2004. Serie C No. 116, párr. 85. Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 149. CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Yakye Axa v. Paraguay. Referidos en: Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 120(j). CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Sawhoyamaya v. Paraguay. Referidos en: Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 113(a).

En relación con lo anterior, cabe consignar lo señalado por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, Causa Rol 289-2010 caratulados “Comunidad Indígena Chilcoco con Municipalidad de Arauco”, cuya sentencia hace una reflexión en cuanto a la importancia para los pueblos indígenas de la preservación de su cultural:

“Que es indudable que el proceder de la recurrida, I. Municipalidad de Arauco, ha vulnerado el derecho a la integridad síquica de los recurrentes, por cuanto no cabe duda que la intervención y destrucción de su patrimonio cultural conduce a una sensación de falta de respeto a su identidad social, a sus costumbres y tradiciones, así como a la conservación de las características propias de su etnia, produciendo naturalmente desazón y gran preocupación, que llevan a concluir que se ha conculcado la garantía constitucional consagrada en el artículo 19 No 1, de la Constitución Política de la República”¹⁰.

Una de las demandas permanentes de la Comunidad Jacinto Caniupán ha sido la devolución de los restos óseos que fueron levantados desde el *eltun*, acción que se percibe como una forma de reparación satisfactoria y acorde a sus convicciones culturales y espirituales. La devolución de restos humanos a colectivos indígenas, en tanto constituyen parte de su patrimonio, ha sido abordado por la Relatora Especial de NU de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías Sra. Erica-Irene A. Daes, quien en el Informe denominado “Protección del Patrimonio de los Pueblos indígenas” del año 1997, a propósito de la experiencia estadounidense indica:

“44. Por norma general en los ordenamientos jurídicos nacionales se considera que todo lo que se encuentra en el suelo pertenece al gobierno o al propietario de la tierra. Gracias a esto, los arqueólogos y otros, por ejemplo de los Estados Unidos, pudieron adquirir la propiedad de esqueletos y objetos que se encontraron en las tumbas indígenas que normalmente no estaban designadas ni protegidas como “cementeros”. No obstante, en 1986 un tribunal del Estado de Luisiana decidió que el contenido de varias tumbas de los indios tunica-biloxi pertenecía a los supervivientes de esa tribu (*Charrier contra Bell*). A juicio del tribunal, el entierro no denota la intención de renunciar a los derechos sobre el cuerpo y los objetos enterrados con él. El que una comunidad siga teniendo derechos sobre sus tumbas después del entierro debe determinarse en función de la cultura y las tradiciones de ese pueblo. Los tunica-biloxi demostraron que seguían considerando cultural y religiosamente importantes sus cementeros, mucho después de hubieran desaparecido todos los signos externos. Ahora otros Estados de los Estados Unidos han adoptado leyes que

¹⁰ Rol 289-2010, Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción. Sentencia de fecha 10 de agosto de 2010. Considerando Duodécimo.

protegen las tumbas indígenas y como ya se ha dicho el Gobierno promulgó la Native Graves Protection and Repatriation Act (NAGPRA).

45. En virtud de esta ley, todos los museos y demás instituciones propiedad del Gobierno Federal o financiados por él deben efectuar un inventario de los restos humanos indígenas que haya en sus colecciones y notificárselo a los pueblos indígenas afectados. Los restos humanos deben ser devueltos si así lo solicita cualquier grupo contemporáneo que esté "culturalmente relacionado" con ellos. Todos los restos humanos, objetos encontrados en tumbas, "objetos sagrados" y objetos que sigan teniendo una importancia cultural o histórica, que se descubran en tierras del Gobierno en el futuro, pertenecen al grupo indígena contemporáneo que esté "culturalmente relacionado" todavía con ese objeto".

Por tanto, es indudable que la situación descrita en lo principal de esta acción ha vulnerado el derecho a la integridad síquica de los directamente afectados, por cuanto no cabe duda que el saqueo de las tumbas, el traslado de los restos al Museo de Purén y el deterioro y destrucción del sitio del hallazgo, los ha privado de su patrimonio cultural, de su religiosidad, de sus costumbres.

II.2.C. Sobre el Derecho a la Igualdad ante la Ley.

En nuestro ordenamiento jurídico se encuentra reconocido este principio en el artículo 19 N° 2, el que establece:

"Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas: (...) 2° La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias".

En consecuencia, la Constitución Política asegura a todas las personas la igualdad ante la ley. La igualdad se relaciona directamente con la dignidad humana como un atributo inherente a todas las personas, lo que se ve plasmada constitucionalmente en el artículo 1°, "Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

En el caso sub lite, a los afectados, dada su condición de personas pertenecientes a un pueblo indígena se encuentran en una posición de desigualdad estructural en el ejercicio de sus derechos políticos, civiles, económicos, sociales y culturales. Esto implica que, a

diferencia del resto de los nacionales, se les ha privado de facto de su derecho a libertad religiosa y por ende del derecho a su integridad psíquica, lo que importa una vulneración a la igualdad que la propia Constitución les reconoce y que debe ser corregido por los órganos recurridos.

Para ilustrar de mejor manera este esquema de desigualdad arbitraria, se hará una breve mención a los estándares internacionales de derechos humanos en materia de igualdad ante la ley.

Al respecto, la Declaración Universal de Derechos Humanos se refiere a la igualdad desde su artículo 1°, disponiendo que *"Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros"*.

Acto seguido consagra en su artículo 2 el principio de igualdad al indicar que:

"Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición".

Igualmente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece en su artículo 3° que los Estados se comprometen a: "garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto", consagrando la igualdad ante la ley en el artículo 26 al disponer que: "Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley".

Por su parte, en el sistema regional, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en su artículo 2° refiere específicamente protegiendo a las personas: "todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna".

Adicionalmente en el ámbito del *soft law*, y sobre la aplicación del principio de igualdad en este caso, es pertinente hacer referencia al Protocolo Iberoamericano de Actuación Judicial para mejorar el acceso a la justicia de personas con discapacidad,

migrantes, niñas, niños, adolescentes, comunidades y pueblos indígenas. En dicho Protocolo se dispone que:

La aplicación del principio no discriminatorio de la igualdad de acceso a los derechos no significa que haya que dar un trato idéntico a las personas, más bien, se ha subrayado la importancia de tomar medidas especiales para reducir o eliminar las condiciones que llevan a la discriminación. La pretensión de la igualdad no es “asimilar” a las personas a una idea única de sujeto, más bien reconoce la validez de una diversidad de proyectos posibles. Cabe aclarar que este principio implica una protección especial de las autoridades frente a actuaciones de terceros (2014, p.102).¹¹

La Corte IDH ha analizado el principio de igualdad y no discriminación en relación al derecho de igualdad ante la Ley aplicado precisamente a personas mapuche en la sentencia *Norín Catrimán y otros vs Chile*, y ha señalado:

“196. Como ya se indicó, el artículo 1.1 de la Convención dispone que los Estados Partes “se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. A su vez, el artículo 24 estipula que “[t]odas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley” (supra párrs. 184 y 185).

197. Sobre el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, la Corte ha señalado que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación. La jurisprudencia de la Corte también ha indicado que en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico.

¹¹ Protocolo Iberoamericano de Actuación Judicial para mejorar el acceso a la justicia de personas con discapacidad, migrantes, niñas, niños, adolescentes, comunidades y pueblos indígenas (2014), p. 102

(...)200. La Corte ha determinado que una diferencia de trato es discriminatoria cuando la misma no tiene una justificación objetiva y razonable, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido.

201. Además, la Corte ha establecido que los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto. Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias¹².

En consecuencia, las personas afectadas pertenecen a un pueblo indígena y por tanto, son parte de una categoría de sujetos con especial protección por parte del derecho internacional de derechos humanos, lo que obliga a los Estados a llevar a cabo actuaciones encaminadas a asegurar el ejercicio de sus derechos en un plano de igualdad con otros grupos humanos, obligación a la cual no se ha dado cumplimiento, manteniéndose a los miembros de la Comunidad Jacinto Caniupán sin una respuesta relativa al destino de los restos óseos y objetos funerarios de sus antepasados y del lugar en el cual se encontraba el *eltun* de la comunidad, que venga a otorgar reparación por la destrucción de dicho sitio sagrado y la exhumación de los restos de sus familiares.

III. Obligaciones estatales de prevención y fiscalización desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos

El Estado, en virtud de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política de la República, tales como los derechos a la integridad física y psíquica, y libertad de culto y religiosa, tiene obligaciones jurídicas. Tales derechos también surgen de los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por Chile y que se encuentran vigentes.

12 Corte Interamericana De Derechos Humanos; Caso Norín Catrimán Y Otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) VS. Chile; Sentencia de 29 de Mayo De 2014; Fondo, Reparaciones y Costas.

En efecto, los referidos instrumentos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establecen obligaciones generales para el Estado chileno, de promover y proteger los derechos humanos.

Asimismo, el artículo 1.1. de la Convención Americana, establece obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos que el mismo instrumento consagra. La referida obligación de proteger estos derechos, se traduce en distintas obligaciones en materia de derechos humanos, cuyos titulares son las personas que habitan el territorio nacional.

Por cierto, tal obligación de prevención, constituye una obligación de medios y no de resultados. De modo tal que, a la hora de examinar si el Estado ha infringido o no sus obligaciones internacionales, se verifica que el Estado, con ocasión de su resguardo, haya actuado con la debida diligencia que el caso amerita, con independencia en el resultado obtenido.

En este caso concreto, sostenemos que el Estado chileno en su conjunto (como corresponde analizarlo desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos), y a través de los organismos técnicos recurridos (analizado desde el punto de vista del ordenamiento jurídico nacional), no ha actuado con la debida diligencia que sus obligaciones de respeto y garantía le exige, frente a la desidia que por años ha soportado esta comunidad indígena y particularmente, ha incumplido su deber de preservar, conservar y transmitir el patrimonio cultural indígena.

Tal incumplimiento se verifica a través de las omisiones ilegales en que han incurrido los organismos técnicos estatales recurridos, Consejo de Monumentos Nacionales, Corporación de Desarrollo Indígena y la Ilustre Municipalidad de Purén.

Asimismo, desde el punto de vista del derecho internacional de derechos humanos, las obligaciones al Estado respecto de actividades de desarrollo económico, como es el caso, exigen obligaciones específicas en torno a seis ejes, tales son:

- (i) adoptar un marco normativo adecuado y efectivo;
- (ii) prevenir las violaciones de derechos humanos;
- (iii) supervisar y fiscalizar las actividades de extracción, explotación y desarrollo;

- (iv) garantizar mecanismos de participación efectiva y acceso a la información;
- (v) prevenir actividades ilegales y toda forma de violencia, y;
- (vi) garantizar el acceso a la justicia a través de la investigación, sanción y acceso a la reparación adecuada de las violaciones de derechos humanos cometidas en estos contextos¹³.

De obligaciones anteriormente descritas y de lo ya señalado respecto de los hechos, se advierte que no se han observado las obligaciones de prevención de violaciones de derechos humanos, y garantizar el acceso a la justicia a través de la investigación, sanción y acceso a la reparación adecuada de las violaciones de derechos humanos cometidas en estos contextos.

(A) Obligaciones de prevención

Con respecto a la primera, **obligaciones de prevención**, es útil recordar lo establecido por el artículo 2.1 de la Convención Americana, interpretado por la Corte Interamericana sobre derechos humanos a propósito del caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, donde indicó que éste deber implica adoptar:

“todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales”¹⁴.

La Corte precisó que un hecho imputable a un particular sin identificar, como es el caso de marras, puede llegar a ser imputable al Estado, dependiendo de su actuación propia:

“[...] un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad

¹³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe Temático sobre “Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo” OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/15 31 diciembre 2015, página 10.

¹⁴ Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4. párr. 175.

internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención”¹⁵.

Asimismo, se ha limitado este deber de prevención exigible a los Estados, condicionado a que tuvieran un conocimiento de la situación de riesgo “real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado - o a que el Estado debió conocer dicha situación de riesgo real e inmediato— y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo”¹⁶.

En este caso, el **riesgo real e inmediato** es evidente, pero además es conocido por las autoridades a raíz de las fiscalizaciones que ha realizado la Seremi de Salud, sin que hasta ahora haya adoptado medidas concretas para prevenir la contaminación.

Sobre este punto, la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos ha aclarado que para establecer que un Estado ha incumplido su deber de prevención de violaciones a derechos a la vida o integridad personal, como es el caso, debe verificarse dos circunstancias:

“las **autoridades estatales sabían, o debían haber sabido**, de la existencia de un riesgo real e inmediato para la vida y/o integridad personal de un individuo o grupo de individuos determinado, y que ii) **tales autoridades no adoptaron las medidas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones** que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para prevenir o evitar ese riesgo”¹⁷.

(B) Garantizar el acceso a la justicia a través de la investigación, sanción y acceso a la reparación adecuada de las violaciones de derechos humanos cometidas en estos contextos.

Otra obligación que surge a partir del deber de garantizar los derechos humanos, es precisamente garantizar el acceso a la justicia a través de la investigación, sanción y acceso a la reparación adecuada de las violaciones de derechos humanos cometidas en estos contextos.

¹⁵ Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4. párr. 172.

¹⁶ Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No.205. párr. 280.

¹⁷ Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No.205. párr. 283 y 284.

En este caso, el Estado intervino el *eltun* o cementerio Mapuche, identificando los restos arqueológicos y enviándolos a una institución que no tiene capacidad de conservarlos en las condiciones necesarias, incumpliendo con su deber de protegerlos. Pero además, y luego de casi dos décadas, ha incumplido con su obligación de reparar al no haber realizado ninguna medida concreta que permita conservar, rehabilitar y transmitir a las generaciones futuras el patrimonio arqueológico hallado en el *eltun* o Cementerio de la Comunidad Jacinto Caniupán.

Precisamente en este sentido apuntan las omisiones ilegales de los deberes directos de fiscalización, que se atribuyen a los organismos estatales Consejo de Monumentos Nacionales, Ilustre Municipalidad de Purén y la Corporación de Desarrollo Indígena como se indicó *supra*.

IV. COROLARIO DE LOS HECHOS QUE MOTIVAN LA INTERPOSICIÓN DEL PRESENTE RECURSO DE PROTECCIÓN

El contexto anterior permite colegir una serie de hechos sucesivos en el tiempo, como el saqueo de las tumbas del *eltun*, el traslado de los restos funerarios a un lugar no apto para su conservación, el deterioro y pérdida del sitio del hallazgo, que han causado afectaciones a la integridad de las personas que se han descrito, tanto en el plano cultural, considerando la cultura mapuche, como psicológico a raíz de las omisiones ilegales de los recurridos.

Estas frustraciones a sus proyectos culturales y religiosos, y las afectaciones en el plano psíquico en tanto en la especie, respecto de los/as amparados/as mapuche, en consideración a su cultura, los hechos denunciados no sólo generan consecuencias nocivas individuales, sino también colectivas, a sus familias.

Así, las afectaciones alegadas se producen como resultado de omisiones de las obligaciones que corresponden a las autoridades recurridas en orden a corregir y prevenir hechos como los que se describen en éste libelo, y que estas omisiones privan, perturban y amenazan los derechos a la integridad psíquica de las personas que habitan esta zona en relación a su derechos a la libertad de culto y religiosa y a la igualdad ante la ley, todos

derechos constitucionales consagrados en el artículo 19 numerales 1, 2 y 6 respectivamente, de la Constitución Política de la República.

V. MEDIDAS SOLICITADAS POR EL INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS EN EL PRESENTE RECURSO DE PROTECCIÓN

V.1. En cuanto a la eficacia de las medidas que permitan avanzar en la no repetición de estos hechos

Los hechos descritos en el recurso, sobre las omisiones de las autoridades recurridas, constituyen una vulneración a los derechos a la integridad psíquica, y al derecho a la libertad de culto y libertad religiosa, garantizados por los tratados internacionales y la Constitución chilena, lo que requiere que se activen los mecanismos de protección jurisdiccional.

Cuando una institución del Estado se aparta de la estricta observancia de los estándares de Derechos Humanos, será siempre el Poder Judicial el primer garante de los derechos de las personas, teniendo como deber el actuar eficazmente para remediar la violación, reparar a las víctimas y decretar medidas de protección para la no ocurrencia de nuevas vulneraciones.

La forma en que los/as ciudadanos/as pueden accionar los mecanismos de protección, es típicamente a través de las acciones judiciales disponibles. Sin embargo, cuando existe privación, perturbación o amenaza de derechos fundamentales están disponibles las acciones constitucionales reguladas en los artículos 20 y 21 de la Constitución Política de la República de Chile.

La naturaleza y objetivos de dichas acciones constitucionales, de capital importancia en una sociedad democrática, se reflejan principalmente en una prescripción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 25.1, que establece lo siguiente:

“25.1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención,

aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

La Corte IDH sobre este artículo ha sostenido que “(...) es una disposición de carácter general que recoge la institución procesal del amparo, entendido como el procedimiento judicial sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de todos los derechos reconocidos por las constituciones y leyes de los Estados Partes y por la Convención”¹⁸ y que, por otra parte, “el artículo 25.1 incorpora el principio, reconocido en el derecho internacional de los derechos humanos, de la efectividad de los instrumentos o medios procesales destinados a garantizar tales derechos (...) la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar.”¹⁹ Dicha garantía “constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”²⁰.

Los Estados, y especialmente la práctica del Poder Judicial en el tratamiento de los recursos, deben dotar a los recursos que cautelan derechos humanos (como la acción en cuestión) de ciertos requisitos imprescindibles de acuerdo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Así, el recurso debe ser sencillo, rápido, y sobre todo, eficaz²¹. Si bien el texto normativo explicita los dos primeros requisitos, el tercero (efectividad) es un elemento igualmente presente en la jurisprudencia uniforme de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte IDH²².

¹⁸ Corte IDH. El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8. Párr. 32.

¹⁹ Corte IDH. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9. Párr. 24.

²⁰ Cfr. Caso Cantoral Benavides, supra nota 56, párr. 163; Caso Durand y Ugarte, supra nota 56, párr. 101; Caso Villagrán Morales y otros (Caso de los “Niños de la Calle”), supra nota 52, párr. 234; Caso Cesti Hurtado, supra nota 118, párr. 121; Caso Castillo Petruzzi y otros, supra nota 50, párr. 184; Caso Paniagua Morales y otros, supra nota 50, párr. 164; Caso Blake, supra nota 52, párr. 102; Caso Suárez Rosero, supra nota 53, párr. 65 y Caso Castillo Páez, supra nota 52, párr. 82.

²¹ Cfr. MEDINA, Cecilia. Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia. 2003. Pag. 370 y ss.

²² Ver, por ejemplo, Corte IDH. Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35. Párr. 66.

El requisito de efectividad, ha de entenderse como un recurso “capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido”²³. Además, dicho recurso “no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla”²⁴. A mayor abundamiento, en palabras de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “(un) recurso judicial sería abiertamente ineficaz, pues al no permitir el reconocimiento de la violación de derechos, en caso de que ésta se haya comprobado, no sería apto para amparar al individuo en su derecho afectado ni para proveerle una reparación adecuada”²⁵.

Por todo lo anterior, la declaración de que se violaron derechos por una omisión ilegal y arbitraria es una obligación explícita y directa para que un recurso sea efectivo. La efectividad de un recurso, además, depende que pueda producir el resultado para el que ha sido concebido, entre otros factores.

Por su parte, en relación al derecho al Recurso Judicial efectivo, la Corte IDH ha sostenido que la salvaguarda de la persona frente al ejercicio arbitrario del poder público es el objetivo primordial de la protección internacional de los derechos humanos. En este sentido, el artículo 25.1 de la Convención ha establecido, en términos amplios, la obligación a cargo de los Estados de ofrecer, a todas las personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales.

Dispone, además, que la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquéllos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley²⁶.

En la misma línea, también la Corte IDH ha señalado que “para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el citado artículo no basta con que los recursos existan formalmente,

²³ Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4. Párr. 66.

²⁴ Corte IDH. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9. Párr. 24.

²⁵ CIDH. Caso Carranza Vs. Argentina. INFORME N° 30/97 (1997) Párr. 74.

²⁶ Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71.

sino que los mismos deben tener efectividad²⁷, es decir, debe brindarse a la persona la posibilidad real de interponer un recurso que sea sencillo y rápido, en los términos del artículo 25 de la Convención”. (...) ²⁸.

III.2. Medidas que se solicitan para avanzar en la no repetición de estos hechos

El Recurso de Protección es principalmente una acción de naturaleza cautelar dirigida al restablecimiento de los derechos constitucionales vulnerados que se encuentran incluidos en la enumeración del artículo 20 del texto constitucional, a fin de procurar el cese a la privación de los derechos conculcados.

El único límite del juez está en su sujeción a las finalidades de esta acción constitucional que consiste en restablecer el imperio del derecho y asegurar a las personas agraviadas la protección debida. El tribunal puede adoptar todas y cualquier clase de medidas tendientes a estos objetivos, aunque no aparezcan establecidas en ningún código ni hayan sido solicitadas por el recurrente.

En este caso en particular, se solicita la a esta I. Corte se adopten las siguientes medidas:

- 1. Se declare la ilegalidad y arbitrariedad de las omisiones de los recurridos.**
- 2. Se declaren infringidos los derechos constitucionales a la integridad psíquica, libertad de culto y religiosa y a la igualdad ante la ley, consagrados en el artículo 19 N° numerales 1, 2 y 6, respectivamente, de la Constitución Política de la República.**
- 3. Que, como consecuencia de lo anterior, se adopte todo tipo de medidas dirigidas a restablecer el imperio del Derecho y asegurar la tutela de los derechos fundamentales violados, poniendo fin a las omisiones ilegales y arbitrarias descritas con antelación respecto de las personas afectadas, particularmente solicitando que:**

²⁷ Cfr. Caso Bámaca Velásquez, supra nota 4, párr. 191; Caso Cesti Hurtado. Sentencia de 29 de septiembre de 1999. Serie C No. 56, párr. 125; y Caso Paniagua y otros, supra nota 46, párr. 164.

²⁸ Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71.

- a. Que ejecuten las acciones necesarias tendientes a la devolución de las osamentas humanas y objetos funerarios levantados desde el elton de la Comunidad Jacinto Caniupán, a fin de que estos puedan disponer de ellos conforme a sus creencias culturales y espirituales;
- b. Que se adopten las medidas pertinentes, útiles y necesarias para la protección de las tierras y territorios en el cual se realizaron los hallazgos materia del presente recurso de protección, incluyendo dar inicio a los procedimientos pertinentes para ponderar la pertinencia y utilidad de restituir a la Comunidad Jacinto Caniupán dichas tierras;
- c. Que se dé cumplimiento a los acuerdos adoptados en el año 2004 encaminados a la puesta en valor del sitio en el cual se realizaron los hallazgos de las osamentas humanas
- d. Que se ejecute toda otra clase de medidas de reparación por las graves vulneraciones y afectaciones de derechos sufridas por la Comunidad Jacinto Caniupán
- e. Que se ordene, previo la adopción de las medidas solicitadas supra, se realice la consulta obligatoria prevista en el artículo 6º, numeral 1º del Convenio Nº 169 de la OIT, reglada en el Decreto Nº66 de 2013 del Ministerio de Desarrollo Social o el mecanismo de consentimiento de acuerdo al Derecho Internacional.

POR TANTO, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema sobre tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, publicado en el Diario Oficial de 27 de junio de 1992, más las normas constitucionales, de tratados internacionales de derechos humanos y legales ya citadas;

PIDO A. S.S. ILTMA, se sirva acoger a tramitación el Recurso de Protección en contra del Consejo de Monumentos Nacionales, r [REDACTED]; (2) La I. Municipalidad de Purén, [REDACTED] y (3) La Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI), [REDACTED] todos por vulnerar los derechos constitucionales de las personas que habitan la zona; y **particularmente** de [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED], todas y todos quienes han visto perturbados y amenazados el derecho a la libertad religiosa y de

culto consagrado en el artículo 19 n°6 de la Constitución Política de la República en relación con el derecho a la igualdad ante la ley contemplado en el artículo 19 n°2 de la Constitución Política de la República y del derecho a la integridad psíquica consagrado en el artículo 19 n°1 del mismo cuerpo normativo, todos tutelados por la acción de protección contemplada en el artículo 20 de la Carta Fundamental, y en definitiva acoger la presente acción constitucional de protección, declarando la vulneración de los derechos constitucionales consignados en el numeral 1, 2 y 6 del artículo 19 de la Constitución Política y, en particular, se resuelva lo siguiente:

- a. **Que ejecuten las acciones necesarias tendientes a la devolución de las osamentas humanas y objetos funerarios levantados desde el elton de la Comunidad Jacinto Caniupán, a fin de que estos puedan disponer de ellos conforme a sus creencias culturales y espirituales;**
- b. **Que se adopten las medidas pertinentes, útiles y necesarias para la protección de las tierras y territorios en el cual se realizaron los hallazgos materia del presente recurso de protección, incluyendo dar inicio a los procedimientos pertinentes para ponderar la pertinencia y utilidad de restituir a la Comunidad Jacinto Caniupán dichas tierras;**
- c. **Que se dé cumplimiento a los acuerdos adoptados en el año 2004 encaminados a la puesta en valor del sitio en el cual se realizaron los hallazgos de las osamentas humanas;**
- d. **Que se ejecute toda otra clase de medidas de reparación por las graves vulneraciones y afectaciones de derechos sufridas por la Comunidad Jacinto Caniupán;**
- e. **Que se ordene, previo la adopción de las medidas solicitadas supra, se realice la consulta obligatoria prevista en el artículo 6º, numeral 1º del Convenio Nº 169 de la OIT, reglada en el Decreto Nº66 de 2013 del Ministerio de Desarrollo Social o el mecanismo de consentimiento de acuerdo al Derecho Internacional.**

PRIMER OTROSÍ: Solicito tener por acompañado Copia simple de mandato judicial en que consta personería para actuar en representación del Instituto Nacional de Derechos Humanos

SEGUNDO OTROSI: Solicito a S.S. Iltma. disponer que, a objeto de acreditar los hechos denunciados, se solicite informe a los recurridos.

TERCER OTROSÍ: Solicito a S.S. Iltma. tener presente que el artículo 2º de la Ley N° 20.405, que crea el Instituto Nacional de Derechos Humanos, dispone que *“El Instituto tiene por objeto la promoción y protección de los derechos humanos de las personas que habiten en el territorio de Chile, establecidos en las normas constitucionales y legales; en los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, así como los emanados de los principios generales del derecho, reconocidos por la comunidad internacional”*. Para cumplir con este objetivo, el INDH tendrá, entre otras facultades, las siguientes señaladas en el artículo 3º de la ley:

- Comunicar al Gobierno y a los distintos órganos del Estado que estime convenientes, su opinión respecto de las situaciones relativas a los derechos humanos que ocurran en cualquier parte del país; y,
- Promover que las prácticas nacionales se armonicen con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, a fin que su aplicación sea efectiva;

Asimismo según lo estipulado en el Artículo 3º N° 5.- Le corresponderá especialmente al Instituto:

*Deducir acciones legales ante los tribunales de justicia, en el ámbito de su competencia. En ejercicio de esta atribución, además de deducir querrela respecto de hechos que revistan carácter de crímenes de genocidio, de lesa humanidad o de guerra, tortura, desaparición forzada de personas, tráfico ilícito de migrantes o trata de personas, podrá **deducir los recursos de protección** y amparo consagrados respectivamente en los artículos 20 y 21 de la Constitución, en el ámbito de su competencia.*

Por lo tanto, la **legitimación activa** para comparecer en calidad de interviniente, está dada por la ley 20.405 que crea el Instituto Nacional de Derechos Humanos que tiene por objeto la promoción y protección de los Derechos Humanos, y que en su artículo 3 N° 5 la faculta para interponer recursos de protección en el ámbito de su competencia.

CUARTO OTROSÍ: Sírvase S.S. ltma. tener presente que mi parte propone que todas las resoluciones judiciales, actuaciones y diligencias le sean notificadas vía correo electrónico a las casillas de correo electrónico [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] por ser ésta suficientemente eficaz y no causar indefensión.

QUINTO OTROSÍ: Sírvase S.S. ltma. se sirva tener presente designo como abogado patrocinante y confiero poder para representarme en esta causa a la profesional del Instituto Nacional de Derechos Humanos, [REDACTED], cédula de identidad nº [REDACTED] de mi mismo domicilio, confiriéndole expresamente y mediante este acto, todas las facultades de actuación establecidas en el artículo 7º del Código de Procedimiento Civil, las cuales se tienen por reproducidas para todos los efectos legales, los cuales suscriben el presente libelo en señal de aceptación del mandato judicial otorgado. Para efectos de acreditar la calidad de abogados, solicitamos se tenga presente lo contenido en el Auto acordado AD 754-2008, decretado por la Excma. Corte Suprema con fecha 08 de agosto de 2008.

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]