

Materia: Recurso de F
Secretaría: Criminal

EN LO PRINCIPAL: recur
acompaña documentos; **SEGUNDO OTROSI:** ~~Orden de no innovar~~, **TERCER
OTROSI:** Orden de no innovar; **CUARTO OTROSI:** Patrocinio y
poder.

ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO

Amelia Mamani Charchas, indígena quechua de Calama, rut 12.037.334-k, Alicia Salvatierra, indígena quechua de Calama, rut 10.537.981-1; y Ariel León Bacián, indígena aymara, rut 14.433418-3, miembro de la Mesa Ejecutiva de la organización Pueblos Originarios Unidos (POU), en favor de Catalina Andrea Cortes Cortes, RUT: 14.108.402-K, Consejera del Área de Desarrollo Indígena Jiwasa Oraje, y en favor de Esteban Araya Toroco, rut 10.753.097-5; indígena likanantai o atacameño, Presidente de la Asociación Indígena de Agricultores Lay Lay de Calama, y miembro de la Comisión de Resguardo de Sitios Arqueológicos, todos del Consejo Autónomo Ayllu sin Fronteras, chilenos, y domiciliados para estos efectos en Hurtado Rodríguez 381, Santiago, Colegio de Arqueólogos de Chile A.G., también recurrente, domiciliado para estos efectos en calle Roberto del Río 1378, Providencia, Santiago, y Fundación Patrimonio Nuestro, también recurrente, representada por Rosario Carvajal, rut 11.838.331-1; a SS. Itma decimos:

Que, encontrándonos dentro de plazo y en virtud de lo establecido en el art. 20 de la Constitución vigente y en el Auto Acordado sobre tramitación y fallo del recurso de protección de 27 de junio de 1992 y sus modificaciones posteriores, venimos en interponer acción de protección en contra del Ministro de Deportes, don Gabriel Ruiz-Tagle, domiciliado en Fidel Oteiza 1956, piso 3, Providencia, en base a los fundamentos de hecho y de derecho que a continuación exponemos:

LOS HECHOS

1.- Por publicaciones de prensa hemos tomado conocimiento que se pretende realizar en nuestro país una competencia denominada Rally Dakar, que atravesará distintos lugares de la zonas norte y centro de Chile, contemplando una de sus etapas, específicamente, la zona de **Calama**, además de Iquique, Antofagasta, El Salvador, La Serena y Valparaíso, según indica la página web de la mencionada competencia www.dakar.com.

2.- En todas las versiones anteriores de esta competencia se ha dañado el patrimonio arqueológico del país, conforme lo acredita el oficio 5216/2012, de fecha 18 de diciembre de 2012 y que se acompaña, del Señor Secretario Ejecutivo del Consejo de Monumentos Nacionales (en adelante "CMN"), don Emilio de La Cerda Errázuriz, dirigido al señor Ministro de Educación y Presidente del CMN de la época, señor Harald Beyer Burgos. Dicho oficio fue enviado en cumplimiento de un acuerdo del Consejo Pleno de dicho organismo, tomado en sesión ordinaria del día 12 de diciembre de 2012.

3.- En el oficio en comento se detallan los daños provocados en el patrimonio arqueológico por el "Rally Dakar", en cada una de sus versiones. El cuadro resumen es el siguiente:

Dakar	Km. Competencia aproximados	Regiones en competencia	Sitios detectados	Sitios evaluados post Dakar	Sitios con daños, de los evaluados post Dakar	
					Número	Porcentaje
2009	Sin información	Atacama Coquimbo Valparaíso	Sin información	Sin información	5	
2010	2.850 km	Tarapacá Antofagasta Atacama	147	111	52	47%
2011	2.418 km	Tarapacá Antofagasta Atacama	556	283	126	45%
2012	2.063 km	Tarapacá Antofagasta Atacama	272	97*	24	25%

* Para este año la evaluación fue realizada por el propio IND, por lo que el porcentaje de afectación aún no ha sido confirmado por el CMN.

En el año 2013, el informe elaborado por el Consejo de Monumentos Nacionales denominado "Evaluación de Impacto sobre el Patrimonio Arqueológico del Rally Dakar 2013" reconoce 12 sitios dañados. No obstante, en el mismo informe se establece que las rutas recorridas no incluyeron toda la extensión de la carrera, sino únicamente aquellas en que las líneas de base previa habían identificado bienes patrimoniales (p.1). Además la evaluación se realizó sin vehículos apropiados (doble tracción) que le impidieron acceder a todos los sitios donde se habían reportado sitios arqueológicos. Asimismo, la metodología de evaluación de daños que ha sido cuestionada. Este informe deja en evidencia una errónea definición del área de influencia directa de la competencia, que actualmente se restringe solo a la unión lineal de puntos GPS que deben recorrer los competidores, existiendo numerosos daños colaterales producidos por campamentos levantados con ocasión del Dakar, por el público que asiste a observar la competencia, etc. Estos sitios dañados por actividades vinculadas directamente con el Dakar no fueron considerados en el cómputo. Además, el informe señala que las líneas de base realizadas por el IND son deficientes, señalando al respecto "lo más preocupante es la omisión de sitios, en algunos casos de características muy evidentes". El evaluador de daños describe al menos 10 sitios no considerados en las líneas de base. (p.4). Agrega "de esta manera, existen

fundamentos para suponer que puede haber una gran cantidad de sitios que no fueron registrados y de esta manera quedaron desprotegidos. Por lo tanto, el cómputo de sitios dañados en la versión 2013 de la competencia es absolutamente relativo e incierto.

3.- Seguidamente, se señala que la coordinación del "Rally Dakar" corresponde en Chile al **Instituto Nacional del Deporte** (en adelante "IND") y que a esa entidad el CMN ha solicitado insistentemente evaluaciones arqueológicas y paleontológicas previas del recorrido del Dakar (línea de base). Se agrega que *"Sin embargo, hasta la fecha, no se han cumplido los requerimientos establecidos por el CMN, constatándose cada año la afectación de nuestro patrimonio arqueológico e histórico"*. Esto sucede porque el IND no ingresa al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y define entonces estándares que están muy por debajo de lo exigido en nuestro ordenamiento jurídico para los estudios de impacto ambiental.

4.- Como también informa el oficio del CMN 5216/2012, en el "Rally Dakar" participan *"...más de 500 vehículos pesados de diverso tipo, (desde motos a camiones), además de los vehículos de prensa y espectadores, los que muchas veces se desplazan en sectores con caminos poco definidos o inexistentes, con áreas de tránsito que pueden superar los 100 metros de ancho, por lo que la afectación de sitios arqueológicos y paleontológicos se hace evidente en la zona del desierto de Atacama, riquísima en evidencias de este tipo"*.

5.- Es decir, producto del "Rally Dakar", y con una evaluación que no ha sido ni lejanamente exhaustiva, se constata que han sido dañados cerca de dos centenares de sitios arqueológicos, todos los cuales, supuestamente, estaban completamente protegidos por la Ley de Monumentos Nacionales. Se ha perdido irremediablemente, información insustituible sobre nuestra memoria como Nación.

6.- Además del daño producido hasta la fecha, el CMN se preocupa de señalar que este daño **se volverá a producir en la versión del 2013**, toda vez que como ya se ha dicho, no se han implementado las medidas solicitadas. Textualmente se señala, al solicitar que el Consejo de Defensa del Estado informe sobre las responsabilidades a que están afectas las autoridades del CMN, que ello se efectúe *"...respecto del daño que se ha generado y **que se conoce se generará por el paso del Rally Dakar este 2013"***.

7.- Quedando por establecer la magnitud del daño provocado en la versión del 2013, los recurrentes consideramos que existe una grave amenaza a nuestro patrimonio arqueológico en la versión del 2014, en la medida que esta actividad se siga desarrollando en forma ilegal y arbitraria, como ha sucedido hasta la fecha y como a continuación se explica.

EL DERECHO

I.- DERECHOS CONSTITUCIONALES QUE SE NOS HAN PRIVADO Y QUE SE SIGUE AMENAZANDO:

A) *derecho a vivir en un medio ambiente limpio y libre de contaminación:*

La privación de nuestro derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, consagrado en el art. 19 N° 8 de la Constitución Política, al implicar la destrucción de cerca de dos centenares de sitios arqueológicos y paleontológicos. Respecto de la versión 2014 del Dakar, constituyen una amenaza más que cierta a este mismo derecho. Para llegar a esta conclusión es preciso previamente establecer que:

1.- El Patrimonio arqueológico es parte del Medio Ambiente:

En efecto, el concepto de “medio ambiente” consagrado en la letra II) del artículo 2 de la Ley N° 19.300 sobre Bases del Medio Ambiente (en adelante LBMA), señala que éste es “*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*”. El patrimonio arqueológico nacional está compuesto por elementos de naturaleza al mismo tiempo física y sociocultural, y forma así parte del concepto legal de medio ambiente.

Lo anteriormente expuesto es tan claro, que más adelante, entre las razones que justifican la realización de un Estudio de Impacto Ambiental, el artículo 11, letra f de la misma LBMA señala: “*Alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural*”. Por su parte y desarrollando dicha norma, el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante SEIA), aprobado mediante Decreto Supremo No. 40 de 2013, Ministerio Secretaria General de la Presidencia de la República, última versión 29.11.2008, establece en su artículo 10 que debe atenderse, para determinar la pertinencia de elaborar un Estudio de Impacto Ambiental, entre otras circunstancias, a:

Artículo 10.- “*Alteración del patrimonio cultural.*

El titular deberá presentar un Estudio de Impacto Ambiental si su proyecto o actividad genera o presenta alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural.

A objeto de evaluar si el proyecto o actividad genera o presenta alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural, se considerará:

- a) La magnitud en que se remueva, destruya, excave, traslade, deteriore, intervenga o se modifique en forma permanente algún Monumento Nacional de aquellos definidos por la Ley N° 17.288.
- b) La magnitud en que se modifiquen o deterioren en forma permanente construcciones, lugares o sitios que por sus características constructivas, por su antigüedad, por su valor científico, por su contexto histórico o por su singularidad, pertenecen al patrimonio cultural, incluido el patrimonio cultural indígena.
- c) La afectación a lugares o sitios en que se lleven a cabo manifestaciones habituales propias de la cultura o folclore de alguna comunidad o grupo humano, derivada de la proximidad y naturaleza de las partes, obras y/o acciones del proyecto o actividad, considerando especialmente las referidas a los pueblos indígenas.

2.- Como parte del Medio Ambiente, el patrimonio arqueológico es susceptible de verse afectado por la contaminación:

Efectivamente, un Medio Ambiente Libre de Contaminación, según el artículo 2, letra m) de la LBMA, es aquel "en el que los contaminantes se encuentran en concentraciones y períodos inferiores a aquéllos susceptibles de constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del **patrimonio ambiental**;"

Contaminante, por su lado, es definido por la letra d) del mismo artículo 2° de la LBMA, como "todo elemento, compuesto, sustancia, derivado químico o biológico, **energía**, radiación, **vibración**, ruido, o una combinación de ellos, cuya presencia en el ambiente, en ciertos niveles, concentraciones o períodos de tiempo, pueda constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la **conservación del patrimonio ambiental**".

Es decir, la "energía", la "vibración" y la "combinación" de ambos, cuando superan ciertos niveles, concentraciones o períodos, se transforman en "contaminantes", si pueden convertirse en un riesgo, entre otros aspectos protegidos, para el "patrimonio ambiental", entre el cual está, como ya fue explicado en el numeral anterior, incluido el "patrimonio arqueológico".

En la especie, la energía y la vibración producida por los centenares de vehículos que forman parte de la caravana del "Dakar", son contaminantes que provocan un riesgo, mayúsculo de acuerdo a la nefasta experiencia de todas las versiones pasadas, para la conservación del patrimonio arqueológico del país, parte integrante de nuestro medio ambiente.

B) Los organizadores del Rally Dakar han cometido el delito reiterado de destrucción de sitios arqueológicos (sobre 240 sitios destruidos documentados) y no se ha perseguido su responsabilidad civil ni penal por parte del Estado de Chile:

En nuestro ordenamiento jurídico, quien daña un sitio arqueológico comete un delito condenado con penas de cárcel y multas (artículo 38 Ley 17.288). La única forma en que un proyecto o actividad altere sitios arqueológicos sin incurrir en la comisión de un delito es a través de la evaluación del impacto ambiental de la actividad, que define claramente el impacto y diseña medidas idóneas de mitigación y compensación (rescates arqueológicos). En Chile no existe una tercera vía, que permita destruir sitios arqueológicos con total impunidad, como ha ocurrido durante las 5 versiones que lleva en Chile esta competencia.

El SEIA es el principal instrumento de gestión ambiental, de carácter preventivo, con que cuenta nuestra legislación y ha constituido un gran avance para nuestro país en materia de prevención, protección y planificación ambiental¹. En términos generales, el SEIA dispone que un proyecto o actividad no pueda ejecutarse, sino una vez que su impacto ambiental haya sido debidamente evaluado en un procedimiento coordinado por el Servicio de Evaluación Ambiental, en que participan los diferentes órganos con competencia ambiental.

Es importante tener presente que tratándose de actividades que puedan alterar monumentos arqueológicos la ley exige la realización de un **Estudio de Impacto Ambiental**.

El Estudio de Impacto Ambiental (EIA), según el **Artículo 2, letra y)** es

el documento que describe pormenorizadamente las características de un proyecto o actividad que se pretenda llevar a cabo o su modificación. Debe proporcionar antecedentes fundados para la predicción, identificación, e interpretación de su impacto ambiental y describir la o las acciones que ejecutará para impedir o minimizar sus efectos significativamente adversos.

¹ Guzmán, R., Felipe: "Algunos problemas ocasionados por impactos no previstos en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental" II Jornadas Nacionales de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Editorial Lexis Nexis, 2005.

Los EIA, de acuerdo al artículo 12 de la Ley 19.300, deben cumplir con los siguientes requisitos:

1.- **Descripción del proyecto o actividad:** Esto implica definir con completa claridad el **área de influencia** que abarcará la actividad. En el caso de la competencia Rally Dakar, los organizadores mantienen hasta último momento **oculto el trazado** que seguirán los competidores, y este trazado se señala únicamente por puntos marcados con GPS pero la manera en que un piloto se traslada de un punto a otro es algo dejado a su pleno arbitrio. Esto genera un enjambre de huellas, particularmente en espacios abiertos, haciendo que su área de influencia sea imprecisa e imposible de fiscalizar con posterioridad.

2.- **Una Línea de Base:** Ella debe considerar **“los elementos naturales y artificiales que componen el patrimonio histórico, arqueológico, antropo - arqueológico, paleontológico, religioso y, en general, los que componen el patrimonio cultural, incluyendo la caracterización de los Monumentos Nacionales.”** (Artículo 11 letra f.6 Reglamento SEIA). Para ello debe emplearse una **metodología científica idónea**, que en arqueología es el examen del terreno mediante **prospección sistemática** con un número suficiente de arqueólogos que revisen las evidencias superficiales del terreno en forma previa a la competencia. Esta línea de base ha sido solicitada insistentemente por el CMN a al IND pero no se ha realizado debidamente, por las restricciones que impone los organizadores de la carrera. Esta situación produce que **existan muchos sitios arqueológicos no identificados con anterioridad a la realización de la competencia.**

3.- **Medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos (Mitigación o Compensación):**

Las Medidas de Mitigación y Compensación se regulan en el **artículo 12° letra h)** del Reglamento del SEIA. En el caso de las Medidas de Mitigación de monumentos arqueológicos, por ejemplo, se busca evitar el impacto sobre éste, ya sea creando un **cercos de protección** o **cambiando el trazado** del proyecto de modo que sus obras no le afecten. En cuanto a las **Medidas de Compensación** de monumentos arqueológicos o paleontológicos, por ejemplo, éstas proceden cuando el **proyecto o actividad producirá con certeza impacto** en este componente, entonces como medida de compensación se excava un cierto porcentaje del sitio arqueológico, se analizan los materiales y se publica la información obtenida. De este modo, opera la ficción jurídica que frente al daño producido se genera un bien equivalente, consistente en la investigación científica de los restos recobrados.

El Informe Técnico del CMN respecto a los Daños del DAKAR 2011, explica que **“se optó por solicitar la aplicación de medidas de compensación previas a la competencia, de manera similar a lo efectuado para el Dakar 2010. Éstas correspondían al registro y/o rescate de información arqueológica o histórica relevante, a realizar antes de la ejecución de la competencia. En el caso del Rally 2011, considerando el poco tiempo para realizarlas y que aún no habían fondos asignados para ello, se priorizó un número acotado de sitios, para los cuales se propusieron las medidas de compensación.”** (Página 7).

No obstante, **“no se adoptó medida de compensación alguna”**. Lo anterior porque no se obtuvo respuesta del interlocutor, el Instituto Nacional de Deportes, como organizador de esta competencia deportiva, respecto de la disponibilidad de los recursos necesarios para ejecutar las actividades requeridas como compensación por el paso del Rally DAKAR 2011 (Página 8).

En las versiones del DAKAR 2009, 2011, 2012 y 2013 NO SE ADOPTARON MEDIDAS DE COMPENSACIÓN. Porque el Instituto Nacional del Deporte, organizador de esta competencia deportiva, no respondió a los requerimientos del Consejo de Monumentos Nacionales. A este respecto, el Informe Técnico de Evaluación Competencia Rally Dakar 2011, elaborado por el Área de Arqueología del Consejo de Monumentos Nacionales concluye que **“la falta de implementación de medidas de compensación tales como registro y rescate de los sitios a ser afectados redundó en la**

pérdida de información patrimonial invaluable.”(Informe Técnico CMN Daños del DAKAR 2011, página 25).

Recordaremos que un principio rector del Derecho Ambiental es el principio preventivo, que persigue evitar o reducir los efectos negativos sobre el entorno, evaluados jurídicamente, a través del impacto ambiental o de naturaleza antijurídica, en el caso del daño ambiental.

Es importante tener presente que la diferencia jurídica entre el daño ambiental y el impacto ambiental radica no en la magnitud o intensidad de las transformaciones en el entorno, sino en el acto jurídico administrativo que valida o legitima estas intervenciones, expresada en la Resolución de Calificación Ambiental. Es esencial para no cometer el delito de destrucción de sitio arqueológico diseñar medidas de compensación que generen un beneficio al patrimonio cultural equivalente o mayor a la alteración o destrucción de que está siendo objeto. Por ejemplo, la realización de rescates arqueológicos en los sitios que necesariamente serán afectados, la investigación científica de estos hallazgos y la publicación de los resultados. Únicamente, de este modo puede operar la ficción jurídica de que el beneficio para la ciencia y nuestro acervo cultural es equivalente al daño producido, y el titular de la actividad no comete un delito puesto que se hace cargo de su impacto ambiental.

EN EL CASO DE LAS VERSIONES 2009, 2011, 2012 y 2013 DEL DAKAR QUE NO CONTEMPLARON MEDIDAS DE COMPENSACIÓN SE INCURRE DE LLENO EN EL DELITO DE DESTRUCCIÓN DE SITIO ARQUEOLÓGICO (ARTÍCULO 38 DE LA LEY DE MONUMENTOS NACIONALES).

Delito de daño o afectación a la integridad de un Monumento Nacional.

El artículo 38 de la Ley 17.288 prescribe que *“El que causare daño en un monumento nacional, o afectare de cualquier modo su integridad, será sancionado con pena de presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de cincuenta a doscientas unidades tributarias mensuales.”*

Con la realización del Dakar en territorio chileno se han producido numerosos casos de destrucción de sitios arqueológicos, conducta que constituye un delito, de acuerdo a lo prescrito por el artículo 38 de la Ley 17.288, no obstante, al ser una actividad auspiciada por organismos del Estado de Chile (Instituto Nacional del Deporte) estos delitos han quedado impunes y más aún se proyectan nuevas versiones de esta actividad. La situación es aún más grave en la versiones Dakar 2009, 2011, 2012 y 2013 donde incluso se han eliminado del todo las medidas de compensación de la destrucción producida. El Estado ha eximido de responsabilidad por estos delitos a los organizadores del Dakar y no ha asumido su propia responsabilidad ante estos hechos ilícitos.

Debemos recordar que normalmente cuando se producen delitos de destrucción de sitios arqueológicos es el Consejo de Defensa del Estado quien persigue a los culpables y demanda indemnizaciones a través de la Acción por Daño Ambiental. Sin embargo, en este caso, este organismo se ve impedido de accionar porque son organismos públicos quienes están detrás de la promoción y desarrollo del Dakar en tierras chilenas, quedando entonces estos delitos en una absoluta impunidad.

C) El derecho a la igualdad ante la ley del número 2 del artículo 19 de la Constitución Política.

C.1 En primer lugar, el derecho a la igualdad ante la ley se vulnera por la ausencia de medidas especiales que protejan eficazmente a los indígenas en sus derechos al medio ambiente y al patrimonio y religiosos.

Como es sabido, los derechos indígenas dicen relación, en su especificidad, y en lo que tengan de distinto o diferente de los estándares de derechos fundamentales aplicados al resto de la población chilena no indígena, con el derecho a la igualdad ante la ley y la no discriminación.

Durante más de dos siglos y medio después de la Revolución francesa y el triunfo del concepto jurídico de igualdad formal, los derechos indígenas fueron desconocidos y violados, hasta que comenzaron a dictarse distintos cuerpos jurídicos que realzan la diferencia cultural, la protegen, la garantizan. El desconocimiento de tal especificidad impide una igualdad efectiva, tal que a los iguales se les trate como iguales y a los diferentes como diferentes. En definitiva, desconocer la igualdad material de los indígenas, constituye una discriminación arbitraria.

Los derechos indígenas, a la propiedad, al medio ambiente, al trabajo y la seguridad social, al manejo de los recursos naturales, etc., tienen estándares distintos de aplicación a los pueblos y personas indígenas. La no aplicación de esos estándares especiales, vulnera el derecho a la igualdad ante la ley, pues con ello se niega esa diferencia, y se asimila a los pueblos y personas indígenas a la sociedad mayor, provocando la extinción cultural de los pueblos indígenas.

Tal y como dispone el artículo 1° de la Ley 19.253,

*“El Estado reconoce que los indígenas de Chile son los descendientes de las agrupaciones humanas que existen en el territorio nacional desde tiempos precolombinos, que **conservan manifestaciones étnicas y culturales propias** siendo para ellos la tierra el fundamento principal de su existencia y cultura.*

*El Estado reconoce como principales etnias indígenas de Chile a: la Mapuche, Aimara, Rapa Nui o Pascuenses, la de las comunidades Atacameñas, Quechuas, Collas y Diaguita del norte del país, las comunidades Kawashkar o Alacalufe y Yámana o Yagán de los canales australes. El Estado valora su existencia por ser parte esencial de las raíces de la Nación chilena, **así como su integridad y desarrollo, de acuerdo a sus costumbres y valores.***

*Es **deber de la sociedad en general y del Estado en particular, a través de sus instituciones respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades, adoptando las medidas adecuadas para tales fines** y proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación”*

Esta norma reconoce que la forma de proteger los derechos indígenas merece formas especiales de protección, al señalar que es el Estado quien debe “adoptar medidas adecuadas” para “respetar, proteger y promover el respeto a las culturas de los indígenas”. En virtud de las acciones y omisiones denunciadas, claramente no se ha aplicado medida adecuada alguna para evitar la destrucción patrimonial en virtud del Dakar.

El artículo 28 de la Ley indígena establece que “*El reconocimiento, respeto y protección de las culturas e idiomas indígenas contemplará: (...) f) La promoción de las expresiones artísticas y culturales y la **protección del patrimonio arquitectónico, arqueológico, cultural e histórico indígena**”.* Claramente respecto del Dakar no ha habido protección del patrimonio arqueológico e histórico indígena, representado por las tumbas, cementerios, petroglifos, etc., que han sido flagrantemente dañados por los participantes de la carrera.

La Ley 19.253, dispone en su artículo 29 que “*Con el objeto de proteger el patrimonio histórico de las culturas indígenas y los bienes culturales del país, se requerirá informe previo de la Corporación para:*

- a) La venta, exportación o cualquier otra forma de enajenación al extranjero del patrimonio arqueológico, cultural o histórico de los indígenas de Chile.*

- b) La salida del territorio nacional de piezas, documentos y objetos de valor histórico con el propósito de ser exhibidos en el extranjero.*

- c) La excavación de cementerios históricos indígenas con fines científicos la que se ceñirá al procedimiento establecido en la ley N° 17.288 y su reglamento, previo consentimiento de la comunidad involucrada.*

- d) La sustitución de topónimos indígenas”.*

Asombra que este nivel de protección que involucra a la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI), se aplique a la enajenación de patrimonio arqueológico, y que incluso se requiera el consentimiento de las comunidades en caso de excavación de cementerios, mientras que con la DESTRUCCIÓN Y ALTERACIÓN DAÑOSA de patrimonio que ha provocado el Dakar, no se ha verificado ningún esfuerzo eficaz por evitarla.

Respecto de todos los derechos de las personas y pueblos indígenas, los Estados partes, de acuerdo al artículo 4 del Convenio 169 de la OIT deberán adoptar “*las **medidas especiales que se precisen para salvaguardar** las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados.*

2. Tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados”.

A mayor abundamiento, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, suscrita por Chile, cuya Resolución fue aprobada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007, dispone en su artículo 11 que:

*“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”.***

C 2.- En segundo lugar, el derecho a la igualdad ante la ley se ve vulnerado por el hecho de no haberse realizado consulta indígena sobre esta medida. Sobre esto queremos hacer las siguientes precisiones:

La consulta indígena es un mecanismo motivado en el derecho a la igualdad, como medida de discriminación positiva.

Tal y como dispone el artículo 5 del Convenio 169, no bastan con las medidas especiales de protección o salvaguarda. Además ellas deben ser diseñadas con la participación de los indígenas.

Los pueblos indígenas, hoy, detentan un mecanismo de participación superior al resto de los ciudadanos chilenos, que aplica el derecho a la igualdad y a la no discriminación, denominado “consulta indígena”. Este mecanismo implica restablecerlos en la igualdad de la que carecen materialmente. La consulta indígena los iguala, los restablece en la igualdad. En este sentido, el mecanismo de la consulta hace carne, hace real, materializa el derecho a la igualdad.

Sin la consulta indígena, o si se vulneran sus estándares de aplicación, el derecho a la igualdad ante la ley se ve vulnerado, pues se despoja a estos pueblos del mecanismo que “los hace iguales”, que “igualar” o hace material la igualdad ante la ley, respecto del resto de las personas no indígenas.

1.- El deber jurídico del Estado de consultar a los pueblos indígenas cuando tramita normas legislativas y/o administrativas que afectan a

tales pueblos, se ha incorporado plenamente como nueva norma al ordenamiento **jurídico** chileno.

El deber de consultar está establecido en tratados internacionales ratificados por Chile, a saber: el citado Convenio 169 de la OIT; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en la jurisprudencia de los órganos autorizados de la Convención Americana de Derechos Humanos y de la Convención Para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.

Tales Tratados de Derechos Humanos forman parte del bloque de Constitucionalidad de la República, en virtud de lo establecido en el artículo 5° inciso segundo de la Constitución Política de la República.

2.- El deber de consultar a los pueblos indígenas y los requisitos esenciales de la consulta están claramente establecidos en el Convenio 169 de la OIT, en su artículo 6° que establece que:

Artículo 6

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

(...)

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

3.- El Tribunal Constitucional de Chile en su sentencia Rol 309, de 20 de agosto de 2000, determinó que la obligación de consultar a los pueblos indígenas establecida en el Art. 6 del Convenio 169 de la OIT es una norma autoejecutable y que modifica tácitamente a la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional y la Ley de Gobierno regional.

4.- El Convenio 169 de la OIT entró en pleno vigor en Chile a partir del 15 de septiembre de 2009.

El Convenio fue aprobado por el Congreso Nacional, con fecha 5 de Marzo de 2008, tras la votación en el Senado de la República, el día 4 de marzo. La ratificación fue depositada por el Gobierno de Chile y registrada por el OIT con fecha 15 de septiembre de 2008. En consecuencia, como establece el Artículo 38 del Convenio 169, éste entró en vigor el 15 de septiembre de 2009.

5. La institución de la consulta a los pueblos indígenas posee requisitos esenciales, que son distintivos y diferentes a la acepción

vulgar del vocablo “consulta” y en algunas normas del ordenamiento jurídico chileno

La diferencia esencial de la consulta y su connotación jurídica especial fue claramente identificada por el Tribunal Constitucional de la República de Chile en su sentencia Rol 309 de agosto de 2000.

El Tribunal estableció que:

“La diferencia esencial que tiene la consulta a que se refiere el artículo 6º, N° 1º, letra a), de la Convención N° 169, con aquellas otras que se establecen en el actual ordenamiento positivo. Para demostrarlo baste señalar que si bien la respuesta a la consulta a que se refiere el tratado no tiene un carácter vinculante stricto sensu, si tiene una connotación jurídica especial que se encarga de precisarla el N° 2º del mismo artículo 6º que dice: “Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.”;

6. Los requisitos esenciales de la consulta a los pueblos indígenas, y que le otorgan una connotación jurídica especial están establecidos en el citado artículo 6º del Convenio 169, que establece en forma imperativa que:

“Las consultas deberán:

- efectuarse de buena fe
- de manera apropiada a las circunstancias
- a través de sus instituciones representativas (Art. 6. N°1 letra a)
- con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento (de los pueblos indígenas) acerca de las medidas apropiadas.”

Es decir, las medidas especiales de protección de los derechos al medio ambiente, a la libertad religiosa y al derecho a la igualdad ante la ley (medidas especiales de protección), debieron haberse consultado con los indígenas, lo que no ha ocurrido de manera alguna.

En una reciente sentencia, de veintiséis de septiembre de dos mil trece, rol N° 3.010-2013, la Corte Suprema falló el caso del Cerro Topater. En tal caso, en el cual figuran como recurrentes varios de los recurrentes del presente recurso, la acción judicial se motivó en la pretensión de los indígenas de paralizar de las obras de construcción de viviendas en el Cementerio Indígena y Cerro Fundición Topáter de Calama. En los considerandos respectivos, la sentencia dispone:

“7º.- El artículo 4.1. del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes -al que Chile se encuentra vinculado- preceptúa que se debe adoptar las medidas especiales que se precise para salvaguardar las culturas de los pueblos interesados, mientras el acápite a. de su artículo 5. exige que al aplicar sus disposiciones se reconozca y proteja los valores y prácticas culturales, religiosas y

espirituales que les sean propias, debiendo adoptarse las medidas encaminadas a allanar las dificultades que las etnias experimenten al afrontar nuevas condiciones de vida.

El apartado 3. de su artículo 7. impele a los gobiernos a velar porque, siempre que haya lugar, se efectúen estudios destinados a evaluar la incidencia social, espiritual, cultural y medio ambiental que las actividades de desarrollo puedan tener sobre esa población;

8°.- El Convenio 169 está entrecruzado por una idea central, como lo es la de la incorporación de los pueblos indígenas en la toma de decisiones relativas a aquellos aspectos del desarrollo social que puedan afectarles -en todo caso en forma directa- a través de expresiones tales como “con la participación de los pueblos interesados” (artículo 2.1.1.); “deseos expresados libremente por los pueblos interesados” (artículo 4.2.); “con la participación y cooperación de los pueblos interesados” (artículo 5.c.); “consultar a los pueblos interesados” (artículo 6.1.a.); “dichos pueblos deberán participar en la formación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente” (artículo 7.1.); etc.;

9°.- De lo expresado se sigue que no existe duda posible en cuanto a la existencia del acto que constituye la causa de pedir en el presente recurso, cual **la intervención a efectos de un proyecto inmobiliario, de un área reservada arqueológica y antropológicamente con motivo de un cementerio indígena de antigua data, denominado Cementerio Topater y de un monte aledaño conocido como Cerro Fundición, con profusos hallazgos de materiales culturales propios de los pueblos tribales**, lo que satisface la primera de las exigencias del recurso de protección;

10°.- En la medida que, como se desprende de los elementos de juicio recabados por la Corte y más arriba reseñados, la Sociedad Inversiones e Inmobiliaria Villa Nueva S.A. no ha procedido con sujeción estricta al mandato del artículo 26 de la Ley 17.288 y, mucho menos, a los preceptos del mentado Convenio 169 de la OIT, **la Corte califica el proceder como ilegal, con lo que se da cumplimiento a la segunda de las condiciones de procedencia de esta especial tutela.**”

C) El derecho al libre ejercicio y manifestación de todos los cultos del número 6 del artículo 19 de la Constitución Política.

La norma citada dispone que la Constitución garantiza a “todas” las personas “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.

(...)

Las iglesias, las confesiones e instituciones religiosas de cualquier culto tendrán los derechos que otorgan y reconocen, con respecto a los bienes, las leyes actualmente en vigor”.

El Convenio 169 de la OIT, ratificado por Chile y publicado en el Diario Oficial, dispone en el artículo 3 que “*Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación*”. Y evidentemente entre ellos se encuentra la libertad de cultos y la manifestación libre de toda creencia religiosa. Evidentemente también, los indígenas, varios de los recurrentes, mantenemos desde tiempos precolombinos, un sistema de creencias religiosas y ceremonias, una COSMOVISIÓN religiosa que se transmite oralmente y mediante prácticas, de generación en generación hasta el día de hoy.

Respecto de este derecho, y de todos los derechos de las personas y pueblos indígenas, los Estados partes, de acuerdo al artículo 4 del Convenio deberán adoptar “**las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente** de los pueblos interesados.

2. *Tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados*”.

Y quien tenga más dudas debe leer el artículo 5 del mismo Convenio que dispone que “*Al aplicar las disposiciones del presente Convenio:*

- a) *deberán **reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos** y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente;*
- b) *deberá respetarse la **integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos**;*”

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (Resolución aprobada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007, suscrita por el Estado de Chile), abunda en ello, disponiendo en lo pertinente:

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*”.

Es decir, los indígenas recurrentes tenemos EXPRESAMENTE derecho a:

1. Tener creencias religiosas
2. A manifestarlas

3. Al reconocimiento y protección de las mismas
4. A mantener y proteger nuestros lugares "religiosos y culturales".

Pues bien, las creencias del mundo andino, tanto aymara, quechua y likan antai, son particularmente comunes respecto a los lugares sagrados. Occidente ve sólo arqueología, tumbas, cementerios, petroglifos o geoglifos, etc, mientras que para nosotros esos lugares tienen una significación religiosa indesmentible.

En lo particular, para los indígenas esos lugares son denominados generalmente "huacas", lugares poderosos, lugares sagrados. Son muchas veces puentes para unir los mundos que constituyen el universo. El mundo de los vivos, con el mundo de los espíritus y el mundo de los antepasados.

Destruir esos lugares provoca en cualquier indígena un dolor religioso profundo, tal como el que provocaría la destrucción de una iglesia, por ejemplo, para un católico. El resultado más complejo para nosotros es que esos lugares quedan inhabilitados para servir de "puente" entre el mundo de los vivos con el mundo de nuestros dioses y el de "los abuelos" (nuestros ancestros que nos protegen, cuidan y apoyan).

No en todos esos lugares celebramos ceremonias, o "costumbres", pero todos son valiosos, pues nos muestran lugares especiales, que tienen la potencialidad de ser "puentes" entre los mundos, o que indican lugares especiales y poderosos. En este sentido, ninguno está abandonado, pues pertenecen a nuestro paisaje, sabemos que nuestros ancestros los erigieron, diseñaron o construyeron, y están ahí cumpliendo una función cultural o religiosa.

La desacralización de nuestro territorio y la eliminación o daño a estos "lugares especiales" de gran relevancia religiosa, es el resultado más brutal de la carrera Dakar.

Todos estos lugares, además, están ligados a nuestra historia, nuestros valores, y constituyen señas de ocupación territorial ancestral de tales territorios. Son nuestra propiedad ancestral, tal como lo disponen los artículos 13 y siguientes del mismo Convenio 169 de la OIT, lo que lamentablemente no está reconocido en la Ley chilena de Monumentos 17.288, que los convierte en propiedad estatal.

No obstante, la ley chilena sí reconoce derechos religiosos, derechos a nuestras creencias, incluso sobre lugares religiosos.

La Ley 19.638, que ESTABLECE NORMAS SOBRE LA CONSTITUCION JURIDICA DE LAS IGLESIAS Y ORGANIZACIONES RELIGIOSAS, dispone en su artículo 1º. *"El Estado garantiza la libertad religiosa y de culto en los términos de la Constitución Política de la República"*.

El pretender que nuestras creencias religiosas no son valiosas o relevantes para ser protegidas, vulneraría el artículo 1 de la Ley Indígena, pero también el artículo 2º de la Ley 19.638, que dispone que *“Ninguna persona podrá ser discriminada en virtud de sus creencias religiosas, ni tampoco podrán éstas invocarse como motivo para suprimir, restringir o afectar la igualdad consagrada en la Constitución y la ley”*.

Es por ello que nos preguntamos dónde y cuándo se han tomado las medidas que hacen carne el artículo 2 de la misma ley, que señala *“El Estado garantiza que las personas desarrollen libremente sus actividades religiosas y la libertad de las iglesias, confesiones y entidades religiosas”*.

En definitiva, al no existir medidas especiales que garanticen nuestra libertad de culto, se vulneran los dos derechos del artículo 6 de la Ley 19.638:

“La libertad religiosa y de culto, con la correspondiente autonomía e inmunidad de coacción, significan para toda persona, a lo menos, las facultades de:

a) **Profesar la creencia religiosa que libremente elija** o no profesar ninguna; manifestarla libremente o abstenerse de hacerlo; o cambiar o abandonar la que profesaba;

b) **Practicar en público o en privado, individual o colectivamente, actos de oración o de culto; conmemorar sus festividades; celebrar sus ritos; observar su día de descanso semanal; recibir a su muerte una sepultura digna, sin discriminación por razones religiosas; no ser obligada a practicar actos de culto o a recibir asistencia religiosa contraria a sus convicciones personales y no ser perturbada en el ejercicio de estos derechos;**”

La misma Ley Indígena, N° 19.253, reconoce estos “lugares especiales” o “poderosos”, “puentes hacia otros mundos”, cuando ordena en su artículo 19 que *“Los indígenas gozarán del derecho a ejercer comunitariamente actividades en los sitios sagrados o ceremoniales, cementerios, canchas de guillatún, apachetas, campos deportivos y otros espacios territoriales de uso cultural o recreativo, que sean de propiedad fiscal”*.

Ahora bien, quien dude de esta argumentación, podrá percatarse que esta ha sido validada en la sentencia definitiva de la Corte Suprema del caso Cementerio Indígena Topater:

Sentencia del caso Topater:

*“11°.- 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 inconsulta 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 tráfao 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, garantido para ellas y sus congéneres por el apartado 6° 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 2° del propio artículo 19.

Uno y otro, pues, se ven afectados como consecuencia directa e inmediata de la invasión que de hecho se está produciendo en los sitios singularizados;

II.- OMISIONES ILEGALES:

1.- Por parte del Ministro de Deportes, Gabriel Ruiz-Tagle: No cumplir con los requerimientos efectuados por el Consejo de Monumentos Nacionales para impedir el daño arqueológico del "Rally Dakar".

Como señala con entera claridad el Secretario Ejecutivo del Consejo de Monumentos Nacionales en su oficio 5216/2012, pese a que se ha solicitado "insistentemente" la realización de evaluaciones arqueológicas y paleontológicas previas (línea de base) al Instituto Nacional de Deportes, estas no se han efectuado.

Igualmente, en el mismo documento el CMN establece que la afectación al patrimonio arqueológico y paleontológico se ha producido por "la no implementación de medidas de protección solicitadas por el Consejo de Monumentos, a que las implementadas han sido inadecuadas y a que no se han realizado las medidas de rescate propuestas". La implementación y/o fiscalización adecuada de las medidas establecidas por el CMN corresponde al IND, organismo

público que como ya ha sido señalado por el CMN en su oficio, es el encargado de la coordinación del Dakar.

El cumplimiento de las medidas establecidas por el CMN resulta obligatorio para el Instituto Nacional del Deporte en función de lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 17.288 sobre Monumentos Nacionales, que establece:

“Las autoridades civiles, militares y de carabineros tendrán la obligación de cooperar con las funciones y resoluciones que adopte el Consejo en relación a la conservación, el cuidado y la vigilancia de los Monumentos nacionales”.

En base a la disposición transcrita, queda de manifiesto que el actuar del Instituto Nacional del Deporte, al no cumplir ni fiscalizar el cumplimiento de las medidas acordadas por el CMN para proteger nuestro patrimonio arqueológico y paleontológico, es abiertamente ilegal. Resulta también arbitraria, pues no existe ninguna razón que pueda servir para permitir la destrucción de nuestros monumentos nacionales.

2.- Por parte del Subsecretario de Deportes, Gabriel Ruiz-Tagle: No Someter la actividad denominada “Rally Dakar”, al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental:

Más allá de las medidas requeridas directamente por el CMN, estos recurrentes estiman que, en estricto rigor, dichas medidas debieron ser establecidas en una Evaluación de Impacto Ambiental. En efecto:

El Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental está consagrado en el párrafo 2º del Título II de la Ley de Bases del Medio Ambiente. El artículo 10, ubicado en dicho párrafo, establece que: *“Los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, en cualesquiera de sus fases, que **deberán someterse** al sistema de evaluación de impacto ambiental, son los siguientes:*

*Letra p) Ejecución de obras, programas o **actividades** en parques nacionales, reservas nacionales, monumentos naturales, reservas de zonas vírgenes, santuarios de la naturaleza, parques marinos, reservas marinas o en **cualquiera otras áreas colocadas bajo protección oficial**, en los casos en que la legislación respectiva lo permita”.*

No cabe duda, por otra parte, que los monumentos arqueológicos son “áreas colocadas bajo protección oficial”. Así lo señala con claridad el artículo 21 de la Ley Nº 17.288, sobre Monumentos Nacionales: *“Por el solo ministerio de la ley, son Monumentos Arqueológicos de propiedad del Estado los lugares, ruinas, yacimientos y piezas antropo-arqueológicas que existan sobre o bajo la superficie del territorio*

nacional. Para los efectos de la presente ley quedan comprendidas también las piezas paleontológicas y los lugares donde se hallaren”.

Como puede apreciarse, se trata de una forma en extremo rigurosa de protección oficial. Por una parte, no se requiere de ningún acto administrativo declarativo, sino que la protección opera “por el sólo ministerio de la ley”. Por otra parte, la forma de protección consiste en incorporar los monumentos arqueológicos a la “propiedad” del Estado. Al ingresar a su patrimonio, el Estado dispondrá de todas las herramientas propias del dominio para defender esta valiosísima propiedad. Es importante hacer notar que este rigor protector opera sólo con este tipo de monumentos nacionales, pues otras especies, como los monumentos arquitectónicos, por ejemplo, pueden ser de propiedad privada.

Una de las características del patrimonio arqueológico es que generalmente estará oculto, “bajo la superficie del territorio nacional”. Por ello, la ley ha tomado precauciones especiales que permitan compatibilizar la realización de determinadas actividades con la preservación de los monumentos arqueológicos. Una de esas precauciones está establecida en la misma Ley de Monumentos Nacionales, la que en su artículo 26 establece: *“Toda persona natural o jurídica que al hacer excavaciones en cualquier punto del territorio nacional y con cualquier finalidad, encontrare ruinas, yacimientos, piezas u objetos de carácter histórico, antropológico, arqueológico o paleontológico, está obligada a denunciar inmediatamente el descubrimiento al Gobernador Provincial, quien ordenará a Carabineros que se haga responsable de su vigilancia hasta que el Consejo se haga cargo de él”.* Por cierto, y a contrario sensu, no podrán estar permitidas actividades que consistan en excavar la tierra, como hacen efectivamente las ruedas de los centenares de pesados vehículos que compiten en el “Dakar”, pero que vuelven completamente imposible que los conductores siquiera se percaten de la aparición de restos arqueológicos, mientras corren raudos alternando la mirada sólo entre la ruta y el cronómetro. Sin duda, ninguno de los pilotos de las versiones pasadas del “Dakar” siquiera se enteró del invaluable patrimonio que quedaba destruido bajo sus ruedas.

Otra forma de protección del patrimonio arqueológico es, precisamente, el SEIA. Obsérvese que la LBMA no exige, en su artículo 10, que la actividad “**cause**” impacto ambiental, a ciencia cierta, para obligarla a someterse a dicho sistema. Le basta con que sea “**susceptible de causar**” impacto ambiental, es decir, que tenga la potencialidad de provocar impacto. Esto deriva del carácter esencialmente preventivo de dicho sistema. Se trata precisamente de evaluar los proyectos o actividades antes de su realización. Sólo si después de atravesar dicho sistema, se llega a la conclusión, por las

autoridades competentes, que no causará ningún impacto ambiental que no esté permitido, recién entonces la actividad es autorizada.

En el caso del "Dakar", como ya se ha expresado, existen niveles de incerteza respecto de la verdadera área de influencia de la actividad. Esta, por cierto, debe ser mucho más amplia que una mera ruta que pueda ser trazada sobre un mapa, por la circunstancia, inherente a la prueba misma, de que los vehículos pueden desviarse márgenes importantes (por lo menos 100 metros según el oficio del CMN arriba señalado). La incerteza indicada, que es responsabilidad de quienes diseñan una prueba de esas características, no puede redundar en una desprotección ambiental. Por ello, si existe alguna duda sobre la real área de influencia, debe optarse por la mayor protección y ello significará entender que la prueba se localiza "en" un área sujeta a protección oficial y por lo tanto, que debe someterse al SEIA. De esa forma se dará aplicación al principio precautorio, uno de los principios fundantes del derecho ambiental.

Una vez determinado que el proyecto se somete al SEIA, corresponderá establecer si debe ser evaluado como Estudio de Impacto Ambiental (EIA) o una Declaración de Impacto Ambiental (DIA). Sostener, sin embargo, que una actividad que es susceptible de generar los gravísimos impactos que ya se ha comprobado puede generar esta competencia ni siquiera debe ser evaluada mediante una DIA, resulta de una permisividad máxima.

Estamos ante algún nivel de incerteza importante para determinar si la actividad se realiza en áreas sujetas a protección oficial (en este caso, monumentos arqueológicos) como estipula la letra p) del artículo 10. Se podrá decir que sólo existe el "riesgo" que ello suceda. Pues bien, para evaluar ese riesgo es precisamente que fueron incorporadas estas actividades al SEIA. Se puede usar una metodología más simple de evaluación, si existen antecedentes que el riesgo es pequeño, o una metodología más compleja, si se cree que el riesgo es más bien alto. En el primer caso, la actividad podrá ser evaluada por una Declaración de Impacto Ambiental. En el segundo, se requerirá un Estudio de Impacto Ambiental.

Por lo anterior, como ya está dicho, el Reglamento del SEIA señala en su artículo 11 que: *"A objeto de evaluar si el proyecto o actividad, respecto a su área de influencia, genera o presenta alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural, se considerará (entre otras circunstancias):*

- a) *la proximidad a algún Monumento Nacional de aquellos definidos por la Ley 17.288;"*

3.- Independiente de lo anterior, el hecho de que no se haya realizado “medidas especiales” de resguardo o protección para los derechos de los indígenas al medio ambiente, a la igualdad ante la ley y la libertad religiosa, afectados por el daño patrimonial, determinadas vía consulta indígena, es otra omisión ilegal, tal como vimos más arriba.

III.- INDIVIDUALIZACION DE LA AUTORIDAD O PERSONA RECURRIDA

A.- El señor Subsecretario de Deportes, don Gabriel Ruiz-Tagle, quien conforme al oficio 5216/2012 del CMN es la autoridad encargada de coordinar la realización de la competencia de vehículos motorizados denominada “Rally Dakar”, y quien no ha cumplido con los requerimientos efectuados por el CMN para resguardar el patrimonio arqueológico nacional ni ha sometido al SEIA la actividad indicada en ninguna de sus versiones anteriores, por lo que nos asiste el justo temor que tampoco lo haga respecto de la versión 2014.

IV.- LEGITIMACIÓN ACTIVA

Los recurrentes son legitimarios activos en virtud de los siguientes argumentos:

1. Los recurrentes viven en el territorio donde se han verificado daños patrimoniales – ambientales (Calama, II región).
2. Paralelamente, los recurrentes individual y colectivamente han manifestado un constante interés por la protección del patrimonio cultural indígena. Sólo por dar un ejemplo, Doña Amelia Mamani Charcas y Esteban Araya fueron recurrentes en el caso Topater, citado en este escrito. El Consejo Ayllu sin Fronteras, la Asociación Indígena de Agricultores Lay Lay de Calama, y la Comisión de Resguardo de Sitios Arqueológicos son organizaciones que específicamente se han preocupado de estos temas.
3. Asimismo los recurrentes son indígenas, es decir, sus creencias religiosas y su cosmovisión son de los pueblos originarios andinos, que comparten la valoración por estos lugares especiales, sean tumbas, cementerios, petroglifos, geoglifos, pukara, apacheta, caminos u otros, que tienen un valor religioso para ellos.

Por su parte, en cuanto a la legitimación activa del Colegio de Arqueólogos de Chile A.G. La realización, a partir del año 2009 y hasta el presente, de la competencia denominada “Rally Dakar” en territorio nacional, ha dañado gravemente el patrimonio arqueológico de nuestro país, particularmente en la zona norte, destruyendo información invaluable para la reconstrucción, conocimiento y difusión de la

prehistoria de Chile. Ese daño implica una violación del derecho constitucional al medio ambiente de todos los chilenos, consagrado en el artículo 19 N° 8 de la Constitución vigente, desde el momento que de acuerdo a la definición legal de medio ambiente, contenida en el artículo II) de la Ley de Bases del medio Ambiente, este comprende el patrimonio arqueológico.

La violación del derecho al medio ambiente de todos los chilenos perpetrada por los organizadores del "Rally Dakar", afecta en especial a los arqueólogos agrupados en nuestro colegio profesional, pues destruye nuestro objeto de estudio, materia de nuestros análisis científicos y vía para nuestro aporte a la sociedad. En efecto, el "Rally Dakar" ha producido en cada una de sus versiones la destrucción de monumentos arqueológicos (207 en total). Los monumentos arqueológicos se encuentran reglamentados en el Título V de la Ley N°17.288, denominado "*De los Monumentos Arqueológicos, de las Excavaciones e Investigaciones Científicas correspondientes*". El artículo 21° define a esta clase de monumento, señalando al respecto que "*por el solo ministerio de la ley, son Monumentos Arqueológicos de propiedad del Estado los lugares, ruinas, yacimientos y piezas antropo- arqueológicas que existan sobre o bajo la superficie del territorio nacional. Para los efectos de la presente ley quedan comprendidas también las piezas paleontológicas y los lugares donde se hallaren...*"

El concepto anterior debe ser complementado con lo expresado por el artículo 1° de la Ley N°17.288, en el sentido de que son monumentos arqueológicos también "*los enterratorios o cementerios u otros restos de los aborígenes, las piezas u objetos antropo- arqueológicos, paleontológicos..., que existan bajo o sobre la superficie del territorio nacional o en la plataforma submarina de sus aguas jurisdiccionales y cuya conservación interesa a la historia, al arte o a la ciencia...*".

Tanto los bienes muebles como inmuebles pueden ser monumentos arqueológicos, ya que la definición incluye objetos antropo- arqueológicos y también ruinas y enterratorios.

Es importante señalar que la ciencia arqueológica ha usado la evidencia material (artefactos, restos humanos, estructuras, restos de animales y plantas) para descubrir cómo vivieron los hombres y mujeres cuando no existían registros escritos, o bien, cuando la documentación escrita es incompleta. Sus resultados revelan la gran vitalidad de la humanidad, la infinita variedad de sus aproximaciones a la existencia y la versatilidad de la adaptación humana al medio ambiente físico y cultural.

La arqueología se interesa en la información aportada por restos materiales del pasado humano. Debemos enfatizar que la arqueología moderna logra conocimientos a través de objetos y sitios arqueológicos, pero el conocimiento no debe ser confundido con los objetos o sitios en sí mismos. La información es obtenida no sólo a través del estudio del objeto, sino también **analizando las relaciones de los objetos entre sí**. Los restos materiales son de "*interés arqueológico*" si a través de su

estudio científico y análisis puede ser obtenida información relativa a la vida o actividades del pasado humano. Así, la mayoría de los objetos de períodos prehistóricos poseen claramente un interés arqueológico dado que la aplicación de técnicas arqueológicas a estos restos puede aportar información relativa a su manufactura, niveles de sofisticación tecnológica, ideología, etc. No obstante, la ubicación y contexto de dichos ítems es de gran valor a un estudioso, porque establecen la contemporaneidad de dichos objetos.

A raíz del paso del "Rally Dakar" sobre sitios arqueológicos, se destruyen no solo los objetos presentes en un sitio arqueológico, sino también las relaciones entre objetos que aportan información sobre el contexto en que fueron producidos y empleados.

El anuncio de la realización del Rally Dakar 2014 efectivamente constituye una grave amenaza para la integridad de nuestro patrimonio cultural arqueológico y constituye un deber fundamental de nuestro Colegio, que debe actuar en su protección.

En el artículo 3° de los Estatutos del Colegio de Arqueólogos A.G., referido al objeto principal que persigue esta entidad colegiada, se indica que este consiste en "*promover la racionalización, desarrollo, protección, y progreso material y espiritual, prestigio y prerrogativas de la profesión de arqueólogo, su regular y correcto ejercicio*".

En la letra f) del mencionado artículo se indica que esta entidad deberá "*prestar y requerir asistencia a universidades, sociedades científicas, colegios profesionales, organizaciones territoriales, comunidades indígenas, asociaciones culturales y autoridades públicas y privadas en todo lo que conduzca a las finalidades propias del ejercicio de la profesión de arqueólogo, en la promoción y protección del patrimonio cultural y en la colaboración con tribunales de justicia y otros organismos nacionales o internacionales en el esclarecimiento de casos relacionados con los derechos humanos y otros que sean de su competencia*".

En cuanto entidad gremial – además – actuamos en defensa de los legítimos intereses profesionales de nuestros afiliados, que se ven notoriamente afectados por actos de esta naturaleza que – como se dijo – destruyen el objeto de sus estudios.

En consecuencia, nuestro Colegio tiene claramente un interés comprometido en este recurso y, en mérito de ello, solicitamos a V.S.I. que acepte nuestra intervención como parte en el presente recurso.

POR TANTO,

A SSI. ROGAMOS: Acoger a tramitación el presente recurso de protección y, en definitiva, asegurar el imperio del Derecho, amparando a los recurrentes en el legítimo ejercicio del derecho constitucional a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (art. 19 N°8), derecho gravemente amenazado, declarándose en definitiva que el Subsecretario de Deportes se encuentra en la obligación de cumplir íntegramente los requerimientos efectuados por el Consejo de Monumentos Nacionales para salvaguardar el patrimonio arqueológico

del país ante los impactos del denominado "Rally Dakar" y que dicha actividad debe ser sometida al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

Asimismo, pedimos se ejecuten, previa consulta indígena, las medidas especiales de protección de los derechos a la libertad religiosa, al medio ambiente y a la igualdad ante la ley, de los afectados indígenas

PRIMER OTROSI: Sírvase SSI. tener por acompañados los siguientes documentos:

1. Copia de oficio 5216/2012, de fecha 18 de diciembre de 2012, del señor Secretario Ejecutivo del Consejo de Monumentos Nacionales dirigido al señor Ministro de educación.
2. Certificado donde consta la personería de doña Rosario Carvajal, en representación de la Fundación "Patrimonio Nuestro".
3. Acta de Asamblea Ordinaria del Colegio de Arqueólogos de Chile A.G. donde consta la elección como vicepresidenta de la entidad de la arqueóloga y abogada Paola González Carvajal, quien actúa en representación de su presidente Carlos Carrasco González, en ausencia del éste y habilitada por los Estatutos de esta organización.

SEGUNDO OTROSI: Sírvase SSI oficiar al señor Secretario Ejecutivo del Consejo de Monumentos Nacionales a objeto de:

1. Que remita copia de todos los informes que obren en su poder respecto de los daños ocasionados por el denominado "Rally Dakar" en todas las versiones realizadas, incluyendo la del 2013.
2. Remita copia de los oficios donde consten las medidas solicitadas al Instituto Nacional de Deportes en relación a los impactos del denominado "Rally Dakar" y las respuestas de dicho organismo.
3. Informe sobre las medidas de compensación acordadas entre el Consejo de Monumentos Nacionales y el Instituto Nacional del Deporte respecto de los impactos del "Rally Dakar", indicando si han sido cumplidas o no.

TERCER OTROSI: Sírvase dictar Orden de no innovar en la presente causa, en vista del *fumus boni iuris*, constituido por los informes que sientan mal precedente de la carrera Dakar, la cual ya ha producido año a año, daño patrimonial relevante y acreditado en los informes del Consejo de Monumentos y denuncias del Colegio de arqueólogos A.G.; y en vista del *periculum in mora*, constituido por la llegada de la carrera, sin resguardo alguno, el día 13 de enero de 2014 al territorio nacional, para que se disponga alguna de las siguientes medidas:

- 1.- Ordenar que el recorrido sólo se desplace por caminos públicos establecidos oficialmente.

2.- En subsidio a lo anterior, ordenar que el recorrido sea el mismo del año anterior, para evitar el daño a nuevos sitios arqueológicos.

3.- Cualquier otra medida que prevenga eficazmente el daño a los derechos de los recurrentes.

CUARTO OTROSÍ: Sírvase SSI tener presente que conferimos mandato judicial con las facultades de ambos incisos del art. 7° del Código de Procedimiento Civil al abogado don Luis Mariano Rendón Escobar, de nuestro mismo domicilio, y a doña Paola González Carvajal, domiciliada en Roberto del Río 1378, quienes firman en señal de aceptación. Respecto de las recurrentes Amelia Mamani Charcas y Alicia Salvatierra, adjuntamos a este recurso copia de escritura pública con patrocinio y poder en forma de mandato judicial en favor del mismo abogado.