

garantías Constitucionales mencionadas en el artículo 20 de la Constitución, como lo son los derechos del numeral 2, 10 y 24 del artículo 19 de la Constitución vigente.

Pues bien, el **acto recurrido** está constituido por un conjunto de acciones y omisiones materiales y administrativas realizadas por parte del Ministerio de Educación y de la Contraloría General de la República que desembocaron en la promulgación y publicación del **Decreto N° 97 del Ministerio de Educación** - publicado en el Diario Oficial con fecha **9 de febrero de 2021-**, mediante el cual se materializan vulneraciones de derechos fundamentales de los educadores tradicionales de los pueblos indígenas, que realizan labores docentes en los establecimientos educacionales en que se imparte la asignatura de lengua y cultura de los pueblos indígenas -recurrentes-, como también de sus estudiantes y del Pueblo Mapuche en general, al que todos los referidos pertenecen.

Respecto a la **arbitrariedad e ilegalidad del acto**, en el recurso se exponen los motivos por los que la tramitación, toma de razón y entrada en vigencia del Decreto N° 97 del Ministerio de Educación, violenta nuestro ordenamiento jurídico en general, pues afecta el principio de progresividad en materia de derechos humanos al resultar regresiva respecto al desarrollo alcanzado por el país en la materia (artículo 5° del D. 280 de 2009 del Mineduc); provoca, a su vez, afectaciones de derechos fundamentales de los educadores recurrentes, y del Pueblo Mapuche, específicamente respecto a lo siguiente:

- La principal ilegalidad consiste en que el Ministerio de Educación incorporó en el **Decreto Supremo en cuestión elementos ajenos a la consulta indígena**, verificando con ello una conducta de mala fe respecto al proceso, circunstancia expresamente prevista y proscrita por el Convenio 169 en su artículo 6, y por el artículo 9 del Decreto 66 del Ministerio de Desarrollo Social, de 2013, que *aprueba reglamento que regula el procedimiento de consulta indígena en virtud del artículo 6 n° 1 letra a) y n° 2 del convenio n° 169 de la organización internacional del trabajo y deroga normativa que indica.*
- Asimismo, el Ministerio de Educación omitió **etapas que comprende el proceso de Consulta de conformidad con el Decreto 66**, referido, pues, según se detallará, nunca se verificó la diligencia establecida en el literal e) del Artículo 16 del mismo, a saber, la denominada “Sistematización, comunicación de resultados y término del proceso de consulta”. Esto impidió a los pueblos incumbentes acceder a información jurídicamente relevante a efectos de efectuar un debido escrutinio sobre los actos administrativos que les afectarían posteriormente, y que materializarían en definitiva la mala fe en la tramitación de la consulta, que por el recurso se denuncia.
- Por otra parte, al tramitar la toma de razón del Decreto N° 97 en cuestión, la Contraloría General de la República realizó un alcance al Decreto tramitado, mediante el cual produce el efecto de **suprimir la obligatoriedad**

de la asignatura de referencia, cuestión que contraviene no solo la propuesta del Ministerio durante la consulta y los acuerdos adoptados en la misma con los pueblos participantes, sino que importa una infracción al principio de progresividad en materia de derechos humanos, pues el Decreto N°280 de 2009, estableció obligatoriedad en su artículo 5, como se explica en el recurso, vulnerando los derechos de propiedad sobre el patrimonio inmaterial de los Pueblos Indígenas, y, así, del Pueblo Mapuche, al que pertenecen los recurrentes.

Las ilegalidades del acto impugnado deben ser analizadas desde la perspectiva de un acto jurídico o material que es contrario al ordenamiento jurídico en su conjunto, pues el derecho a la consulta indígena es parte del bloque de derechos constitucionales y por lo mismo su observancia es un deber para los organismos estatales.

La consulta indígena como institución forjada en el derecho internacional, ingresó al ordenamiento jurídico chileno con la ratificación del Convenio 169 de la OIT el 15 de septiembre de 2008 y por su carácter de tratado internacional sobre prevención a la discriminación, su naturaleza es de tratado de derechos humanos. El Convenio N° 169 de la OIT fue promulgado por medio del decreto supremo N°236, de 2008, del Ministerio de Relaciones Exteriores y de acuerdo a lo resuelto por el Tribunal Constitucional en las sentencias N° 309, del año 2000, y N° 1.050, del año 2008, el artículo 6 N° 1 letra a) y N° 2 del Convenio N° 169 de la OIT tiene el carácter de norma autoejecutable.

Los derechos fundamentales reconocidos en el Convenio 169 de la OIT forman parte de la Constitución, de conformidad al artículo 5° inciso segundo de nuestra Carta Fundamental, lo que se traduce en un límite para la soberanía del Estado y deviene en un deber de los órganos del Estado su respeto y promoción. En aplicación de dicha norma se incorporan en forma automática las normas del Derecho Internacional de los derechos humanos a nuestro sistema jurídico, desde que están ratificados y se encuentran vigentes. Esto significa que ningún poder estatal constituido (ejecutivo, legislativo y judicial), puede ejercer sus funciones violentando dichos derechos, pues la soberanía estatal no existe en materia de derechos humanos porque ella tiene como límite tales derechos (Principio de Intangibilidad de los Tratados Internacionales sobre derechos fundamentales).

A su vez, los actos ilegales y arbitrarios consistentes en el conjunto de actuaciones de los recurridos, que se detallan en el recurso, y que desembocan en el Decreto N° 97, de febrero de 2021, han ***perturbado, amenazado y privado a los actores del ejercicio legítimo de los derechos fundamentales a la igualdad ante la ley, el derecho a la educación y la libertad de enseñanza***, todos ellos protegidos por la acción de protección, y que se desarrollaron en extenso en el recurso.

RESOLUCIÓN IMPUGNADA

En cuanto a los requisitos del Auto acordado de 1992 de la Excma. Corte Suprema, específicamente la exigencia de **Legitimación activa** de la parte recurrente, la sentencia recurrida resolvió lo siguiente:

NOVENO: *Que en relación con las normas anteriormente relacionadas, la doctrina y jurisprudencia nacionales reiteradamente han entendido que el recurso de protección no es una acción popular, sino una destinada a proteger un interés concreto y preciso de algún sujeto individual, o grupo de personas debidamente individualizadas, que se hayan visto personalmente afectados por un acto u omisión ilegal o arbitrario emanado de otro, que violente una determinada garantía o derecho constitucional de que son titulares, situación que claramente no es la autos, pues no se trata de personas (alumnos por ejemplo) que podrían ser afectados con el acto reclamado, sino de organizaciones mapuches, dirigentes de asociaciones y/o grupos de la misma clase, y educadores de dicha área.*

DECIMO: *Que en el caso de autos, tal como denuncian los recurridos, estos recursos acumulados no han sido interpuestos por las personas autorizadas para accionar en la representación que se dice detentar, por lo cual ha de concluirse que efectivamente, los recursos adolecen de causal de improcedencia por falta de legitimación activa de los comparecientes.*

Al respecto, debe tenerse presente que el artículo 2° del mismo cuerpo normativo establece que el recurso debe ser interpuesto “*por el afectado o por cualquiera otra persona en su nombre capaz de parecer en juicio*”.

El recurso de protección fue interpuesto por [REDACTED]

[REDACTED] todos mapuche y educadores de mapudungun; además de por las organizaciones ASOCIACIÓN INDÍGENA WITRAPÜRRAN y ASOCIACIÓN INDÍGENA KIÑE PU LIWEN.

El **Convenio 169** de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), expresa en su artículo 1° b), que **los titulares de los derechos** contenidos en él son:

“los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su

situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.”

Por su parte, la **Ley 19.253 de 1993**, así denominada *Ley Indígena*, ha reconocido las principales etnias o pueblos indígenas del país en su artículo 1°, inciso segundo. De esta manera el Pueblo Mapuche es considerado preexistente al Estado de Chile, al habitar el territorio a la época de la conquista y colonización mantención de sus instituciones sociales, culturales, económica y políticas y por ser parte de la enumeración de pueblos que la ley 19.253 expresamente realiza.

La sentencia de primera instancia omite lo establecido en estas normas, desconociendo que la condición de ser parte de un Pueblo Indígena los hace titulares de algunos derechos colectivos, siendo uno de los principales; el **derecho a la consulta indígena**. La consulta previa encuentra su fuente normativa en el Convenio 169 de la OIT, norma de carácter autoejecutable, como fue antes argumentado.

Siendo un derecho para los pueblos indígenas, la consulta constituye una obligación para el Estado de Chile. Este deber-derecho está recogido en el artículo 6° del Convenio N ° 169 de la OIT, el que dispone que:

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

- a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;*
- b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;*
- c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.*

*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”.***

El derecho de consulta que consagra el Convenio supone una garantía a la integridad del pueblo o comunidad indígena y encuentra su justificación en los esfuerzos de esos colectivos por redefinir sus términos de relación como sociedad

permanente con proyectos de vida regidos por una cosmovisión diversa de la occidental. Por lo mismo, constituye una norma primordial del Tratado, junto con el derecho a decidir sobre sus propias prioridades en lo que atañe a su proceso de desarrollo económico, social y cultural.

Ahora bien, el Decreto N°66 del Ministerio de Desarrollo Social, que “*Aprueba Reglamento que regula el procedimiento de consulta indígena en virtud del artículo 6 N°1 letra a y N°2 del Convenio N° 169 de la OIT*” publicado en el Diario Oficial con fecha 4 de marzo de 2014, interpretando restrictivamente las ocasiones en que debe consultarse, dispone en su Art. 7 que:

“Son medidas administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas aquellos actos formales dictados por los órganos que formen parte de la Administración del Estado y que contienen una declaración de voluntad, cuya propia naturaleza no reglada permita a dichos órganos el ejercicio de un margen de discrecionalidad que los habilite para llegar a acuerdos u obtener el consentimiento de los pueblos indígenas en su adopción, y cuando tales medidas sean causa directa de un impacto significativo y específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales, afectando el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas.”

De este modo, los actos impugnados que constituyen privación, perturbación o amenaza del legítimo ejercicio de los derechos fundamentales del artículo 19 N°2, N°10 y N°24, son específicamente los siguientes:

- **Decreto N° 97 del Ministerio de Educación, de fecha 21 de julio de 2020, publicado en el Diario Oficial con fecha 9 de febrero del año 2021** que “*Establece bases curriculares de la asignatura de lengua y cultura de los pueblos originarios ancestrales, para los cursos de 1° a 6° año de educación básica*”, tomado de razón con alcance por la Contraloría General de la República el 15 de enero de 2021, y publicado en el Diario Oficial con fecha 9 de febrero de 2021.
- El trámite de **Toma de Razón evacuado por la Contraloría General de la República, con fecha 15 de enero de 2021, que cursa con alcances el Decreto N° 97 del Ministerio de Educación**, en referencia, que señala que la segunda parte del inciso segundo del artículo tercero del Decreto de referencia, vale decir, **la “optatividad de la asignatura” en comento, resultará aplicable no solo a la hipótesis a que dicho inciso se refiere (establecimientos educacionales que al término del año escolar cuenten con una matrícula mejor al 20% de estudiantes con ascendencia indígena Mapuche), sino a la totalidad de los establecimientos que impartan la signatura, sea que se verifique o no la hipótesis de obligatoriedad prevista en el artículo 2° del Decreto N° 97. Esta interpretación resulta, en definitiva y en la materialidad, derogatoria de la obligatoriedad de la asignatura, como también**

regresiva respecto a la regulación anterior que sí establecía obligatoriedad efectiva (artículo 5 del Decreto 280 de 2009 del Mineduc, ya referido), y, asimismo, por todo ello, contraria a derechos fundamentales en la forma que se indicó en el recurso de protección.

- El proceso de **Consulta Indígena iniciado mediante Resolución Exenta N° 2061 de 27 de abril de 2018 del Ministerio de Educación**, que fue dirigido y organizado por el mismo Ministerio de Educación, sobre la propuesta de Bases Curriculares para la asignatura de Lengua y Cultura de Pueblos Indígenas de 1° a 6° año básico, cuya Etapa 1 se inició a nivel nacional, el 10 de julio de 2018, que **omitió al menos la etapa de tramitación preestablecida en el literal e) del Artículo 16 del Decreto 66, ya referido, denominada “Sistematización, comunicación de resultados y término del proceso de consulta”**.

LOS HECHOS CONTENIDOS EN EL RECURSO DE PROTECCIÓN

El año 1996 el Ministerio de Educación comenzó la implementación del PEIB, Programa de Educación Intercultural Bilingüe, con el objetivo de incorporar conocimientos indígenas al espacio escolar. Hacia el año 2006, el Consejo Superior de Educación aprobó los Objetivos Fundamentales y Contenidos Mínimos Obligatorios del Sector de Lengua Indígena, que fueron propuestos por el Ministerio de Educación y la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena CONADI. Lo anterior precisó de la elaboración de Programas de Estudio para los idiomas Aymara, Quechua, Mapuzugun y Rapa Nui, por ser los pueblos que actualmente cuentan con vitalidad lingüística.

El artículo 5° del Decreto Supremo N° 280 de 2009 de Mineduc ordenó que este sector curricular entraría en vigencia gradualmente a partir del año 2010, haciéndose obligatoria su implementación a partir del año escolar siguiente para los establecimientos que contaran con una matrícula igual o mayor al 50%, y a partir del año 2013 en los establecimientos que al finalizar el año escolar, contaran con una matrícula indígena igual o mayor al 20%.

La entrada en vigencia de la Ley General de Educación (LGE) supuso que el Programa de Educación Intercultural Bilingüe del Ministerio de Educación asumiera la función de elaborar bases curriculares que modificaran el actual marco curricular del sector de lengua indígena. Dicha alteración debía sujetarse a lo que establece el artículo 2 número 1 del Convenio 169 de la OIT que expresa:

“Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a

garantizar el respeto de su integridad". A continuación, el número 2 letra b), señala "Esta acción deberá incluir medidas (...) b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones."

En esta línea es que, entre los considerandos del Decreto Supremo atacado, se invoca lo señalado en el artículo 6 N° 1 letra a) y N° 2 del Convenio N° 169 de la OIT, que consagra el deber general de los gobiernos de consultar a los pueblos indígenas interesados cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, fundándose en este, pues, el proceso de consulta en cuestión. Asimismo, se recalca que esta definición de bases curriculares no es meramente voluntaria de parte de la autoridad, sino que resulta de la aplicación del artículo 31 del decreto con fuerza de ley N° 2, de 2009, del Ministerio de Educación, en adelante Ley General de Educación (LGE), en virtud de la cual el Presidente de la República, mediante decreto supremo dictado a través del Ministerio de Educación, previa aprobación del Consejo Nacional de Educación, debe establecer las bases curriculares para la educación parvularia, básica y media. Hace presente que para el caso de los pueblos indígenas, la Ley General de Educación, en su artículo 3°, estableció como principio inspirador del sistema educativo el de Interculturalidad, reconociendo y valorando al individuo en su especificidad cultural y de origen, considerando su lengua, cosmovisión e historia. Además, agrega, se consagra el principio de Integración e Inclusión, estableciendo que el sistema propiciará que los establecimientos educativos sean un lugar de encuentro entre los estudiantes de distintas condiciones socioeconómicas, culturales, étnicas, de género, nacionalidad o de religión. Igualmente, consagró la educación intercultural bilingüe, reconociendo la diversidad cultural y de origen en la cual se enseñan y transmiten la lengua, cosmovisión e historia de un pueblo. Finalmente se apoya en que los artículos 28, 29 y 30 de la LGE establecieron como objetivo general para la educación parvularia, básica y media, respectivamente, **que en los establecimientos educacionales con alto porcentaje de alumnos indígenas, éstos desarrollen aprendizajes que les permitan mantener su dominio de la lengua indígena.**

La misma Resolución Exenta impugnada regla que el proceso de Consulta Indígena dispondrá la realización de un proceso de consulta nacional a los pueblos indígenas relativo a las Bases Curriculares de la Asignatura de Lengua y Cultura de pueblos originarios desde primero a sexto año del nivel de educación básica, debiendo formarse expediente administrativo para dicha consulta, el que deberá ajustarse a lo señalado en el artículo 19 del Decreto Supremo N° 66, de 2013, del Ministerio de Desarrollo Social.

El **artículo 16 del D.S. N° 66, del Ministerio de Desarrollo Social**, ya referido, prescribe que la realización de un procedimiento apropiado de consulta deberá contemplar las siguientes etapas:

*a) Planificación del Proceso de Consulta; b) Entrega de información y difusión del proceso de consulta; c) Deliberación interna de los pueblos indígenas; d) Diálogo; y e) **Sistematización, comunicación de resultados y término del proceso de consulta.***

Con la finalidad de mantener información oficial del proceso de consulta indígena, el Ministerio de Educación creó una página web con el nombre de: <https://consultaindigena.mineduc.cl/>, en donde se informaría el estado de desarrollo de las distintas etapas del proceso previstas en el artículo 16 del D.S. N° 66, así como los documentos que contienen las medidas consultadas, los talleres de la etapa de diálogo realizadas y las principales noticias del proceso, incluyendo el Encuentro de Diálogo Nacional de Consulta Indígena, correspondiente a la etapa 4 desde el 26 al 28 de marzo, en la ciudad de Santiago, cuya acta de acuerdos se encuentra registrada.

Como responsable del proceso de la Consulta de las medidas señaladas, el Ministerio dio inicio a la primera etapa de planificación mediante convocatorias a reuniones a los representantes de organizaciones indígenas interesadas, las que se programaron entre el 10 de junio y el 8 de agosto de 2018. La página web referida, establece una última noticia, que indica:

“Concluye consulta indígena que permitirá contar con la nueva asignatura de Lengua y Cultura de los Pueblos Originarios Ancestrales

viernes 29 de marzo, 2019.”

- *El subsecretario de Educación, Raúl Figueroa, valoró el trabajo realizado con los representantes de los nueve pueblos indígenas. “Hemos culminado con éxito un largo proceso de consulta indígena, que nos va a permitir contar con unas bases curriculares modernas, que se hagan cargo de la importancia de revitalizar la lengua y la cultura de los pueblos originarios”.*
- *Una vez que el Ministerio de Educación ajuste las Bases Curriculares se presentarán al Consejo Nacional de Educación para su revisión y aprobación.”*

La noticia permite acceder sólo al documento del proceso, titulado “*Acta Encuentro de Diálogo Nacional Etapa N° 4: Diálogo*”, no existiendo más registros ni documentación con posterioridad a esa fecha.

De acuerdo al mismo Decreto N° 97 que se impugna, y a lo que informa la página web del Consejo Nacional de Educación <https://www.cned.cl/actas-de-sesiones>, sabemos que casi cuatro meses después de haber concluido la etapa de diálogo de la Consulta Indígena -sin haberse abordado la etapa de

“Sistematización, comunicación de resultados y término del proceso de consulta”-, mediante Oficio Ordinario N° 162/2019, de fecha 17 de julio de 2019, se presentó a consideración del Consejo Nacional de Educación una “*propuesta de las Bases Curriculares de la Asignatura de Lengua y Cultura de los Pueblos Originarios Ancestrales, de 1° a 6° año de enseñanza básica*”. El consejo observó la propuesta indicada, debiendo el Ministerio de Educación, con fecha 20 de noviembre de 2019 presentar nuevamente a consideración del Consejo Nacional de Educación la referida propuesta con modificaciones respecto de los lineamientos entregados por el Consejo Nacional de Educación, incluyendo ejes y conceptos respecto de la progresión asociada a los objetivos de aprendizaje de la Asignatura en cuestión, resultando esta propuesta finalmente aprobada en sesión de fecha 11 de diciembre de 2019, mediante Acuerdo N° 155/2019, ejecutado por resolución exenta N° 399, de fecha 20 de diciembre de 2019. No obstante, ninguna de estas observaciones del Consejo Nacional de Educación dice relación con las acciones u omisiones que a juicio de los recurrentes vulneraron sus derechos y garantías constitucionales.

Con fecha 9 de febrero de 2021 se publicó en el Diario Oficial el Decreto Supremo N°97 suscrito por el Presidente de la República y el Ministro de Educación, Raúl Figueroa Salas, tomado de razón con alcance por la Contraloría General de la República de fecha 15 de enero de 2021. Solo con dicha fecha los recurrentes y el pueblo mapuche en general pudo tomar conocimiento de las **innovaciones normativas incorporadas en el decreto, pero en modo alguno mencionadas ni menos aún debatidas en el proceso de consulta, a saber, el texto incorporado en la segunda parte del inciso segundo del artículo 3°**. El referido inciso regula la implementación de la asignatura en cuestión en los establecimientos educacionales que cuenten con una matrícula menor de 20% de estudiantes con ascendencia indígena Mapuche Quechua Aymara y Rapa Nui, disponiendo que será voluntaria la implementación de la asignatura, cuestión respecto a la cual, si bien no hubo unanimidad, sí fue debatido. Sin embargo, **se incorpora un elemento que desmedra seriamente el contenido normativo de lo discutido en la consulta, a saber, que en aquellos establecimientos que contando con una matrícula menor al 20% de estudiantes con las ascendencias indígenas referidas resuelvan voluntariamente implementar la asignatura de lengua y cultura indígena, esta tendrá el carácter de “optativa” para el estudiante y su familia**. Así pues, queda seriamente cuestionada la eficacia de la política pública discutida en la consulta, ya que aun cuando se implemente la asignatura voluntariamente, esta quedará sujeta al consentimiento de los respectivos particulares.

El referido alcance incorporado por la Contraloría General de la República en su toma de razón expresa lo siguiente:

“en relación al artículo 3° párrafo segundo, segunda parte del acto en estudio, la que establece que “*Esta asignatura será optativa para el estudiante y la familia. Los padres o apoderados deberán manifestar por escrito, en el momento*

de matricular a sus hijos o pupilos, si desean o no la enseñanza de la asignatura”, que debe entenderse que la opción antes referida aplica en general para esa asignatura, independientemente que su implementación sea obligatoria o voluntaria para el establecimiento, acorde a los artículos 2° y 3° del decreto aludido”.

Por tanto, el derecho a optar o no por tomar la asignatura se extiende a la totalidad de los establecimientos. Este alcance produce el efecto de suprimir o DEROGAR LA OBLIGATORIEDAD para los establecimientos que cuenten con una matrícula MAYOR a 20% de estudiantes con ascendencia indígena, lo que importa no solo un total desconocimiento del proceso de consulta indígena, sino también de la propuesta del mismo ejecutivo en dicho proceso de consulta; asimismo importa una infracción del principio de progresividad en materia de derechos humanos (pues importa un desarrollo de derechos inferior al alcanzado en materia de derechos en el Decreto N ° 280 del MINEDUC del año 2009, artículo 5°), como se desarrolló en el apartado del recurso sobre el derecho.

DERECHOS CONSTITUCIONALES VULNERADOS

El Decreto Supremo impugnado por este recurso ha sido tramitado y ejecutado al margen de la normativa de derechos indígenas, resulta regresivo frente al desarrollo alcanzado por el Decreto 280 del Mineduc de 2009, vulnerando con ello el principio de progresividad de los derechos humanos, y adolece de notoria falta de racionalidad, constituyéndose en un acto ilegal y arbitrario que priva perturba y amenaza garantías constitucionales según se expuso en el recurso de protección.

DERECHO A LA IGUALDAD ANTE LA LEY

El mandato constitucional respecto a que en Chile no existan personas ni grupos privilegiados tiene un sentido material, y refiere a la necesidad de que la legislación garantice la equidad, estableciendo condiciones de igualdad respecto de personas que históricamente han padecido condiciones que los han colocado en situaciones de desventaja. Este enfoque ha sido aplicado por los órganos internacionales de derechos humanos respecto de los pueblos indígenas, reconociendo su diferencia con el resto de la sociedad. Así, ha pronunciado la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en un caso relevante, que:

“Debido a que el presente caso trata sobre los derechos de los miembros de una comunidad indígena, la Corte considera oportuno recordar que, de conformidad a los artículos 24 (igualdad ante la ley) y 1.1 (obligación de respetar los derechos) de la Convención Americana, los Estados deben garantizar, en condiciones de igualdad, el pleno ejercicio y goce de los derechos de estas personas que están a su jurisdicción. Sin embargo, hay que resaltar que para garantizar efectivamente estos derechos, al interpretar y aplicar su normativa interna, los Estados deben tomar en

consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural.” (Corte IDH. Caso Yakye Axa vs Paraguay. Sentencia 17 de junio de 2005, párrafo 51).

Esta interpretación es recogida en nuestro derecho interno por la Ley Indígena N°19.253 que establece una normativa de protección especial para las tierras y cultura de los pueblos indígenas, como lo expresa su artículo 1° inciso segundo:

*“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.”*

Así, el Decreto Supremo impugnado al sustraerse del cumplimiento de las etapas de tramitación del proceso de consulta regladas por el Decreto N°66 del Ministerio de Desarrollo Social, y de los principios y normas consagradas por el Convenio 169 de la OIT, tanto por no concluir la totalidad de las etapas de la Consulta Indígena, como por incorporar en su redacción elementos que no fueron parte del proceso de Consulta, alterando con ello los parciales acuerdos alcanzados en dicha consulta y suprimiendo la obligatoriedad de la asignatura en cuestión en los establecimientos educacionales, constituye un acto u omisión ilegal y arbitrario que vulnera la garantía constitucional de igualdad, pues ignora una diferencia reconocida y amparada por nuestro ordenamiento jurídico.

Fue este un criterio decisorio para la Excma. Corte Suprema al dictar sentencia en causa **Rol 258-2011, Consejo de Pueblos Atacameños con COREMA Antofagasta, de 13 de julio de 2011**, cuyo considerando noveno expresa:

“Tal carencia torna ilegal la decisión al faltar a un deber de consulta que debía acatar la autoridad por imperativo legal, lo que lesiona la garantía de igualdad ante la ley, porque al no aplicarse la consulta que el Convenio dispone, niega trato de iguales a dichas comunidades indígenas, puesto que la omisión implica no igualar para los efectos de resolver.

Así también, razonó **la Excma. Corte que la falta de consulta adecuada implica una violación al derecho a igualdad ante la ley:**

“Que conviene dejar consignado que el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales establece para aquellos grupos con especificidad cultural propia, un mecanismo de participación que les asegura el ejercicio del derecho esencial que la Constitución Política consagra en su artículo primero a todos los integrantes de la comunidad nacional, cual es el de intervenir con igualdad de condiciones en su mayor realización espiritual y material posible.”

Además, la Corte Suprema ha señalado que sin consulta **adecuada a la normativa, “[...] [el acto] impugnado, incumple la obligación de fundamentación de los actos administrativos, porque no es fruto de un claro proceso de consulta en el que se hayan tenido en cuenta las aspiraciones y formas de vidas de las comunidades originarias interesadas.”**

En razón de lo anterior, resulta vulneratorio de la garantía de igualdad ante la ley, el haber adicionado elementos no incorporados en el proceso de consulta en la redacción del Decreto N°97 por parte del Ministerio de Educación. Al revisar la documentación de convocatoria del proceso de consulta, referidos en la Resolución Exenta N° 2061 de abril de 2018, **resulta evidente que el elemento que se consigna en la parte final del inciso segundo del artículo 3° del Decreto Supremo impugnado, esto es, la *optatividad* de estudiantes y apoderados, ya referida, respecto de la asignatura de lengua y cultura indígena, no se encontraba comprendida en el proceso de consulta.**

La página web <https://consultaindigena.mineduc.cl/> establecida por el Ministerio de Educación para informar sobre el proceso de consulta indígena, contiene un link con la pregunta **“¿cuál es la medida que se llevará a Consulta Indígena a nivel nacional?”** Una vez seleccionado el link se responde así:

*“La medida a consultar corresponde a la **propuesta de Bases Curriculares de 1° a 6° año básico para la asignatura de Lengua y Cultura de los Pueblos Indígenas**, que ha elaborado el Ministerio de Educación mediante un proceso participativo con actores educativos de los pueblos indígenas, y que tiene como propósitos favorecer la educación intercultural y el aprendizaje de la lengua y la cultura de estos pueblos en establecimientos educacionales del país, considerando a todos los pueblos reconocidos por la Ley Indígena: aymara, quechua, licanantai, colla, diaguita, rapa nui, mapuche, kawésqar y yagan.”*

Al acceder al documento “Propuesta de Bases Curriculares”, en la misma web referida, el que fue entregado a los participantes del proceso en la etapa de entrega de información, se despliega un total de tres documentos: La “*propuesta de bases curriculares*”, el “*instrumento 1*” y el “*instrumento 2*”, indicando lo siguiente:

“La propuesta de Bases Curriculares de la asignatura de Lengua y Cultura de los Pueblos Indígenas define los aprendizajes asociados a las lenguas y las culturas de los pueblos indígenas que los niños y niñas aprenderán en la escuela, entre 1° y 6° año básico, en una primera etapa. Definen, Objetivos de Aprendizaje asociados a las lenguas y culturas indígenas, tanto en contextos de sensibilización, de rescate y revitalización, así como de fortalecimiento y desarrollo de estas; al conocimiento de la historia y del territorio de los pueblos; de su cosmovisión; y de las técnicas y artes ancestrales.

Descargue la propuesta de Bases Curriculares de la asignatura de Lengua y Cultura de los Pueblos Indígenas [aquí](#).

Del mismo modo, el Ministerio de Educación proveerá de instrumentos que acompañan la propuesta de Bases Curriculares, para que los pueblos indígenas, trabajen en torno a esta, de forma voluntaria:

- Un **primer instrumento** que busca facilitar el análisis de la propuesta de Bases Curriculares, recogiendo los acuerdos, disensos y propuestas de las comunidades, asociaciones y organizaciones, las que se discutirán en la Etapa de Diálogo con el Ministerio de Educación. Estos acuerdos permitirán construir y fundamentar la formulación final de las Bases Curriculares, las que serán presentadas al Consejo Nacional de Educación para su evaluación y aprobación. Descargue el primer instrumento [aquí](#).
- Un **segundo instrumento** que propone preguntas que orientan el diálogo que realizarán las asociaciones, organizaciones y comunidades al analizar la propuesta de Bases Curriculares. Descargue el segundo instrumento [aquí](#).”

Estos documentos junto con el documento “Acta N ° 4 del Encuentro Nacional de Diálogo”, **que documentan las aristas que fueron discutidas en el proceso de consulta entre las cuales en modo alguno figura la optatividad en cuestión.**

El Acta N ° 4 del Encuentro Nacional de Diálogo señala claramente en su página 13 cuál fue la propuesta realizada por el Subsecretario Raúl Figueroa Salas, representante del Gobierno frente a los Pueblos Indígenas, la que comprendía que la asignatura fuera OBLIGATORIA para todos los establecimientos educacionales, sin plantear la idea de otorgar una opción a los Padres y Apoderados, sino al propio Establecimiento:

“Propuesta Mineduc punto 1:

- Mantener 20% para EE con alta concentración
- Programa de Interculturalidad para todos
- Sin % para pueblo colla, diaguita, licanantai, kawésqar y yagán
- Implementación voluntaria para aquellos EE que no cumplan el 20%
- En próxima modificación curricular (2022) podría entrar asignatura a curriculum para que fuese obligatoria para todos los EE.”

A su vez, también se vulnera la garantía de igualdad ante la ley por haber tramitado el decreto supremo con infracción de lo dispuesto en el D.66 del Ministerio de Desarrollo Social.

La Resolución Exenta y la información de la página web referidas anteriormente señalan que se realizaría la Consulta de referencia de conformidad con los procedimientos que regula el Decreto N ° 66 del Ministerio de Desarrollo Social, el que dispone para dicho proceso las siguientes etapas:

- a) Planificación del Proceso de Consulta
- b) Entrega de información y difusión del proceso de consulta
- c) Deliberación interna de los pueblos indígenas

d) *Diálogo*

e) **Sistematización, comunicación de resultados y término del proceso de consulta.**

En los antecedentes suministrados por el Ministerio de Educación -versión del Decreto enviado a CGR y Página web antes referida-, es posible constatar que **el último registro relativo al proceso de consulta corresponde al Acta N°4 del Encuentro Nacional de Diálogo, concluida el 28 de marzo de 2019.**

La redacción del Decreto no contiene referencia alguna al proceso de sistematización referido en el literal e) del artículo 16 del Decreto N° 66 de 2014, citado.

La página web de información del proceso señala expresamente que la consulta indígena desarrollará todas y cada una de las etapas prescritas por el Decreto N° 66:

“Cuáles son las etapas, [tiempos y consideraciones generales del proceso de Consulta](#) Indígena?”

Etapas 1: *Planificación del proceso de Consulta. Esta considera reuniones en que se entregará información preliminar, se acordará la metodología y los intervinientes.*

Etapas 2: *Entrega de información y difusión del proceso de Consulta. Mineduc entrega a los pueblos indígenas la totalidad de antecedentes sobre la medida a consultar.*

Etapas 3: *Deliberación interna de pueblos indígenas. El Ministerio facilitará las condiciones y recursos humanos para que los pueblos puedan reunirse a analizar, estudiar y determinar sus posiciones sobre la medida a consultar, de manera que puedan preparar la etapa de diálogo.*

Etapas 4: *Diálogo entre pueblos indígenas y Mineduc. Tiene por finalidad la búsqueda de acuerdos sobre la medida a consultar.*

Etapas 5: *Sistematización, entrega de resultados y término del proceso. Entrega del informe final y expediente de la Consulta.*

Cada etapa se puede desarrollar en un periodo no superior a los 20 días hábiles.”

No obstante, a la fecha no se tiene noticia de la etapa de sistematización, entrega de resultados y termino, que se comprometió a cumplir conforme a ley. Cabe agregar que la información que se entrega a través de la página web no resulta ser un tema baladí, dado que el mismo Decreto N° 66 del Ministerio de Desarrollo Social, en su artículo 16 letra b) indica que en la Etapa de entrega de información la obligación, entre otros del Ministerio responsable del proceso, que dicha información deber ser completa al expresar:

“Esta etapa tiene por finalidad entregar todos los antecedentes de la medida a consultar a los pueblos indígenas, considerando los motivos que la justifican, la naturaleza de la medida, su alcance e implicancias (...) La información de la medida a consultar y del proceso se deberá actualizar permanentemente en los sitios web del Ministerio de Desarrollo Social, de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena y del órgano responsable.”

Siendo este pues, el canal formal y oficial para que el público interesado se informe del proceso, queda a la vista que no se entregó ni información completa, ni informe final sobre el término del proceso de Consulta, pues no hay a la fecha registro público que dé cuenta del cumplimiento de la quinta etapa del proceso de consulta contemplada en el Decreto N° 66 referido.

Tampoco hay indicio de que la Contraloría General de la República haya recibido los antecedentes de la Consulta Indígena con la totalidad de sus etapas concluidas, por cuanto la última etapa de Sistematización, comunicación de resultados y término del proceso de consulta, no se encuentra, en efecto, concluida.

El referido defecto agrava la arbitrariedad con la que actuó el Ministerio de Educación, pues **hizo imposible conocer los detalles y antecedentes completos del proceso de consulta y de su conclusión hasta la publicación en el Diario Oficial del Decreto N° 97, lo que vulnera su garantía de Igualdad ante la Ley, a la vez que convierte en letra muerta uno de las intenciones normativas principales de la consulta, a saber, sujetar al escrutinio de los grupos indígenas interesados el proceso de elaboración de una decisión pública que los afecta.**

EL DERECHO A LA EDUCACIÓN

La Constitución Política de la República ha establecido en su artículo 19 N°10, el derecho a la educación, señalando que la finalidad de la educación es el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida; estableciendo en lo referido a esta situación recurrida que la educación básica y la educación media son obligatorias, debiendo el Estado financiar un sistema gratuito con tal objeto, destinado a asegurar el acceso a ellas de toda la población. Continúa señalando que corresponderá al Estado, asimismo, fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles; estimular la investigación científica y tecnológica, la creación artística y **la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación.**

Para este caso, el Ministerio de Educación, como ya hemos señalado, expresó como fundamento de la Consulta Indígena: *“Que, de los nueve pueblos originarios, reconocidos en la Ley N° 19.253, Mapuche, Aymara, Rapa Nui, Quechua, Lickanantay, Colla, Diaguita, Kawésqar, y Yagán, los cinco últimos se encuentran en una situación de extrema vulnerabilidad lingüística y cultural, y es por ello que el sistema educativo debe promover espacios, dentro del currículum nacional, que*

rescaten y revitalicen estas lenguas;”, asumiendo en propiedad, al menos en sus intenciones expresadas, ese deber de protección al patrimonio cultural, del cual es parte la Lengua y Cultura de los Pueblos Originarios.

Con este objetivo, se propuso por parte del Gobierno en la Consulta Indígena una implementación obligatoria de la asignatura en forma gradual, la que según da cuenta el Acta N° 4 de acuerdos de la jornada nacional, ya referida, fue aceptada por los demás Pueblos Indígenas presentes, con excepción de los representantes del Pueblo Mapuche que preferían una obligatoriedad completa. De estos acuerdos, dan cuenta los mismos considerandos del Decreto Supremo N°97 impugnado, al señalar:

“Que, según da cuenta el acta de la Etapa N° 4, de marzo de 2019, del tercer Encuentro de Diálogo Nacional, entre los nueve pueblos originarios y las autoridades del Ministerio de Educación se tomaron los acuerdos finales respecto a la Asignatura de la Lengua y Cultura de los Pueblos Indígenas Ancestrales;

Que, respecto a la implementación de la Asignatura de Lengua y Cultura de los Pueblos Indígenas Ancestrales, que tenía por objetivo su obligatoriedad y sujeción a un porcentaje de matrícula de estudiantes indígenas en el establecimiento educacional, se tomaron consensos sin la adhesión del pueblo Mapuche, el que, según lo señalado en el acta ya referida, decide retirarse de la Consulta”.

De esta manera, la Contraloría General de la República como parte de la institucional del Estado de Chile, con su Alcance al Decreto Supremo de fecha 15 de enero de 2021, ha vulnerado el acuerdo suscrito entre el Estado y los Pueblos Indígenas, que estableció la obligatoriedad para los establecimientos educacionales con 20% o más de matrícula de estudiantes pertenecientes a los pueblos indígenas, establecido en el artículo 2° del Decreto señalado, y que expresó:

“Artículo 2°.- Considérese que para los establecimientos educacionales que cuenten al término del año escolar con una matrícula de un 20% o más de estudiantes con ascendencia indígena, de conformidad con la Ley N° 19.253, que Establece Normas sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas, les será obligatorio implementar la Asignatura de Lengua y Cultura de los Pueblos Originarios Ancestrales.”

La Contraloría General de la República ha vulnerado la garantía de Derecho a la Educación de los miembros de las comunidades indígenas recurrentes y el derechos de los miles de niños, niñas y adolescentes indígenas en Chile cuyas familias y comunidades, se ven afectadas en este derecho, y más aún está limitando y desconociendo la conformidad de una sociedad intercultural, en que están presente nueve Pueblos Originarios, siendo deber y obligación del Estado, para entregar una educación que contribuya y fomente la protección del patrimonio cultural e inmaterial de los Pueblos Indígenas, donde las lenguas originarias son la bases del patrimonio de toda la sociedad nacional, siendo la

educación- escuela como rol socializador, la clave de un buen vivir, reconociendo, respetando y valorando al otro en su diversidad cultural y social.

EL DERECHO DE PROPIEDAD

La Constitución Política del Estado en su artículo 19 N°24 establece una de las garantías de mayor relevancia para nuestro sistema jurídico, al señalar que garantiza la Constitución “El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales”, agregando que, “Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social.”

Con el Alcance de la Contraloría General de la República y la derogación del Decreto N° 280 de 2009 del mismo MINEDUC, el Decreto Supremo recurrido ha vulnerado el derecho de propiedad, pues estima por concluidos los derechos adquiridos de alumnas y alumnos pertenecientes a Pueblos Indígenas, esto es, la obligatoriedad de efectuar clases con la asignatura de Lengua y Cultura Indígena en establecimientos educacionales con matrículas sobre el 20% de estudiantes de pueblos indígenas. A partir del 9 de febrero del 2021, estos estudiantes han perdido este derecho consagrado desde el año 2009, debido a que la impartición de la asignatura quedó sujeta a la voluntad de los padres o apoderados.

La Lengua y Cultura de los Pueblos Indígenas, es sin duda parte de su patrimonio inmaterial, y sobre ella los pueblos tienen derechos colectivos e individuales reconocidos por instrumentos internacionales de nacionales Unidas y de la Organización de Estados Americanos. El mismo Convenio 169 de la OIT, tratado vigente en Chile desde 2009, los ha consagrado, estableciendo este derecho sobre el patrimonio inmaterial de la Lengua y la Cultura en diversos textos oficiales, así como en proyectos de ley en tramitación por el ejecutivo, como es el caso del proyecto de ley de patrimonio cultural ingresado a la Cámara de Diputados el 2019. En su Mensaje expresa que tiene como objetivos modernizar la institucionalidad de la actual Ley de Monumentos Nacionales Ley N°17.228 de 1970, actualizar sus categorías y otorgar una protección efectiva al patrimonio cultural en Chile, mediante su identificación, conservación, puesta en valor, gestión y promoción, incorporando en este patrimonio las expresiones culturales de los pueblos indígenas tanto materiales como inmateriales, y entre estas últimas los referente a las lenguas de los pueblos originarios. El mensaje del proyecto de ley dispone en lo pertinente:

“Junto con reconocer la importancia que tuvieron estos instrumentos de doctrina internacional, entre las regulaciones que el proyecto de ley considera se encuentran la Carta de ICOMOS relativa a los Jardines Históricos (Florenia, 1982); la Carta internacional de ICOMOS para la conservación de ciudades históricas y áreas urbanas históricas (Washington, 1987); la Carta ICOMOS para Interpretación y Presentación de Sitios de Patrimonio Cultural (Quebec, 2008); la Carta ICOMOS de Itinerarios Culturales (Quebec, 2008); la Recomendación para

los Paisajes Urbanos Históricos (UNESCO, 2011); el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo de 1989, ratificada por Chile en 2008; entre otros”

Además debemos considerar, que a partir del año 2010, por aplicación del Decreto N° 280 referido, cuando se inician las clases de Lengua Indígena en los establecimientos educacionales con 20% o más de matrícula de estudiantes pertenecientes a pueblos indígenas, implementados en forma gradual y obligatoria, se ha configurado desde esa fecha un derecho adquirido por parte de las alumnas y alumnos indígenas y de sus familias, así como de la misma comunidad educativa en su conjunto, incorporándose este derecho incorporado e inmaterial de derecho a una cátedra o asignatura de Lengua y Cultura Indígena, que no puede ser vulnerado sino por una ley, y en este caso no por otro decreto supremo, como es el **Decreto N° 97.**

Finalmente, debemos recordar que el Convenio 169 de la OIT es un tratado de derechos humanos, en este caso específicamente referido a derechos de los pueblos indígenas y tribales, y que por tanto, como parte de los derechos humanos de los pueblos indígenas desde su aprobación, ratificación y vigencia desde septiembre de 2009, rige el principio de NO REGRESION, por lo que un derecho ya establecido en la normativa interna en favor de los pueblos indígenas y de las personas pertenecientes a dicho pueblo indígena no puede ser menoscabo sino mejorado, lo que para el caso del acto recurrido, se ha producido este menoscabo y vulneración para alumnas, alumnas, familias de pueblos indígenas, al haber perdido formalmente el carácter de obligatorio la asignatura de Lengua y Cultura indígena que ya era parte de su propiedad inmaterial, trasgrediendo su derecho de propiedad consagrado en la Constitución Política del Estado.

POR TANTO, en conformidad a lo dispuesto en los números 5° y 6° del Acta N°94-2015, que fija el texto refundido del Auto Acordado Sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de las Garantías Constitucionales, así como también las demás normas internacionales, constitucionales, legales y reglamentarias referidas en el cuerpo de esta presentación,

SOLICITO A SSI, tener por interpuesto recurso de apelación en contra de la *sentencia de 10 de noviembre del año en curso*, concederlo y elevar los autos ante la Excma. Corte Suprema para que ésta, conociendo del presente recurso, la revoque y en definitiva acoja, en todas sus partes con costas, la acción de protección incoada en contra del Presidente De La República, Sebastián Piñera Echeñique, del Ministerio De Educación y la Contraloría General De La República, en contra del Decreto N ° 97 del Mineduc, de fecha 21 de julio de 2020, publicado en el Diario Oficial con fecha 9 de febrero del año 2021, disponiendo:

- 1) Que se invalide, anule o prive de efectos al Decreto N° 97 del Mineduc, Subsecretaría de Educación de fecha 21 de julio de 2020 y publicado en el Diario Oficial con fecha 9 de febrero del año 2021 y tomado de razón con alcance por la Contraloría General de la República con fecha 15 de enero de 2021 y se ordene la dictación de un nuevo Decreto Supremo de conformidad a los acuerdos establecidos en el Acta N° 4 de la Jornada Nacional de marzo de 2019.
- 2) Que se ordene al Gobierno de Chile y al Ministerio de Educación concluir la totalidad de las etapas del proceso de Consulta bajo los estándares del Convenio 169 de la OIT y del Decreto N°66 del Ministerio de Desarrollo Social, especialmente la Etapa Final de Sistematización, entrega de resultados y término del proceso; entrega del informe final y expediente de la Consulta.
- 3) Que se invalide, anule, o deje sin efecto por ilegal y arbitrario el Alcance efectuado con fecha 15 de enero de 2021 por la Contraloría General de la República, al tomar razón del Decreto Supremo N ° 97 del Ministerio de Educación.
- 4) Se condene expresamente en costas a los recurridos, dada la manifiesta ilegalidad y arbitrariedad en la que se ha incurrido.

OTROSÍ: Sírvase tener presente que, una vez concedido y elevado el presente recurso por SS Itma., esta parte solicita desde ya que vuestro Tribunal Superior conceda alegatos, de conformidad al número 7° del Acta N°94-2015, que fija el texto refundido del Auto Acordado Sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de las Garantías Constitucionales, y que en esa instancia este recurso sea examinado y resuelto previa vista de la causa, disponiendo traer los autos en relación.