

ROL: 17.311-2019

Caratulado: CANIUMAN/ CORPORACIÓN NACIONAL FORESTAL

Libro: Protección

RECURSO DE APELACIÓN

ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO

SERGIO EDUARDO MILLAMÁN MANRÍQUEZ, abogado, por la parte recurrente, en causa de Protección rol N° **17311-2019**, caratulado **“CANIUMÁN CON CORPORACIÓN NACIONAL FORESTAL”**, respetuosamente digo:

Que, en representación de los recurrentes de protección CECILIA RAYEN CANIUMAN ANCALEF y otros, interpongo recurso de apelación en contra de la sentencia definitiva de primera instancia dictada con **fecha 26 de octubre de 2020**, que causa agravio a mi representada en cuanto rechazó el recurso de protección interpuesto en contra de la **CORPORACIÓN NACIONAL FORESTAL**, rechazando declarar la ilegalidad y/o arbitrariedad, por vulnerar garantías constitucionales, del ACTA ACUERDO N° 1408, extendida con fecha 17 de julio 2019, en virtud del cual se acordó *“Aprobar Incremento al proyecto “Mejoramiento Integral Zona de Uso Público Parque Nac. Villarrica”, con cargo al Programa 02 de Inversión del Gobierno Regional de La Araucanía año 2019 y posterior, propuesto en el Mensaje N° 145, de 05 de junio de 2019, del Sr. Intendente y Ejecutivo del Gobierno Regional”* y del Mensaje 145 del Sr. Intendente y Ejecutivo del Gobierno Regional de fecha de 05 de junio de 2019; y demás peticiones enunciadas, en especial la de desarrollar un proceso de consulta indígena.

La sentencia definitiva de primera instancia deberá ser revocada y, en consecuencia acogerse el recurso de protección interpuesto, en virtud de los antecedentes de hecho y argumentos de derecho que a continuación se exponen:

1. El “*TEXTO REFUNDIDO DEL AUTO ACORDADO SOBRE TRAMITACIÓN Y FALLO DEL RECURSO DE PROTECCIÓN DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES*”, Acta N° 94-2015, señala que el plazo para interponer apelación es de cinco días hábiles, contados desde la notificación por el Estado Diario de la sentencia que decide el recurso. La sentencia apelada fue notificada por el estado diario el día 26 de octubre de 2020, por lo que el término de 5 días hábiles vence el día 2 de noviembre de 2020. De esta forma el presente recurso de apelación se interpone dentro de plazo.

2. La sentencia recurrida rechazó el recurso de protección por estimar equivocadamente que fue presentado extemporáneamente y que no correspondía someter los actos recurridos a un proceso de consulta indígena. Los fundamentos de dichas conclusiones se expresan en sus considerandos 4° a 7°, que indican lo siguiente:

“CUARTO: Que, para resolver la alegación referida en el considerando anterior se debe tener presente que consta de los antecedentes acompañados que los recurrentes con fecha 14 de abril del año 2019 remitieron Carta al Comité de Ministros del Turismo, manifestando su oposición a los proyectos de enajenaciones y/o concesiones en Parques Nacionales, oposición a la ruta S-941; S-939; y camino sin rol sector Palguín – Coñaripe, solicitando además la procedencia de consulta indígena, en referencia al Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, respecto a proyectos de mejoras de infraestructura al interior del Parque Nacional Villarrica, cuya copia de carta se acompaña a esta presentación. Dicha carta su vez fue derivada por la Subsecretaría de Turismo a la Subsecretaría de Servicios Sociales.

QUINTO: Que conforme lo anterior, queda absolutamente acreditado que los recurrentes ya en abril de 2019 tenían conocimiento de los actos por los cuales recurren, desde que mediante la referida presentación solicitaron dejar sin efecto

proceso licitatorio de la obras de mejoramiento de zonas de uso público del Parque Nacional Villarrica, por lo que ha excedido con creces el plazo dispuesto en el artículo 1 del Auto Acordado 94-2015 para accionar por vía del recurso de protección.

SEXTO: Que sin perjuicio de lo anterior y a mayor abundamiento, en cuanto al fondo de lo debatido, el artículo 7° del Decreto Supremo N° 66 del Ministerio de Desarrollo Social indica que la consulta se realizará cuando las medidas adoptadas sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas. Así la afectación requerida por la norma, es aquella que incide de manera directa en sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas, nada de lo cual fue señalado por los recurrentes, desde que solo de manera genérica refiere una conexión especial con el Parque Nacional y con el Volcán Villarrica, sin mencionar de qué manera los trabajos a realizar en la zona afectan sus prácticas ancestrales, más aún considerando que las obras dicen relación con mejoramiento de espacios que ya son públicos y por lo demás acotados, necesarios para el disfrute del Parque de los demás habitantes y visitantes de la Región.

SÉPTIMO: Que lo referido anteriormente, encuentra sustento además en lo informado por el Ministerio de Desarrollo Social y Economía en cuanto a que no existen antecedentes de que Comunidades Indígenas se localicen al Interior del Parque Nacional Villarrica; que no se da cuenta de la existencia de tierras indígenas, así como tampoco se vislumbran actividades o construcciones que puedan generar una susceptibilidad de afectación hacia los pueblos indígenas en cuanto al ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas, de conformidad a lo preceptuado en el artículo 7° del Decreto Supremo N° 66 del Ministerio de Desarrollo Social. Concluye el mencionado

organismo señalando que no resulta procedente la realización de un proceso de Consulta Indígena en el proyecto denominado "Mejoramiento zonas uso público Parque Nacional Villarrica" ID 1091-4-LR19".

3. En relación a la extemporaneidad, se llega a dicha conclusión por el hecho que mis representados el 14 de abril del 2019 entregaron una Carta al Comité de Ministros del Turismo, en la cual solicitaron *"Anular y dejar sin efecto el proceso licitatorio ID: 1091-4LR19 "Obras mejoramiento zonas uso público PN Villarrica (autorizado por la dirección ejecutiva de CONAF a través de la resolución N° 57/2019) porque es inconsulto, arbitrario, discriminatorio y está en –evidente y abierta contradicción con las disposiciones pertinentes del C.169 y de la DDPPI."*

4. Como se puede apreciar la carta entregada al Comité de Ministros del Turismo, decía relación con un proceso de licitación pública que se encontraba desarrollando la recurrida, el cual concluyó **el 2 de octubre de 2019**, mediante RESOLUCIÓN N° 510/2019 de CONAF que *"ADJUDICA LICITACIÓN, PARA LA CONTRATACIÓN DE LOS SERVICIOS DE REINICIO DE OBRAS DEL PROYECTO DE MEJORAMIENTO INTEGRAL DE ZONAS DE USO PUBLICO PARQUE NACIONAL VILLARRICA. ID 1091-4-LR19"*.

5. La recurrida en su informe señaló:

*"2) En el fondo V.S.I., lo que la recurrente pretende es dejar sin efecto ese acto administrativo de adjudicación e impedir el reinicio de las obras adjudicadas, **pero resulta que la resolución de adjudicación constituye un acto administrativo terminal, que forma parte de un proceso de licitación pública** que no comenzó con la publicación de las bases de licitación este año 2019, sino que proviene del proceso de licitación del año 2014 (...).*

6. La doctrina ha señalado que un acto administrativo terminal:

*“es el **acto administrativo llamado a producir de manera directa los efectos indicados por la Administración**, y que están expresamente comprendidos en la competencia del órgano que lo emite.” (Caldera, Hugo. Tratado de Derecho administrativo, Santiago, Ediciones Parlamento, 2001, II, p. 152)*

7. El proceso de licitación, iniciado el 8 de marzo de 2019, estaba en curso al momento de la presentación de la referida carta al Comité de Ministros de Turismo. El 14 de abril de 2019 se estaba en conocimiento del desarrollo de un procedimiento, que concluyó con la dictación del acto recurrido (RESOLUCIÓN N° 510/2019 de CONAF). Dicha resolución puso término a un proceso administrativo de licitación pública que se compone de diferentes etapas y que puede tener diferentes resultados.

8. De esta forma, la publicación de las bases de licitación o términos de referencia, es el inicio de dicho proceso, que no produce los efectos concretos y directos que busca la administración con dicho procedimiento. Al impugnar un acto terminal sin duda se busca impugnar todo el proceso previo, compuesto por actos de trámite contra los que no procedía recurrir de protección, por no tener la entidad suficiente para afectar las garantías constitucionales de los recurrentes.

9. Sin perjuicio de lo anterior, tampoco es efectivo el argumento que indica que el recurso se interpuso contra un proceso que se inició hace 5 años atrás. Dicha afirmación es falsa, ya que mediante resolución N° 817/2015 de fecha 31 de diciembre de 2015, CONAF procedió a poner término anticipado al contrato celebrado con la empresa constructora que se adjudicó la licitación para la construcción de dichas obras en aquella época, poniendo término a dicha licitación. Durante los años posteriores, hasta la época del acto recurrido, no se ejecutaron obras de ningún tipo, no pudiéndose afirmar que dicho proyecto se encontraba en ejecución. Por lo anterior, la recurrida se vio en la obligación de iniciar un nuevo proceso de licitación el año 2019, que concluyó el 2 de octubre del mismo año.

10. Adicionalmente, al no estar concretadas la realización de dichas obras, subsiste la perturbación y amenaza a las garantías y derechos constitucionales denunciados. De esta forma sigue siendo procedente la interposición del presente recurso de protección. En este sentido, el profesor Humberto Nogueira Alcalá, ha señalado:

“Consideramos que en materia de derechos constitucionales no debiera existir plazo de caducidad para accionar jurisdiccionalmente, mientras el derecho se encuentre afectado ilegal o arbitrariamente, considerando como única excepción razonable el caso de los derechos patrimoniales.(...) En nuestra opinión, la acción (recurso) de protección se debería interponer mientras subsista la amenaza, perturbación o privación ilegal o arbitraria en el legítimo ejercicio de un derecho fundamental amparado por la acción constitucional y hasta treinta días después que hayan cesado los efectos directos respecto del agraviado tratándose de ilícitos continuados” (Nogueira Alcalá, Humberto. (2010). LA ACCIÓN CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN EN CHILE Y LA ACCIÓN CONSTITUCIONAL DE AMPARO EN MÉXICO. Ius et Praxis, 16(1), 219-286. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122010000100009>).

11. Respecto de la improcedencia de la consulta indígena señalada en la sentencia apelada, afirmando, que los recurrentes no mencionan *“de qué manera los trabajos de mejoramiento afectan sus prácticas ancestrales”*, dicha afirmación es equivocada.

12. En nuestro escrito mediante el cual se interpuso el presente recurso de protección indicamos que las obras en el Parque Nacional Villarrica intervendrán espacios sociales y culturales que han sido históricamente habitados y transitados por familias mapuches. Los sectores intervenidos por las obras del plan de mejoramiento son lugares donde se realizan ceremonias propias de nuestra espiritualidad como el llellipun, ngillatun y kamarikun. Además, contienen senderos y

caminos que son utilizados para las veranadas y el acceso a la recolección de piñones, hierbas medicinales, leña, hongos comestibles, etc.

13. También los recurrentes fueron claros en indicar que tanto en las etapas de construcción y de operación de dichas obras se generarán afectación a las prácticas culturales mapuche que desarrollan en esas zonas, debido a la presencia de personas extrañas en dichos lugares, dificultades de acceso y ruidos que pueden perturbar sus ceremonias. La habilitación de baños, terrazas, estacionamientos, zonas de camping, casetas de guardias y las señaléticas, afectarán las zonas en que se instalarán, alterando su entorno, generando transformaciones en el paisaje de sus sitios de significación cultural.

14. Los usos que realizan los recurrentes y otras comunidades y personas indígenas, al interior del Parque Nacional Villarrica, fue acreditado mediante un estudio antropológico, elaborado por el Ministerio de Obras Públicas, en el marco del proceso de evaluación ambiental del Estudio de Impacto ambiental “MEJORAMIENTO RUTAS S-941, S-939 Y CAMINO S/ROL, SECTOR PALGUÍN-COÑARIPE”, que se acompañó en la tramitación de esta causa. Dicho informe, señala entre otras cosas:

“En relación al PNV este se identifica como el centro de reserva del newen siendo considerado como el legado que dejaron sus ancestros, por tanto en varias comunidades de ambos sectores lo catalogan como “Reserva Indígena”. “Asimismo, el PNV es considerado un espacio fundamental para la práctica de la recolección del piñón, recolección de hierbas medicinales y veranadas”.

“Las verandas son en cierta medida un tema reservado entre los habitantes de comunidades aledañas al Parque Nacional Villarrica. En conocimiento de que se trata de una práctica que CONAF en la mayoría de los casos no permite, no son muchos quienes aseguran

hacerlo. Habitantes de zonas más alejadas comentan que esta práctica existe y que se realiza habitualmente”. (Página 16)

- *“La práctica de recolección es una tarea habitual en las familias y comunidades, que se ha traspasado de generación en generación. Cada familia y comunidad realiza la extracción en lugares tradicionales para ellos, es decir que hace años que realizan la práctica en el mismo lugar. Los lugares de extracción son generalmente cercanos a los territorios de la comunidad, donde antiguamente podían acceder a pie, caballo o carretilla. Se identifican casos de comunidades que están un poco más apartadas al Parque, que de igual forma realizan extracción del pehuén en él debido a que sus sectores de extracción ya no están disponibles y es más fácil acceder al PNV a través de vehículos” (Página 17).*

- *“Una segunda práctica y uso de los recursos naturales presentes en el PNV, es la recolección de hierbas medicinales” (Página 19).*

-*“Conaf reconocía los usos tradicionales que las comunidades hacían del Parque como el piñoneo y no solo como actividad en sí, sino también como un espacio de encuentro entre indígenas que transitaban desde diferentes partes del territorio. Paralelamente en estas conversaciones CONAF acogía una de las grandes preocupaciones de las comunidades, el hecho de que personas no indígenas estaban yendo a recolectar piñones de manera indiscriminada para comercializar, con lo que se estaba menoscabando un patrimonio de las comunidades indígenas. Se hizo entonces un decálogo de recolección del Piñón, donde además se estableció una recolección sustentable para las familias indígenas. En medio de este proceso de diálogo y acuerdos, desde instancias superiores se decide dividir la administración del Parque entre las regiones de la Araucanía y Los Ríos, con lo que esta*

iniciativa se ve interrumpida y suspendida. Este proceso dejó una huella de desconfianza en las comunidades” (Página 21).

15. La misma recurrida, en su informe reconoce la presencia de las comunidades y personas mapuche y las prácticas que ellas realizan al interior de esta área protegida. Así lo señaló en su informe, indicando:

“2) Que, CONAF junto con el resguardo de la biodiversidad siempre se ha preocupado y ocupado de las comunidades aledañas a las Áreas Silvestres Protegidas, con la finalidad de que puedan efectuar sus rogativas y ceremonias al interior de las mismas, se han firmado convenios de recolección de piñones exclusivamente con Comunidades Indígenas, así como en materia de recolección de plantas medicinales. Así, CONAF, para el levantamiento de la licitación original, como en su continuación, ha procurado el mejoramiento de las condiciones existentes en el Parque Nacional Villarrica, sin afectar el ejercicio de las tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales indígenas, y además ha dado cumplimiento a la normativa ambiental, por lo que todo el proceso se ha efectuado con apego a la normativa legal vigente”.

16. Los recurrentes nunca han señalado que vivir al interior del Parque, reconocen vivir en sus alrededores, sin embargo, mantienen múltiples prácticas en su interior, en especial en las zonas donde se realizarán dichas obras.

17. Si bien, todo el Parque Nacional es público, actualmente el acceso a estas zonas, donde se desarrollarán las “*obras de mejoramiento*” es limitado, debido justamente a la falta de intervenciones que faciliten el acceso de personas ajenas a la cultura mapuche y a las comunidades aledañas al Parque. Además dichas obras, son obras nuevas que van a modificar el paisaje de dichos lugares. Todo esto generará afectaciones

no reconocidas por la recurrida, que debieron ser objeto de un proceso previo de consulta indígena.

18. La susceptibilidad de afectación directa que hace procedente la realización de un proceso de consulta indígena, como ha indicado la Excelentísima Corte Suprema, "*se produce cuando se ven modificadas sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual, las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y la posibilidad de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural*" (CS Rol 16.817-2013, en el mismo sentido, CS Rol 817-2016). Dicha modificación a los sistemas de vida de los recurrentes se verá concretada con la materialización de las obras licitadas, por tanto era requisito previo, para su legalidad, la realización de una consulta indígena previa.

19. La obligatoriedad de la consulta indígena ha sido reafirmada por la excelentísima Corte Suprema, mediante sentencia de fecha 9 de septiembre de 2020, recaída en causa rol 20.389-2019, que señaló:

“Cuarto: *Que conviene dejar consignado que el Convenio N° 169 de la O.I.T. sobre Pueblos Indígenas y Tribales, establece para aquellos grupos con especificidad cultural propia, un mecanismo de participación que les asegura el ejercicio del derecho esencial que la Constitución Política consagra en su artículo primero a todos los integrantes de la comunidad nacional, cual es el de intervenir con igualdad de condiciones en su mayor realización espiritual y material posible. De ello se sigue que cualquier proceso que pueda afectar alguna realidad de los pueblos originarios, supone que sea llevado a cabo desde esa particularidad y en dirección a ella. Ha de ser así por cuanto las medidas que se adopten deben orientarse a salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, la cultura y el medio ambiente de los pueblos interesados.*

Quinto: *Que, en este mismo orden de consideraciones, el proceso de consulta indígena persigue precisamente que, a través de la*

información completa y suficiente, a las Comunidades Indígenas eventualmente afectadas, ellas puedan manifestar su conformidad o no con el proyecto o actuación de que se trate, evitando tener que acudir a otras instancias recursivas que se establecen en la legislación y que efectivamente pudieran dilatar la dictación de un acto administrativo (...).

20. Por último, en relación a la aplicación del artículo 7° del D.S. n° 66/2013, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, mediante sentencia de fecha 25 de septiembre de 2020, en causa rol 13.031-2020, al respecto ha señalado:

“OCTAVO: Que, aun cuando pudiera estimarse que el estándar de lo debido en cuanto a la exigencia de dar cumplimiento a las obligaciones contraídas por el Estado de Chile respecto de la consulta indígena establecida en el Convenio N° 169 de la OIT se ha de cotejar de acuerdo a lo dispuesto en el Decreto N° 66, de 2014, del Ministerio de Desarrollo Social, antes citado y que sólo deberán consultarse a los pueblos indígenas las medidas administrativas o legislativas señaladas en su artículo 7, lo cierto es que dicho Decreto sólo es un instrumento jurídico de nivel inferior, ni siquiera de rango legal y que es de mero derecho interno, por lo que pese a sus definiciones, prima por sobre él el contenido obligacional convencional del propio Convenio N° 169, el cual por concernir a derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, tiene un rango superior, que incluso constituye límite para el ejercicio de la soberanía nacional, tal como prescribe el artículo 5 inciso 2° de la Constitución Política de la República. Lo anterior no es irrelevante, pues el Ministerio recurrido se ha asilado en la interpretación de lo establecido en el citado artículo 7 del Decreto N° 66, de 2014, aludido, para justificar que no es

necesario, por ahora, realizar la consulta indígena solicitada por los recurrentes (...).

21. En base a lo expuesto, reiteramos, que el acto recurrido es susceptible de afectar derechos de los recurrentes, debido a las afectaciones que producirán en sus sistema de vida, sin haber sido previamente consultados, en conformidad al Convenio 169 de la OIT.

22. Por lo anterior, la sentencia apelada genera un perjuicio a los recurrentes, al declarar extemporáneo el recurso y carente de fundamento la solicitud de consulta indígena previa, lo que debe ser enmendado conforme a derecho.

POR TANTO,

A Vuestra Señoría Ilustrísima pido: que, en razón de todo lo precedentemente expuesto y disposiciones legales citadas y demás normas pertinentes, se sirva tener por interpuesto recurso de apelación en contra de la sentencia definitiva de fecha 26 de octubre de 2020, que rechazó el recurso de protección interpuesto por doña **Cecilia Rayen Caniuman Ancalef y otros**, conceder para ante la EXCELENTÍSIMA CORTE SUPREMA, a fin de que este Tribunal Superior, acogiendo el presente recurso de apelación, resuelva concretamente que se revoque y enmienda conforme a derecho dicha sentencia definitiva de primera instancia, y, en su lugar, decida que se acoge íntegramente el referido recurso de protección, declarando la ilegalidad y arbitrariedad del acto recurrido y ordene la realización de un proceso de consulta indígena, todo con expresa condenación en costas.