C.A. de Temuco

Temuco, seis de marzo de dos mil veinte.

Vistos:

A folio N°1-2019 comparece COMUNIDAD INDÍGENA SANTIAGO LINCOÑIR NECHIFCUE, legalmente por don RODRIGO ROBERTO HUILIPANG ANCAVIL quien interpone recurso de protección en contra del INMOBILIARIA SUR DEL REAL representada legalmente por RODRIGO ENRIQUE DEL REAL PÉREZ.

Funda su acción en que se ha incurrido en una grave ilegalidad y arbitrariedad, en actos permanentes y continuos consistente en la destrucción de espacios de menoko y mallín, y quemas ilegales de vegetación nativa y plantas medicinales, producto de la construcción del proyecto inmobiliario "Parque residencial Maquehue" realizados en el Sector Maquehue, Comuna de Padre Las Casas, acaeciendo el ultimo hecho el día 30 de abril, vulnerando con ello las garantías fundamentales de los y las integrantes de la Comunidad Indígena Santiago Lincoñir Nechifcue.

Señala que la comunidad indígena Santiago Lincoñir Nechifcue, corresponde a una comunidad mapuche, constituida conforme al artículo 9 letras a) y c) de la ley 19.253, en virtud de la posesión actual y ancestral de tierra indígena en común, conforme al Título de Merced N° 1243. Esta se emplaza en el territorio el sector de Maquehue, sector Nechifcue de la comuna de Padre Las Casas.

Agrega que en el sector de Maquehue a mediados del año 2016, mediante una compra venta adquiere, la recurrida Inmobiliaria Sur del Real SpA, el Lote número UNO de 33,80 hectáreas con el fin de realizar un proyecto de 31 lotes aproximadamente, denominado "Parque Residencial Maquehue", el que actualmente se emplaza colindante con la Comunidad Indígena Santiago Linconir Nechifcue, el que deslinda: Norte: con hijuela 355, rol 3.210-19. que corresponde a la reducción indígena y parte del Lote número DOS; Sur: río Quepe;

XEXLXTXWCE

Oriente: hijuela 355, rol 3.210-12 Alihuen; y Poniente: hijuela N° 353, rol 3.211-6 y parte del lote número dos. La propiedad se encuentra inscrita a fojas 4.594 N° 4.446, del Registro de Propiedad del 2o Conservador de Bienes Raíces de Temuco del año 2016.

Indica que sin perjuicio de ser un acto, permanente y continuo por varios meses, con fecha 30 de abril, como ya se señaló anteriormente, la recurrida, habría procedido, nuevamente, al corte y quema de árboles nativos, plantas medicinales como hualle, laurel, chilko, canelo, entre otros. Es más, ya en el mes de marzo del 2019, CONADI tomó conocimiento por medio de una carta de la Comunidad recurrente, la denuncia de que, la Inmobiliaria Sur del Real está realizando trabajos en un predio (Ex Fundo Maquehue-Misión Anglicana), lo que estaría provocando Destrucción de espacio y lugares de significación cultural mapuche y ecosistemas naturales protegidos (Humedal, Mallín, menoko) y destrucción de hábitats naturales, corte y quema de árboles nativos, plantas medicinales como hualle, laurel, chilko, canelo, chacay, pitrantu entre muchos otros), señalando además que se encuentra un Guillatuwe y Rehue (Lugar Sagrado Ceremonial) y Cementerio.

Señala que por esta razón, se realizó una visita en terreno, por parte de CONADI, en el mes de abril, en el predio de la recurrida, contiguo a la Comunidad Santiago Lincoñir Nechifcue en el mes de abril, en la que se grafican, mediante fotografías, el predio en cuestión y las afectaciones provocadas.

Refiere que el informe, suscrito por Hernán Muñoz Pedraza, Encargado Unidad de Medio Ambiente de la Subdirección Nacional Sur de CONADI - Temuco, en el mes de abril de presente año, concluye lo siguiente: "Afectaciones ambientales. Si bien el predio hoy no es propiedad de la Comunidad Santiago Lincoñir Nechifcue, hay un uso consuetudinario que en él se efectúa, y que las acciones de tala de vegetación como de drenaje lo estarían afectando. Estas afectaciones en el uso consuetudinario están asociadas principalmente la destrucción de

XEXLXTXWCE

bosque nativo que proveía servicios ecosistémicos importantes a la Comunidad, como es el uso cultural derivado de la existencia de hierbas medicina/es (lawen). La existencia de espacios reconocidos como menoko y mallin también proveía de abundantes hierbas medicinales, y que al estar siendo drenados ya no se mantienen una napa freática alta, lo que ha generado la desaparición de estas hierbas de carácter medicinal que en estos espacios se desarrollaban".

Agrega que de igual manera el informe antropológico, realizado por la antropóloga Mg. Natalia Caniguan, y que se compaña en el otrosí, consta las afectaciones y alteraciones, arbitrarias e ilegales realizadas por el proyecto inmobiliario, de la siguiente manera: "El fundo que ahora se encuentra en manos de la inmobiliaria ya mencionada, está comenzando obras para construir loteos y parcelaciones en lo que será el denominado "Parque residencial Maquehue", lo que afecta directamente la vida de los comuneros de Santiago Lincoñir, ya que por una parte, las obras están dañando y acabando con los espacios de menoko y mallín y con ello afectando la existencia de lawen y especies nativas en el fundo. Esto índice directamente en el acceso a estas especies que hasta el día de hoy son utilizadas puesto el uso de lawen es parte del conocimiento ancestral mapuche y con ello se vuelve una práctica traspasada generacionalmente."

Afirma que CONAF, constató que la Constructora e Inmobiliaria del Sur Real Spa, no registra aviso de quema controlada, como lo establece el decreto 276 de 1980 para hacer uso legal del fuego en el territorio nacional.

Como consta en Informe Antropológico referido, las obras están dañando y haciendo los espacios de menoko y mallín, ambos espacios que permiten la mayor presencia de lawen que será recolectado por Lawentuchefe y Machis del sector. Entre los lawen más reconocidos como abundantes en el sector está el refu, foye, xiwe, chüllüm, llangpanke, alwepalgin, üxiw, llankalawen, pewmu y otros. Como una

XEXLXTXWCE

breve descripción de algunas, podemos destacar el foye o canelo, que constituye una "materia prima" en el sistema médico mapuche por cuanto su presencia se extiende en todo tipo y acto ceremonial y espiritual en toda la extensión del Wallmapu; en el caso de la machi y su rol medicinal y ceremonial tiene siempre al foye como parte esencial de sus funciones. En este caso, corre serio riesgo de desaparecer dada la tala que se viene haciendo de las distintas plantas por parte de la citada inmobiliaria recurrida. Similar situación ocurre con el chüllüm, que es una hierba que crece en los humedales como mallín, cerca del río o en los menoko; es un componente esencial para la composición de lawen (medicina) asociada a enfermedades vinculadas con el enfriamiento.

Asimismo, consta también en el Informe Antropológico, la afectación de la espiritualidad o el sistema de creencias del pueblo mapuche y de esta comunidad en particular dada la mantención de sus prácticas. Cuentan en el interior del espacio en recuperación de un rewe o lugar ceremonial, el cual está compuesto también por diversas plantas nativas extraídas del mismo lugar como külon (maqui), foye (canelo), rugí (colihues) küla (kila) entre otros. Adicionalmente, se afecta a los gen o fuerzas espirituales propios del sector vinculado precisamente a cada uno de los lawen. Es decir, el hecho de que se trabaje en la canalización de las aguas (menoko, mallín) en los cuales existe un gen protector, éste quedará sin su habitat natural y afectará la salud y física y espiritual de la gente mapuche de la comunidad. El caso del rewe, es parte esencial de la práctica de la cultura mapuche, el cual además de su componente natural que le da la flora nativa, constituye un espacio sociocultural de carácter colectivo y comunitario que aglutina a la gente y renueva el vínculo con la tierra y sus componentes ya descritos; lo cual se estaría rompiendo desde el punto de vista de la relación que se establece entre persona y naturaleza.

En este espacio se reconocen diversos ngen o dueños de la naturaleza, y que se designa genéricamente al dueño de alguna entidad.

XEXLXTXWCE

Al que domina, predomina, manda, gobierna y dispone; pero también al que cuida, protege y resguarda. Se le utiliza por lo general como prefijo antepuesto a otro lexema. Cuando la palabra precede a nombres de cosas o personas, significa su dueño En la cosmovisión mapuche la naturaleza (bosques, ríos, montañas, mar, etc) tienen un ngen que habita en esos espacios, formando parte del equilibrio vital de la vida humana. Cada Ngen reside en el interior de un elemento o parte de la naturaleza, y puede aparecer en su entorno inmediato. La presencia de la naturaleza virgen en su lugar de residencia es una condición necesaria para su existencia, destino y acción en la tierra mapuche. Los Ngen son seres animados, activos, con caracteres antropomorfos, zoomorfos y fitomorfos, que reciben órdenes solo del Pu-am y del pillán Antu. Así, el pueblo mapuche, y sus comunidades, consideran que deben vivir en armonía no sólo con las personas y comunidades que le rodean, sino además con todos los ngen y las fuerzas que conforman el macrocosmos. Alterar este equilibrio en el cual vive una comunidad con su entorno, produce enfermedad y muerte. Para la cultura mapuche, los ngen representan la espiritualidad de la naturaleza, y por lo tanto, su preservación y cuidado son de especial relevancia para esta cosmovisión y cultura, cualquier intervención o destrucción implica una grave afectación al Ixofíl Mogen (concepto que representa la biodiversidad), como así también al Az Mapu o derecho propio, que corresponde al paradigma general que rige la filosofía del derecho, la ética y la moral mapuche1.

En efecto, una de las formas en que se expresa el Az Mapu es por medio de los elementos de la naturaleza y de la relación que los seres humanos establecen con ésta. El respeto a la biodiversidad, y a las fuerzas de la naturaleza se encuentra en el principio Ixofíl mogen. Este concepto abarca tanto lo moral como ecológico, ya que apunta hacia el equilibrio interno que debe tener la persona, como así también del respeto hacia la naturaleza y todos los entes presentes en ella. Hay normas para relacionarse con la naturaleza, para relacionarse con los

XEXLXTXWCE

ngen que son dueños de los espacios, para relacionarse con las energías, ello también repercute en la vida personal y en la familia, y cuando la sociedad mapuche está des-estructurada repercute en su territorio. Y todo lo que sucede en el territorio les afecta directamente en su vida.

Por lo anterior, destrucción de espacios de menoko y mallín, y quemas ilegales de vegetación nativa trasciende a lo material, generando graves repercusiones culturales a la Comunidad Santiago Linconir Nechifcue.

EL DERECHO

Sostiene que el daño realizado en espacios de Menoko y Mallín, y como producto de las quemas ilegales de vegetación nativa constituye un acto ilegal y arbitrario que priva, perturba y amenaza a los integrantes de la Comunidad Santiago Linconir Nechifcue, en el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales que contemplan los números 6° y 8° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, entre otras normas legales pertinentes. En concreto:

1. Vulneración a la garantía constitucional del N° 8 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, que protege el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

Para entender, que se entiende por "medio ambiente", sobre el cual recae este derecho, y cuanto es posible extender la tutela del mismo, nuestro ordenamiento responde legislativamente, mediante la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, de 9 de marzo de 1994, que en su artículo 2 letra II) define al medio ambiente como: "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". Es decir, no solo comprende los ecosistemas de carácter natural (físicos, químicos o biológicos), sino que además incluye elementos artificiales de carácter sociocultural. La

XEXLXTXWCE

relevancia de hacer énfasis en este carácter se debe a que la naturaleza es un elemento esencial de la cosmovisión y religiosidad de las comunidades que habitan territorios ancestrales, debido a que existe una serie de manifestaciones propias de su cultura en relación con la tierra como medio natural, lo que implica que el daño o vulneración al entorno natural de las comunidades además afecta el desarrollo normal de las prácticas culturales mapuches, lo que constituye una clara vulneración al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es así como la destrucción de espacios de Menoko y Mallín, además de las quemas ilegales de vegetación nativa (vulneración del entorno natural), produce una grave afectación a la Comunidad Indígena en el plano socio cultural debido a la espiritualidad con que los integrantes de ella se vinculan con la vegetación nativa que lo rodea.

Como corolario de lo anterior, cobra relevancia determinar quien debe dar la protección a estos espacios con significación sociocultural para la Comunidad Indígena. Es así, que relacionando la segunda parte del número 8o del artículo 19 de la Constitución Política de la República y el inciso 2o del artículo 4o de la Ley N° 19.300 Sobre Bases Generales del Medio Ambiente (que contiene una norma de reenvío similar al artículo 5 inciso 2o de la Constitución Política de la República), podemos concluir que son "los órganos del Estado, en el ejercicio de sus competencias ambienta/es y en la aplicación de los instrumentos de gestión ambiental, deberán propender por la adecuada conservación, desarrollo y fortalecimiento de la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y culturales de los pueblos, comunidades y personas indígenas, de conformidad a lo señalado en la ley y en los convenios internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes". En este sentido, también la Ley N° 19.253 sobre Ley Indígena, dispone en su artículo 28 que: 'El reconocimiento, respeto y protección de las culturas e idiomas indígenas contemplará: [...] f) La promoción de las expresiones artísticas y culturales y la

XEXLXTXWCE

protección del patrimonio arquitectónico, arqueológico, cultural e histórico indígena".

Agrega que en el mismo sentido, el Convenio 169 de la OIT protege la tierra y el territorio indígena. En particular, los artículos 13 señala que:

"1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.

2. La utilización del término tierras en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera', así mismo el artículo 14 dispone que "2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión" y por último, el artículo 15 del Convenio señala que *i. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos natura/es existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos". De igual manera, el artículo 263 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por la Asamblea General el año 2007 con el voto favorable de Chile, determina que los pueblos indígenas y tribales son titulares de derechos de propiedad y dominio sobre las tierras y recursos que han ocupado históricamente y es el gobierno el responsable de velar por la protección de sus territorios y recursos.

El Convenio 169 de la OIT, constituye el primer instrumento de carácter internacional que reconoce la existencia de pueblos indígenas

XEXLXTXWCE

al interior de los Estados, como así también, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que en su artículo 27 protege los derechos culturales de las minorías (entendiendo a éstas como grupos con una identidad diferenciada.

2. Vulneración de la garantía constitucional del N° 6 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, establecido como "La libertad de concienciar la manifestación de todas las creencias y el ejercicio de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público".

Señala que los territorios ancestrales tienen un profundo valor espiritual para los pueblos indígenas, para quienes los fenómenos o recursos naturales, como los bosques, ríos y volcanes, son especialmente sagrados y requieren especial protección. Tal como se concluye del Informe Antropológico desarrollado por la antropóloga Natalia Caniguan (CES- Universidad Católica de Temuco), dando cuenta que la intervención que ha realizado la Inmobiliaria del Real destruyendo Menoko y Mallín, y vegetación nativa es grave, ya que se trata de un atentado al medio ambiente, y así también la destrucción de un espacio de significación cultural mapuche, asentada en su cosmovisión. Para la cultura mapuche, el ngen, espíritu que está presente en el bosque, tiene gran significación. Es parte de la cosmovisión religiosa de la comunidad Mapuche a la que pertenecen los recurrentes, en el que hacen regularmente ceremonias tradicionales. La alteración del bosque y de su ngen y la afectación del de lawen les impide el normal desarrollo de sus manifestaciones religiosas y espirituales, lo que implica la vulneración de la libertad de culto de las comunidades mapuches, expresión religiosa que es parte de su cultura y que el estado tiene el deber de promover, proteger y respetar.

Como establece la citada disposición, la Constitución Política de la República protege la libertad religiosa en tres dimensiones: la libertad de conciencia, la libertad de creencia y la libertad de culto. Esta última dimensión, a diferencia de las dos primeras que establecen

XEXLXTXWCE

un deber negativo, o de no intervención por parte del Estado, contiene un deber positivo para el Estado, en el sentido que tiene el deber constitucional de asegurar a todas las personas la posibilidad de practicar el conjunto de ritos a través de los cuales se accede a aquello en que se cree en materia religiosa, dentro de los limites explicitados, a saber, la moral, las buenas costumbre y el orden público.

Este es un aspecto gravitante, que tanto la Ley Indígena como los instrumentos interamericanos de Derechos Humanos protegen como derecho de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales a gozar de la particular relación espiritual con el territorio que han usado y ocupado tradicionalmente.

En este tenor, el articulo 1 inc. 2° de Ley 19.253 señala que "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". Por su parte el artículo 7° del párrafo denominado "De las Culturas Indígenas" establece que "el Estado reconoce el derecho de los indígenas a mantener y desarrollar sus propias manifestaciones culturales, en todo lo que no se oponga a la moral, a las buenas costumbres y al orden público. El Estado tiene el deber de promover las culturas indígenas, las que forman parte del patrimonio de la Nación chilena". Por último, en su artículo 28 dispone 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.

Indica que este deber de protección que obliga al Estado a través de la Ley 19.253, es coherente con los principios de derecho internacional de Derechos Humanos y en especial lo dispuesto en el Convenio 169 de la OIT, que contiene diversas normas que protegen

XEXLXTXWCE

los valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales de los pueblos indígenas. Así, en su artículo 4.1 dice que "deberán adoptarse 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"'. En su artículo 5 letra a) establece que "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'. En el artículo 8.2 expresa 'dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos". Entre otros artículos que fueron mencionados anteriormente como los artículos 13 n°l, 14 n°l y 15 n°2.

En adición a lo sostenido, la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, recalca la relevancia de la naturaleza y de su vínculo con la espiritualidad de los pueblos originarios en su artículo 25, que señala: "Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia reacción espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras".

Pide adoptar de inmediato las providencias necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, deteniendo las obras de construcción del "Parque Residencial Maquehue", ordenando el no corte de árboles nativos, plantas medicinales y el desvío de aguas; o lo que su señoría ilustrísima estime conforme al mérito de proceso.

Acompañó los siguientes documentos: Copia simple de plano de loteo del Parque Residencial Maquehue; Copia de Informe Ambiental

XEXLXTXWCE

Elaborado por la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena; Copia de Informe Antropológico, elaborado por la antropóloga Natalia Caniguan Velarde; Acta de fecha 04 de Marzo de 2019, suscrita por el Notario Público Carlos Alarcón Ramírez, en la que certifica el estado de la naturaleza existente en el predio, objeto de este recurso, acompañando fotografías al respecto; Certificado folio 113, emitido por CONADI, en el que consta la personería de don Rodrigo Roberto Huilipang Ancavil, para representar legalmente a la Comunidad Indígena Santiago Lincoñir Nechifcue.

A folio N°44-2019 evacua informe la recurrida INMOBILIARIA SUR DEL REAL SpA, quien solicita el rechazo del recuso, con costas. Indica que adquirió mediante compraventa de fecha 10 de junio de 2016, celebrada por escritura pública ante el Notario de Temuco don Juan Antonio Loyola Opazo, el predio rustico ubicado en la comuna de Temuco, formado por el "lote N° 1" de 33,80 hectáreas físicas.

Afirma que la propiedad antes descrita, no tiene calidad de tierra indígena, toda vez que no es aplicable a ella ninguno de los numerales del artículo N° 12 de la Ley 19.253

Agrega que contiguo al terreno, separado por camino público se encuentra la Comunidad Indígena Santiago Lincoñir Nechifcue, como bien lo ilustra la recurrente en la imagen incorporada en su presentación al referir pertenecerles el título de merced N°353, los terrenos de propiedad que actualmente pertenecen a la recurrida correspondían a particulares sin calidad indígena.

Asevera que no existe actuar arbitrario e ilegal por parte de la recurrida, ni mucho menos afectación de Garantías Constitucionales a la Comunidad Indígena Santiago Lincoñir Nechifcue, y lo que en realidad intenta hacer la recurrente es que esta Corte se pronuncie sobre una controversia jurídica que en caso de ser discutida, debiese ser en un procedimiento de lato conocimiento, y que busca además en ese

XEXLXTXWCE

eventual pronunciamiento que se reconozca un derecho de la comunidad respecto al predio.

En efecto, la comunidad no tiene derecho alguno sobre el terreno de la recurrida, pero aun así intentan justificar que si lo tienen, ya que en el punto N°7 de la presentación de protección, se señala que existe un uso consuetudinario en el terreno y que este uso consuetudinario estaría siendo afectado por acciones asociadas a la destrucción del bosque nativo que "proveía servicios ecosistémicos importantes a la Comunidad" y que existen espacios reconocidos como "Menoko" y "Mallin" los cuales se estarían drenando y "generando la desaparición de hierbas de carácter medicinal que en estos espacios se desarrollaban".

Dicho "uso consuetudinario" no es verídico, ya que de él solo se realizan afirmaciones sin sustento probatorio sólido, constituyendo cualquier eventual ingreso no autorizado a la propiedad de la recurrida un actuar antijurídico y por consecuencia ilegal, puesto que los miembros de la comunidad están en pleno conocimiento que, desde años, el terreno que actualmente es propiedad de la recurrida, no les pertenece, que el predio no posee calidad de tierra indígena y además perfectamente identifican a los dueños actuales y reconocen a los anteriores, conforme se puede dilucidar de los argumentos vertidos por la recurrente.

Sostiene que no existe ningún gravamen o servidumbre en favor del predio de los recurrentes que les permita acceder a él.

Asimismo, en el punto N°8 en que se alude al informe antropológico acompañado por la recurrente, se señala que a causa de las obras de construcción de loteos y parcelaciones afecta directamente la vida de los Comuneros toda vez que se estaría "dañando y acabando con los espacios de "Menoko" y "Mallin", generando en consecuencia la afectación a la existencia de "Lawen" y especies nativas en el fundo".

XEXLXTXWCE

Las afirmaciones antes descritas son meras afirmaciones sin sustento factico ni probatorio, sin cuantificar ni precisar cuál es el perjuicio efectivo que se estaría causando a la comunidad, ya que en definitiva los comuneros no tienen derecho alguno sobre la propiedad.

Señala que le parece extraño que la recurrente aluda la afectación a un "uso consuetudinario", toda vez que, en el mismo informe antropológico presentado por ella, se reconoce que "la comunidad Santiago Lincoñir, hace dos años ha instalado un rewe al interior del fundo y lo ha vuelto un espacio ceremonial de nguillatun", lo que denota ausencia de antigüedad y continuidad, además dicho actuar fue denunciado a Carabineros de Chile quienes remitieron los antecedentes al Ministerio Público para la investigación de responsabilidad penal.

Lo anteriormente ilustrado permite inferir que, de un momento a otro, de forma antojadiza y arbitraria, la comunidad comenzó a tener interés en la propiedad de la recurrida, además dichas irrupciones a la propiedad generaron las denuncias que más adelante se detallarán.

En cuanto a los derechos que la recurrente señala afectados, menciona y desarrolla la garantía constitucional del N°8 del art 19 de la CPR. ¿Cómo y de qué forma se estaría afectando de esa forma a las personas de la comunidad? Aquella es la interrogante que se realiza la recurrida, toda vez que el terreno no corresponde al entorno o espacio en que se movilicen y/o vivan los miembros de la comunidad, en atención que es la sociedad recurrida quien ostenta el dominio del inmueble en cuestión y jamás se le ha solicitado ingreso o tránsito por parte de los comuneros.

La actora se limita a hacer afirmaciones de hecho sin tener pruebas, estudios, peritos u otro tipo de pruebas que permitan establecer fehacientemente que existe una vulneración directa a sus derechos, teniendo en consideración que el recurso de protección es de derecho estricto, más aun teniendo en consideración que el terreno no tiene la calidad de indígena, el que además ha tenido a lo largo de la

XEXLXTXWCE

historia propietarios anteriores que no tenían calidad de indígena, encontrándose además ellos en dominio y posesión continua e ininterrumpida del terreno, sumado a ello que los respectivos títulos de dominio se encuentran inscritos en los registros de propiedad conforme a la legislación y cuyo historial es verificable.

Estima la ausencia de presupuestos facticos y jurídicos para que la acción de protección incoada prospere.

Presupuestos facticos y jurídicos para la interposición de la acción de protección:

1. Debe ser interpuesto dentro del plazo que la Ley señala. En este punto la parte recurrente intenta validar el presente plazo (30 días corridos), generando constatación de eventuales hechos que podrían amenazar Derechos Constitucionales, señalando que los hechos son continuos sin entregar mayores antecedentes que otorguen certeza de dicha continuidad, ni menos un inicio certero de las supuestas privaciones, perturbaciones o amenazas a las garantías que señalan vulneradas, lo que corresponde al recurrente determinar con precisión, debiendo no haberse acogido a tramitación el recurso faltando aquel esencial requisito.

2. Debe señalarse con precisión la garantía Constitucional que le asiste al recurrente, que consideran amenazada, perturbada o vulnerada, indicando con toda certeza y precisión su titularidad. En efecto, la acción de protección impide vaguedades, toda vez que su característica de expedición y agilidad no permite improvisaciones, denuncias temerarias o infundadas. En el caso concreto de autos, el recurso no precisa la forma como las supuestas acciones de la recurrida han privado, perturbado o vulnerado derechos que indiscutiblemente le pertenecen, justificación racional y necesaria que debió señalarse, toda vez que el recurso de protección es de derecho estricto y al interponerse, debe existir certeza jurídica respecto de lo que se busca amparar, pero de ello nada se señala, ni menos se demuestra. En consecuencia, no se encuentra debidamente especificado como su

XEXLXTXWCE

derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación está siendo vulnerado o alterado por el actuar y ejercer un derecho que proviene de la condición de mi representada como dueña del inmueble y de los atributos que le otorgan dicha condición, tampoco lo hacen en cuanto a la forma y medida que con ello particularmente se ha conculcado su libertad de conciencia, manifestación de creencia y ejercicio de algún culto.

3. La acción de protección no puede vulnerar derechos constitucionalmente consagrados y garantizados en beneficio de la recurrida. Precisamente ese es el efecto buscado por la recurrente, toda vez que solicita en su parte petitoria que se restablezca el imperio del derecho "deteniendo las obras de construcción del "Parque Residencial Maquehue", ordenando el no corte de árboles nativos, plantas medicinales y el desvío de aguas", y así privarlo del derecho de realizar dichas acciones que están permitidas (siguiendo los requisitos de la Ley de Bosques y código de aguas), sobre un terreno que es de su propiedad, y su derecho indubitado amparado en la Garantía 19 N° 24 de nuestra Constitución Política de la Republica sobre el terreno que le permite edificar, por lo que al ejercer mi representada los atributos de dominio no ejerció actos que signifiquen vulneración a la libertad de conciencia o contaminación al medio ambiente de la recurrente.

En consideración a lo señalado, es que el recurso de protección no puede utilizarse como una acción multipropósito para obtener pretensiones que habría que solicitar en procedimientos controversiales y con la recepción de pruebas propias de un debido proceso, toda vez que en el caso concreto en caso de existir contravención a las disposiciones del Código de Aguas o a la Ley de Bosques, existe un procedimiento para denunciar dichos actuares y generar las responsabilidades correspondientes.

Afirma que lo que pretenden los recurrentes es validar acciones de autotutela, ejercidos en un terreno sobre el cual no tienen ni derecho ni meras expectativas. Dicha autotutela es acreditable en las

XEXLXTXWCE

diversas denuncias que ha realizado el recurrido tanto a Carabineros como al Ministerio Público, toda vez que la recurrida y sus trabajadores han sido víctimas constantes del actuar antijurídico de la comunidad, consistentes en delitos tales como usurpaciones, daños, amenazas, entre otros, hechos que son materia de investigaciones que actualmente se llevan a cabo en la Fiscalía Local de Temuco.

A modo ilustrativo, menciona algunas de las denuncias efectuadas:

> Investigación en Fiscalía de Temuco RUC N° 1800038724-6

> Fecha de denuncia: 08/01/2018

> Delito: Usurpación no violenta, Art. 458 del Código Penal.

> Denunciado: Rodrigo Roberto Huilipang Ancavil

Breve relación de hechos motivo de la denuncia: El día lunes 08 de enero de 2018, a las 12:30 horas aproximadamente, con motivo de una denuncia efectuada a la central de Carabineros, personal policial concurrió al predio de propiedad de Inmobiliaria Sur Del Real ubicado en Sector Maquehue, 12,5, Ruta S-578, comuna de Padre Las Casas, y en el interior se encontraban 20 personas entre hombres, mujeres y niños, pertenecientes a la comunidad indígena Santiago Lincoñir Nechifcue, quienes instalaron en el lugar un Rehue, banderas mapuches y lienzos que señalaban "recuperación territorial, tierra y agua territorial". Posteriormente personal entrevistó al Lonco de la comunidad don Rodrigo Huilipang quien manifestó que se encontraban en dicho lugar en protesta para manifestarse en contra de la CONADI para recuperar sus tierras.

> Investigación en Fiscalía de Temuco RUC N° 1800053026-K

> Fecha de denuncia: 11/01/2018

> Delito: Daños Simples, Art. 487 del Código Penal.

> Denunciado: Rodrigo Roberto Huilipang Ancavil

XEXLXTXWCE

Breve relación de hechos motivo de la denuncia: El día 8 de enero de 2018 a las 11:30 horas aproximadamente, Huilipang Ancavil acompañado de 10 personas entre hombres y mujeres de comunidad indígena Santiago Lincoñir Nechifcue, destruyeron el cerco perimetral perteneciente a la propiedad de Inmobiliaria Sur Del Real, ubicado en Sector Maquehue, Km. 12,5, Ruta S-578, comuna de Padre Las Casas, generando en consecuencia el corte de 04 hebras de alambres de púas y quebrar 10 estacas de pellin, ingresando posteriormente al terreno de la víctima y una vez en el interior taparon el canal utilizado para el desagüe de lluvias, instalando además en el lugar lienzos con el mensaje "Reivindicación de tierras, recuperación territorial". Al día siguiente, martes 09 de enero de 2018 a las 12:00 horas aproximadamente, Huilipan Ancavil acompañado de una persona, quienes se encontraban conduciendo una camioneta, ingresaron al predio de la víctima y destruyeron en su totalidad un letrero, tamaño gigantografia, para posteriormente huir en dirección desconocida.

> Investigación en Fiscalía de Temuco RUC N° 1800049432-8

> Fecha de denuncia: 13/01/2018

> Delito: Usurpación no violenta, Art. 458 del Código Penal.

Breve relación de hechos motivo de la denuncia: El día 13 de enero de 2018, a las 12:20 horas aproximadamente, 15 personas adultas entre ellas hombres y mujeres de la comunidad indígena Santiago Lincoñir Nechifcue ingresaron al terreno perteneciente a Inmobiliaria Sur Del Real ubicado en Sector Maquehue, Km. 12,5, Ruta S-578, comuna de Padre Las Casas, instalando lienzos que señalaban "no al condominio territorio mapuche", quieres posteriormente se retiraron en forma pacífica y voluntaria del lugar.

Señala que por motivo del actuar antijurídico de la recurrente, se le otorgó medidas de protección por la fiscalía de alta complejidad, consistentes en punto fijo nocturno y rondas diurnas y nocturnas al

XEXLXTXWCE

predio por parte de personal de Carabineros, como podrá corroborar con el documento de orden N°53/2018, de causa RUC 1710001202-2.

Sin perjuicio de las medidas decretadas, ellas no fueron efectivamente cumplidas por Carabineros, quedando el recurrido en la completa indefensión y en constante temor de ser víctima de delitos por parte de la comunidad, más aun teniendo en consideración el contexto regional en que han aumentado los hechos de violencia por motivo de conflictos que han generado la reivindicación de tierras por parte de la comunidad Mapuche.

Por lo anterior, velando tanto por la integridad de sus trabajadores y además la protección de sus bienes, solicitó a una empresa de seguridad que realizara un estudio a fin de prevenir la ocurrencia de delitos que acaecen constantemente en el sector. En dicho informe se sugiere cercar el perímetro del predio, además de construir una zanja en las inmediaciones, a fin de evitar que personas ingresen de forma ilegal al predio, adoptando y materializando dichas medidas de seguridad en que, si bien ha ingresado agua a la zanja, ello no impide que las aguas sigan su curso natural.

Además, con motivo de cautela y resguardo ante nuevos hechos delictuales se ha hecho limpieza del terreno con la intención de evitar la existencia de arbustos donde pudiese esconderse gente, especialmente durante la noche, que pudiera amenazar la propiedad o los trabajadores que se encuentran custodiando el terreno.

Sostiene que lo relatado en los párrafos anteriores debelan que su actuar no es arbitrario, toda vez que obedeció a la razón y al impulso natural de cualquier persona de proteger sus derechos.

Afirma que no ha realizado actuaciones ilegales que priven, perturben o amenacen derechos y/o garantías Constitucionales de terceros, toda vez que dentro del predio se han realizado actuaciones totalmente legales provenientes del derecho de propiedad que le asiste, derecho que es garantizado en el artículo 19 número 24 de la Constitución Política de la República.

XEXLXTXWCE

Al realizar la corta de arbustos no se ha transgredido una norma legal, toda vez que el la Ley de Bosques señala en su artículo 5 lo siguiente: ”Se prohíbe: 1° La corta de árboles y arbustos nativos situados a menos de 400 metros sobre los manantiales que nazcan en los cerros y los situados a menos de 200 metros de sus orillas desde el punto en que la vertiente tenga origen hasta aquel en que llegue al plan; 2° La corta o destrucción del arbolado situado a menos de 200 metros de radio de los manantiales que nazcan en terrenos planos no regados; y; 3° La corta o explotación de árboles y arbustos nativos situados en pendientes superiores a 45%. No obstante, se podrá cortar en dichos sectores sólo por causas justificadas y previa aprobación de plan de manejo en conformidad al decreto ley N° 701, de 1974.”

Como se puede apreciar, ninguna de las hipótesis de dicho artículo corresponde a la realidad del predio.

En cuanto a la “quema controlada”, conforme al Decreto N°276 del Ministerio de Agricultura sobre el Reglamento de Rose a Fuego, corresponde a CONAF la fiscalización del cumplimiento del Decreto, no a la recurrente, señalando además en el artículo N° 13 de ese cuerpo normativo el que señala que se deberá recurrir al Tribunal competente en caso de infracción a las normas del reglamento, pero en definitiva el uso de fuego con la finalidad contenida en el reglamento no está prohibido.

En cuanto a los terrenos que pudiesen tener una leve condición de anegamiento en épocas de gran pluviosidad, ellos corresponden a suelos susceptibles de recuperación a través de obras de drenaje según el artículo N° 47 del Código de Aguas que dispone: “Constituyen un sistema de drenaje todos los cauces naturales o artificiales que sean colectores de aguas que se extraigan con el objeto de recuperar terrenos que se inundan periódicamente, desecar terrenos pantanosos o vegosos y deprimir niveles freáticos cercanos a la superficie.”, por ende, el actuar de la recurrida es totalmente legal.

XEXLXTXWCE

En cuanto a si las zanjas construidas, lo cual por ningún motivo tuvo por motivo modificar el cauce de agua natural que atraviesa, si bien existe una filtración de agua en cantidad menor, no constituye una modificación al flujo de escurrimiento, además que en el caso de que hubiere sido la intención, la Ley no lo prohíbe, lo que hace es establecer un requisito que es la previa autorización de la Dirección de Aguas, según el artículo N° 41 del Código de Aguas, que dispone: "El proyecto y construcción de las modificaciones que fueren necesarias realizar en cauces naturales o artificiales que puedan causar daño a la vida, salud o bienes de la población o que de alguna manera alteren el régimen de escurrimiento de las aguas, serán de responsabilidad del interesado y deberán ser aprobadas previamente por la Dirección General de Aguas de conformidad con el procedimiento establecido en el párrafo 1 del Título I del Libro Segundo del Código de Aguas.", correspondiéndole además conforme a la normativa del código aludido a la Dirección de Aguas la fiscalización y cumplimiento de la normativa.

Pide rechazar el recurso de protección interpuesto en todas sus partes, ordenándoles que retiren el Rehue ilegítimamente instalado en la propiedad de la recurrida, condenando además en costas a la recurrente.

Acompañó los siguientes documentos: Escritura de constitución de la sociedad Inmobiliaria Sur Del Real SpA; Escritura de compraventa del terreno objeto de protección; Certificado de hipotecas gravámenes y prohibiciones del terreno de la recurrida; Asignación de rol de avalúos de la propiedad, emitido por el Servicio de Impuestos Internos; Asignación e roles emitido por el Servicio de Impuestos Internos de enero de 2017; Certificado N°277 emitido por el Servicio Agrícola y Ganadero; Certificado N°755 emitido por el Servicio Agrícola y Ganadero; Certificado de deuda, emitido por la Tesorería General de la Republica; Certificado de prenda agraria; Certificado e informe técnico de seguridad; Certificado N°329 emitido

XEXLXTXWCE

por el Servicio Agrícola y Ganadero; Compraventa N° 2416 de los dueños anteriores del terreno de la recurrida; Compraventa anterior del predio de la recurrida; Copia de inscripción de dominio del dueño anterior del terreno de la recurrida; Copia de inscripción de sociedad; Certificados de no expropiación; Inscripción de traspaso de conservador, respecto del predio de la recurrida; Set de denuncias ante la Fiscalía de Chile; Certificado de dominio vigente, año 2018; Certificado de hipotecas y gravámenes; Informe de situación del inmueble; Ord. N° 1427 del Ministerio de Obras Públicas; Ord. N° 467 del Ministerio de Obras Públicas; y Ord. N° 3166 del Ministerio de Obras Públicas.

A folio N°57-2020 se trajeron los autos en relación.

RELACIONADO Y CONSIDERANDO

PRIMERO: Que el recurso de protección establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República tiene por finalidad restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado cuando por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales éste sufra una privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías contemplados en el artículo 19 de aquel cuerpo legal, y para que esta acción cautelar sea procedente se requiere que la "ilegalidad o arbitrariedad del acto o de la omisión que se reclama sea manifiesta, ostensible e indiscutible, de tal manera que sea posible reparar de inmediato el quebrantamiento de la juridicidad".

SEGUNDO: Que conforme con lo expuesto precedentemente y lo relacionado en las presentaciones de la recurrente y de la recurrida, aparece claramente que la materia que se ha puesto en conocimiento de esta Corte a través de la medida cautelar deducida, no puede ser solucionada por este arbitrio constitucional, pues quien recurre de protección no es titular de un derecho indiscutido o indubitado.-

En efecto, en la especie, la situación jurídica y de hecho presentada por la parte recurrente ha sido contradicha por la parte

XEXLXTXWCE

recurrida, siendo lo único acreditado en razón a la documentación acompañada por las partes, es que el predio en el cual se han realizado los supuestos actos vulneratorios de las garantías esgrimidas como fundamento de este recurso por la Comunidad Indígena Santiago Lincoñir Nechifcue, no es un terreno indígena, y que además es de propiedad de la parte recurrida; y una controversia así generada no puede ser dilucidada por medio de esta acción cautelar de derechos constitucionales, ya que ella no constituye una instancia de declaración de derechos que supuestamente la referida comunidad indígena recurrente de autos dice tener sobre la propiedad de la recurrida, para estimar vulneradas las garantías de los numerando 6° y 8° del artículo 19 de nuestra constitución; por el contrario, este recurso está establecido para la protección de aquéllos derechos que, siendo preexistentes e indubitados, se encuentren afectados por alguna acción u omisión ilegal o arbitraria, cual no es el caso.-

TERCERO: Que de acuerdo con lo expuesto en las motivaciones precedentes el recurso de protección deducido, deberá ser rechazado.-

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 19 y 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema sobre tramitación y fallo del recurso de protección, **SE RECHAZA, sin costas,** el planteado por la COMUNIDAD INDÍGENA SANTIAGO LINCOÑIR NECHIFCUE, representada por don RODRIGO ROBERTO HUILIPANG ANCAVIL, en contra de la INMOBILIARIA SUR DEL REAL SPA, representada por don RODRIGO ENRIQUE DEL REAL PÉREZ.-

Regístrese, notifíquese y archívese.

Redacción del Abogado Integrante don Claudio Bravo López.

Rol N° Protección-3423-2019 (pvb).

XEXLXTXWCE

Alejandro Alfonso Vera Quilodran
Ministro
Fecha: 06/03/2020 11:23:03

Adriana Cecilia del Carmen Aravena Lopez
Ministro
Fecha: 06/03/2020 14:02:04

Claudio Arturo Bravo Lopez
Abogado
Fecha: 06/03/2020 14:35:42

XEXLXTXWCE

Pronunciado por la Primera Sala de la C.A. de Temuco integrada por los Ministros (as) Alejandro Vera Q., Adriana Cecilia Aravena L. y Abogado Integrante Claudio Arturo Bravo L. Temuco, seis de marzo de dos mil veinte.

En Temuco, a seis de marzo de dos mil veinte, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

XEXLXTXWCE

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl o en la tramitación de la causa.
A contar del 08 de septiembre de 2019, la hora visualizada corresponde al horario de verano establecido en Chile Continental. Para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar 2 horas. Para más información consulte http://www.horaoficial.cl