

PRIMERA SENTENCIA QUE APLICA EL CONVENIO N° 169 DE LA OIT EN CHILE. DERECHO A VIVIR EN UN MEDIO AMBIENTE LIBRE DE CONTAMINACIÓN COMPRENDE EL CONCEPTO DE TERRITORIO, HÁBITAT Y PROTECCIÓN DE LA CULTURA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

JUAN JORGE FAUNDES

“Linconao Francisca con Forestal Palermo”

Sentencia del 30 de noviembre de 2009, de la Excma. Corte Suprema, Rol 7287 2009, confirma la sentencia apelada de la Ilma. Corte de Apelaciones de Temuco de fecha 16 de septiembre de 2009 que resuelve recurso de protección interpuesto por Francisca Linconao Huircapan contra la Forestal Palermo Limitada, Rol N 1773-2008, la que se reproduce resumida y se comenta a continuación:

El Fallo del Caso Linconao, confirmado por la Excma. Corte Suprema, pasará a la historia de los precedentes chilenos por dos importantes razones. Por una parte, es el primer fallo que incluye en sus considerandos las disposiciones del Convenio N 169 de la OIT, que entra en plena vigencia el día previo a la fecha de la sentencia y fue ratificado exactamente un año y un día antes del fallo. Asimismo, no solo es la punta de lanza jurisprudencial por ser la primera, sino porque sus fundamentos abordan el centro del debate relativo a la aplicación de los derechos indígenas en el derecho interno chileno, como instrumentos amparados por el artículo 5 Inciso 2 de la Constitución; también porque se pronuncia sobre conceptos como el de “territorio” y su directa relación con el “hábitat”, la interdependencia con los derechos culturales y la protección del medio ambiente, cuestiones esenciales en el desarrollo de los derechos indígenas y que se incorporan a nuestro ordenamiento jurídico con la ratificación del Convenio N 169 de la OIT, lo que esta resolución comprende y describe prístinamente.

doi: 10.7770/RCHDYCP-V1N1-ART11

Tratados, Derecho Interno y Derecho Internacional:

Declara que el Convenio N° 169 de la OIT es un Convenio internacional en materia de Derechos Humanos de aquellos considerados por el Artículo 5° inciso 2° de la Constitución Política, con el mayor marco de protección que esto implica, debate doctrinario incluido.

Agrega que este tratado es parte del *Jus Cogens* internacional, por lo tanto, que sus disposiciones no admiten acuerdo en contrario por parte de los estados y son objeto de una especial protección.

Invoca expresamente el Artículo 27 de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados de 1969, que señala que los estados no podrán excusarse del cumplimiento de las normas de un tratado excusándose en las disposiciones de su derecho interno. James Anaya, Relator Especial para los Derechos Humanos de los Indígenas, al informar respecto de la situación de los Derechos Indígenas en Chile, particularmente respecto de la obligación de consultar a los Pueblos Indígenas, invocó expresamente esta limitación del Estado. Humberto Nogueira en Chile y Bartolomé Clavero en España¹, respectivamente, invocan la plena aplicación del artículo 27 de la Convención de Viena como limitante del derecho interno del Estado en la aplicación de los tratados internacionales, particularmente en materia de derechos humanos y derechos indígenas.

Derecho a Vivir en un Medio Ambiente Libre de Contaminación y Derechos Indígenas:

El Fallo del caso “Linconao con Palermo” se fundamenta en la vulneración de la Garantía Constitucional del Derecho a Vivir en un Medio Ambiente Libre de Contaminación (Art. 19 N° 8), adscribiendo expresamente a una interpretación amplia de este derecho, que incorpora los elementos culturales propios de los indígenas, entrando con ello en un debate que sabemos aún no es resuelto por la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores de justicia.

La Corte tuvo especialmente en consideración la vital importancia que tiene para la Machi Francisca, su Comunidad y el Pueblo Mapuche la protección del medio ambiente que los rodea, particularmente, el bosque nativo existente en las laderas del cerro Rahue y los Menoko ubicados dentro del predio de la empresa forestal recurrida, en cuyo interior crecen yerbas medicinales mapuche, las cuales son un insumo básico de la medicina tradicional y cultura Mapuche desde tiempos pretéritos.

¹ <http://clavero.derechosindigenas.org>

Asimismo, el fallo destaca que puede limitarse el derecho de propiedad para la protección del medio ambiente y de los derechos indígenas, declarando que “la Ley puede establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente y dentro de esas restricciones, el 19 N° 24 en su inc. 2° es clarísimo y consagra la conservación del patrimonio ambiental, por lo que según todos los principios, valores y normas señaladas en los precedentes considerandos se debe tener especial cuidado al analizar las manifestaciones culturales, en este caso, de la etnia mapuche... No existe un derecho de propiedad como tácitamente lo pretende indicar el recurrido en forma absoluta”.

Convenio N° 169, Derechos Indígenas y Recurso de Protección:

El fallo declara que el Recurso de Protección es una vía legítima para reclamar los derechos contenidos en el Convenio N° 169 de la OIT, porque “el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y expedito ante los Jueces y Tribunales competentes a fin que lo amparen contra actos que violen sus derechos fundamentales”.

Territorio, Hábitat y Protección de la Cultura de los Pueblos Indígenas:

La sentencia comentada aplica directamente el concepto de “Territorio” que se introduce por el Convenio N° 169 de la OIT al derecho chileno, bajo la interpretación amplia propia del derecho internacional de los Pueblos Indígenas. Al efecto, se cita expresamente el artículo 13 del Convenio N° 169 de la OIT que establece que “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”. Agregando en el N° 2 que “la utilización del término «tierras» 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”.

El derecho de los Pueblos Indígenas que se incorpora con la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT, extensamente desarrollado en el fallo Linconao, se contiene una concepción holística del “territorio” que tiene dimensiones ambientales, culturales, geográficas, hidrológicas, productivas, etc., entre otros, fundada en el concepto de “hábitat” definido por el artículo 2° del Convenio de Bio Diversidad. Tal como se indica expresamente en el Fallo Linconao, el hábitat incluye las poblaciones indígenas, abriendo el marco de protección a la dimensión cultural. Los “Menoko” (vertientes o manantiales sagrados) y las yerbas medicinales como objetos

de protección jurídica, que tienen un claro componente biológico natural, pero que trascienden hacia una significancia cultural que solo puede ser comprendida desde la perspectiva de la cosmovisión mapuche, permiten entender en su integral sentido este fenómeno.

Debilidades de la Sentencia:

Ni la Corte de Apelaciones de Temuco ni la Corte Suprema se pronuncian explícitamente respecto del acceso a tierras de uso ancestral de las que no es propietaria la recurrente ni la comunidad afectada, lo que constituía una de las peticiones centrales del recurso de conformidad al artículo 14.2 del Convenio N° 169 que dispone el “derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no están exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia”.

Bartolomé Clavero criticó el fallo señalando precisamente que “La sentencia curiosamente se olvida del *“derecho de propiedad y de posesión (de los pueblos indígenas) sobre las tierras que tradicionalmente ocupan”* y de acceso a *“tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia”*. Agrega que “no ha faltado ya quien asegure que esta sentencia de la Corte de Temuco y, pues la ratifica, de la Corte Suprema reconoce y garantiza *derechos ancestrales*, agregándose encima que esa es la prueba de que el *derecho ancestral* del pueblo mapuche a la tierra tiene acceso a la salvaguarda y el amparo de la justicia en Chile. Mas lo *ancestral* en la sentencia es una cualidad del bosque o también de la medicina indígena, *medicina ancestral*, no del derecho respectivo, el indígena, acerca del cual no se ofrece cualificación ni se produce jurisprudencia”².

Lo Resolutivo del Fallo:

1. “La recurrida deberá cumplir con Abstenerse de cortar árboles y arbustos nativos dentro del perímetro de los 400 metros más próximos a los manantiales existentes, por impedirlo la legislación forestal y porque estos tienen un carácter sagrado para el Pueblo Mapuche.
2. La recurrida no podrá realizar corta de árboles y arbustos sin que cuenten con plan de manejo aprobado por la CONAF.

² <http://clavero.derechosindigenas.org>

3. CONAF deberá considerar al momento de resolver su otorgamiento, el impacto que produce en los manantiales la sustitución de especies nativas por exóticas”.

Nueva Jurisprudencia:

La última semana de noviembre de 2009 la Corte Suprema nos entregó dos importantes fallos en que aplicó el Convenio N° 169 de la OIT que merecen ser estudiados en conjunto, aunque sea brevemente. Además de la ya comentada sentencia de la Machi Francisca Linconao, el 25 de noviembre de 2009 en la causa Rol N° 2840-2008 resolvió los Autos Rol N° 1.194 de 1996 del Juzgado de Letras de Pozo Almonte caratulados “Alejandro Papic Domínguez con Comunidad Indígena Aimara Chusmiza y Usmagama”.

Entre otras consideraciones, coincide con los conceptos del fallo Linconao, tanto en el carácter de tratado de Derechos Humanos del Convenio N° 169, como que “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 concluye que “aunque la fuente de agua que abastece a la comunidad solicitante, denominada Socavón o Vertiente Chusmiza, se ubica en un predio inscrito a nombre de la empresa opositora Agua Mineral Chusmiza... tal circunstancia no impide aplicar la protección especial contenida en el artículo 64 de la Ley Indígena, que consagra una presunción de dominio y uso de las aguas de las Comunidades Indígenas Aymaras y Atacameñas, ya que no resulta acorde con el espíritu de la ley ni con el instrumento internacional aludido, restringir la presunción solo a las aguas que escurren en terrenos de propiedad de la comunidad”.

Este fallo aplica expresamente y sin reparo alguno el artículo 15 del Convenio N° 169 de la OIT, el cual a partir del Fallo 308 de 2000 del Tribunal Constitucional, se ha sostenido no sería autoejecutable y que su eventual aplicación podría generar un problema de constitucionalidad. Así, la Corte Suprema se distancia dogmáticamente de la postura del Tribunal Constitucional en la materia, abriendo un nuevo debate cuyo desarrollo deberemos observar en la próxima jurisprudencia constitucional.

A la fecha del presente comentario ya se han dictado alrededor de cinco fallos por Cortes de Apelaciones y la misma Corte Suprema. En ellos se ha ido desarrollando una línea jurisprudencial que, con algunos matices y reveses parciales, ha mantenido y más bien profundizado la aplicación de aspectos centrales del Convenio N° 169 de la OIT como el Derecho a Consulta en relación, entre otros, al sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, lo que espero podamos abordar en siguientes comentarios o artículos.

“Francisca Linconao con Forestal Palermo”:

“Temuco, dieciséis de septiembre de dos mil nueve.
VISTOS Y TENIENDO PRESENTE:

A fojas 1 comparece doña Francisca Linconao Huircapan, machi, domiciliada en el sector Rahue, camino tres cerros e interpone recurso de protección contra la Sociedad Palermo Limitada, representada por Alejandro Taladriz Montesinos, ambos domiciliados en el Fundo Palermo sin número de Padre Las Casas. Funda su acción señalando que a partir de los primeros días del mes de septiembre de 2008, la recurrida ha efectuado corta ilegal de árboles y arbustos nativos, en el fundo Palermo Chico, en el límite de éste y en el predio colindante denominado Palermo Grande. Agrega que dicha tala es ilícita, por cuanto se ha verificado dentro del perímetro de 400 metros más próximos a 3 manantiales, cuyos nacimientos están en cerros del sector, infringiéndose dicha forma el artículo 5 N° 1 de la Ley de Bosques, norma que prohíbe “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 su origen hasta aquél en que llegue al plano”. Aduce de esta forma, que el acto es ilegal aún cuando se cuente con el plan de manejo aprobado por la CONAF, pues el artículo 1 N° 12 de la Ley de Bosque Nativo y Fomento Forestal, señala que “corta no autorizada” es aquella que realizada con plan de manejo aprobado, “se ejecute en contravención a las especificaciones técnicas en él contenidas, especialmente respecto de intervenciones en superficies o especies distintas a las autorizadas”. Argumenta la actora, y como segundo acto que le imputa a la recurrida, señala que ésta ha realizado plantación de especies exóticas en los lugares donde se ha llevado a cabo la corta de especies nativas, lo que está en clara contradicción con los cuerpos legales citados, especialmente el DL 701 y su reglamento, legislación que persigue mantener el número de hectáreas plantadas con bosques nativos. Añade que esto se ve agravado pues existen comunidades indígenas colindantes, con bosques ancestrales, existiendo contaminación de aguas vitales para su existencia, más aún teniendo presente que los manantiales presentes en el predio son denominados por la etnia mapuche como “Menokos” y tienen el carácter de sagrados. A ello debe sumarse la proliferación de especies exóticas donde antiguamente recogían las yerbas medicinales, todo lo cual implica la destrucción del medio ambiente en que viven desde hace siglos. Apunta que debe tenerse en consideración el Convenio 169 recientemente ratificado por Chile, el cual establece en su Parte II artículo 13, que es obligación del Gobierno respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras, territorios o con ambos; precisando que esta obligación existe no obstante que la propiedad no esté en manos de indígenas. Así, el artículo 14 del referido Convenio establece que “Deberán tomarse medidas para salvaguardar los derechos de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que haya tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales

y de subsistencia". Termina señalando que los hechos anteriormente descritos vulneran el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, entendiendo el concepto de medio ambiente de acuerdo a cómo lo entiende la Ley 19.300, artículo 1 letra LL), esto es, incluyendo el elemento sociocultural y sus interacciones. Solicita, en consecuencia, en definitiva restablecer el imperio del derecho, ordenando cesar las actividades de la recurrida. [...].

[...] **SEGUNDO:**... es necesario precisar una serie de conceptos que se irán detallando durante el fallo, puesto que no puede un Tribunal realizar lisa y llanamente aplicación de un enunciado normativo sin antes explicar el proceso intelectual a realizar. Pues de no ser así, no tendría sentido la labor de los Tribunales, de la jurisprudencia y de la interpretación. Ello sin perjuicio de velar por lo que se denomina, por la doctrina, "densidad normativa". En todo caso, el constituyente o el legislador siempre ha dejado un camino por ser de natural dominio, que los Tribunales a través de sus fallos den el alcance que corresponde a las normas jurídicas. En relación a lo dicho la Dignidad de la Persona constituye el valor supremo y el principio jurídico, que es la columna vertebral básica de todo el ordenamiento constitucional (Humberto Nogueira Alcalá, Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales, tomo I, editorial Librotecnia, septiembre de 2008, páginas 14 y 15). Con el mismo autor podemos decir que hoy la dignidad es la Fuente de todos los derechos fundamentales, Fuente de toda responsabilidad que afecte a los citados derechos, Fuente de toda interpretación, Fuente de toda aplicación de dichos derechos, Fuente de toda reparación, Fuente de toda trascendencia, Fuente de todo respeto, Fuente de toda manifestación cultural y Fuente primera para entender el significado del hombre. La Dignidad, como expone Haberle, (citado por Nogueira misma obra, Pág. 15) consiste en el "valor y pretensión de respeto intrínseco y simultáneamente social, al cual pertenece cada ser humano por su condición humana". Dignidad consagrada en el artículo 1 de nuestra Carta Constitucional y en los Pactos Internacionales de derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales y el Pacto de San José de Costa Rica. Todos ellos vigentes como ley interna chilena. La dignidad así entendida se está refiriendo a la construcción de la sociedad democrática, liberal, occidental, que tiene como base las grandes democracias universales e históricas, como son, la inglesa, francesa y norteamericana...

TERCERO: Que en la misma línea, ratificando lo antes señalado, el artículo 5 inciso segundo del Código Político señala que el ejercicio de la soberanía tiene como límite el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y agrega que es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos... Esto significa un nuevo límite para el Estado y la sociedad civil de respeto y resguardo de los derechos humanos. Luego, frente a una colisión de normas, principios o valores o frente a un conflicto jurídico, la autoridad, el particular, el Estado, debe (imperativo promover y no limitar siempre con sus actuaciones un camino que no afecte la dignidad ni los derechos fundamentales). ..., todo el orden constitucional exige siempre no sólo el promover, sino que además fundamentación, racionalidad, justi-

cia y proporcionalidad en las decisiones y en las actuaciones de las autoridades y los particulares. No existen en verdad espacios para que la autoridad, pueda porque sí, aplicar la norma de derecho a su pura voluntad apartándose de lo que indica el constituyente. Ello atenta contra el sistema democrático y republicano de convivencia y de concepción del derecho.

CUARTO: Que en relación a la esencia del artículo 19 N° 8 de la Constitución, ya Enrique Evans De la Cuadra en su obra *Los Derechos Constitucionales*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile 1999, Págs. 307 y siguientes, expresa que este derecho está destinado a afianzar el proceso normal de la vida y del desarrollo del hombre en la comunidad. Se trata de existir y coexistir con otros en un ambiente de equilibrio ecológico, con la salud protegida... La profesora Ángela Vivanco en su curso de Derecho Constitucional Tomo II, ed. Universidad Católica de Chile, página 300 y siguientes, respecto a vivir en un ambiente limpio de contaminación lo que se asegura es que, en ese medio ambiente, los elementos nocivos para la vida y salud del hombre y para la preservación del ambiente tengan índices que permitan a las personas no ver amenazadas su integridad física o psíquica. En todo caso, no se trata de un medio ambiente totalmente puro. Agrega la autora que sobre la extensión de este derecho, los Tribunales de Justicia han resuelto que el medio ambiente, el patrimonio ambiental, la preservación de la naturaleza de que habla la Constitución y que ella asegura y protege es todo lo que naturalmente nos rodea y que permite el desarrollo de la vida y agrega, "el medio ambiente se afecta si se contamina o se altera de modo perjudicial para el mejor desarrollo de la vida". Añade que frente a este derecho se crea un deber del Estado que es velar para que el derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza. El Constitucionalista José Luis Cea Egaña en su libro *Derecho Constitucional Chileno*, Ediciones Universidad Católica de Chile 2004, Tomo II, páginas 285 y siguientes, explica que la norma constitucional versa sobre la ecología y en un sentido amplio, la ecología estudia las relaciones del hombre con todo su hábitat, es decir, el medio o ambiente material e inmaterial que lo circunda, no exclusivamente el que se refiere a la naturaleza. Precisa que en una acepción de mayor extensión la ecología absorbe la acción del hombre sobre el medio que él mismo ha creado alcanzando aspectos que exceden el tema de los recursos naturales renovables o no. Puntualiza que vivir en un ambiente libre de contaminación es la alteración de la pureza del medio físico o bien de ese ambiente físico en su esencial interacción con el medio sea psíquico, moral o social. Para el autor del texto constitucional se desprende cierta tendencia a la aceptación de la ecología en su visión extensa y por lo tanto comprensiva de la contaminación en su acepción amplia, aunque estima que los Tribunales como la Comisión de Estudio han optado por una acepción restringida a lo que debe entenderse por medio natural, pero aclara que en la Ley de Bases se hallan preceptos que permiten defender el concepto amplio de medio ambiente, art. 2 letras g) y II). También se refiere a los deberes del Estado mencionados precedentemente. El tratadista Alejandro Silva Bascañán en su libro *Derecho Constitucional*, editorial Jurídica de Chile 2008, Tomo XII, páginas 89 y siguientes, señala que la materia que incide en el derecho es el medio ambiente y esta expresión puede entenderse, según el Diccionario, como un conjunto de condiciones

culturales, económicas y sociales en que vive una persona. Este término se vincula al vocablo hábitat que significa lugar de condiciones apropiadas para que viva un organismo, especie o comunidad animal o vegetal... Precisa Silva Bascuñán que este derecho asegura junto con su objeto directo o propio a favor del titular que lo ejerce un valor general que excede a lo que su goce representa para él mismo como es simultáneamente el beneficio colectivo, constituye un instrumento para garantizar una cierta calidad de vida y, por ende robustece otros derechos que reconoce la Carta a las personas, en especial, el derecho a la misma vida, artículo 19 N° 1 y el derecho a la protección a la salud, artículo 19 N° 9... Además, la jerarquía que le da la Constitución a este derecho se aprecia en la facultad que se le otorga al legislador para establecer restricciones específicas al ejercicio de otros derechos o libertades para proteger el medio ambiente, así en concordancia con lo anterior se encuentra el concepto de función social de la propiedad definido en el inciso 2° del N° 24 del artículo 19. Ahora bien, entre los bienes jurídicos que pueden justificar las limitaciones al dominio se encuentra la conservación del patrimonio ambiental. Finalmente, en relación a la cita de autores sobre esta materia, Humberto Nogueira Alcalá en su obra *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales*,... indica que la Constitución no precisa el contenido del derecho que se asegura, el cual queda como un concepto constitucionalmente indeterminado. Su determinación queda entregada a la determinación jurisprudencial y a la configuración del legislador, el cual en la ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio ambiente en su título 1 artículo 2 letra II) entiende por medio ambiente el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones en permanente modificación por la acción humana y natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones... Precisa Nogueira que se puede sintetizar las definiciones anteriores en cuanto coinciden en que el medio ambiente es un conjunto de relaciones y no de elementos, el cual comprende y no solo envuelve al hombre, abarcando los elementos naturales y culturales o artificiales por igual: seres humanos, entorno, componentes bióticos, abióticos y culturales. Argumenta el autor que el derecho a un medio ambiente libre de contaminación es un concepto de carácter antropomórfico en la medida en que son los seres humanos quienes definen la calidad del entorno deseable y quienes han convertido ámbitos antes jurídicamente irrelevantes en derechos fundamentales y bienes constitucionalmente protegidos, todo lo cual responde a una perspectiva de calidad de vida y a las posibilidades de desarrollo de la vida humana en un contexto de recursos finitos y de un entorno cuya contaminación tolerable es limitada, especialmente teniendo presente una perspectiva de solidaridad intergeneracional. Por lo que estima que el derecho de las personas que se protege en el artículo 19 n° 8 es el de vivir en un determinado medio ambiente, el cual debe ser adecuado para la vida humana, el desarrollo de la persona y sus potencialidades en sus diversos ámbitos, en interacción con el medio y el entorno, donde los grados de contaminación del medio ambiente se mantengan en un rango y por períodos que no degraden el ambiente del que forma parte la vida y el desarrollo humano. Agrega que es utópico pensar en la total ausencia de contaminación, pero se debe mantener una naturaleza preservada y un respeto por el equilibrio ecológico.

QUINTO: Que según lo razonado, es claro que existe una tendencia a considerar el concepto de medio ambiente en una forma más extensa de la que originalmente se consideró. En este sentido, esta Corte asume que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación debe considerarse en forma amplia, como lo ha expuesto entre otros de manera más precisa el profesor Humberto Nogueira y no sólo por los fundamentos dados por dicho autor, sino porque el fenómeno social denominado Derecho, es una creación realizada por el hombre y para el hombre. Para que sea un instrumento para alcanzar objetivos que permitan crear las condiciones de desarrollo material y espiritual más altas posibles, en definitiva obtener el bien común y una mejor calidad de vida. Si no hay un medio ambiente adecuado para vivir, resulta ilusorio que el hombre sea digno en libertad e igualdad y pueda disfrutar el pleno goce y ejercicio de sus derechos. Además, debe ser considerado en forma amplia y holística, por los deberes que impone el artículo 19 N° 8 al Estado. Esto es velar para que no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza, puesto que al no tutelarla ni preservarla el medio ambiente, sin duda, puede verse afectado vulnerando esta garantía. Si no se admite una concepción amplia, no se divisa cómo el Estado puede cumplir sus deberes Constitucionales indicados. En todo caso, no existe en el medio ambiente un grupo, o persona aislada, un elemento vivo o inerte que no esté relacionado con su entorno. El medio ambiente parafraseando al Biólogo Humberto Maturana (quien se refería al Lenguaje) es el todo.

SEXTO: Que en la perspectiva anterior y en una revisión de la legislación internacional sobre el medio ambiente, podemos indicar que el Estado de Chile ha suscrito más de 20 tratados internacionales que cita el profesor Nogueira en la obra anteriormente indicada, que naturalmente permiten precisar el derecho en cuestión... En esta misma línea el Convenio sobre la Diversidad Biológica publicado en el diario oficial 6 de mayo de 1995, en su preámbulo, indica que las partes contratantes están conscientes del valor intrínseco de la diversidad biológica y de los valores ecológicos, genéticos, sociales, económicos, científicos, educativos, culturales, recreativos y estéticos de la diversidad biológica y sus componentes... Del mismo modo, se reconoce la estrecha y tradicional dependencia de muchas comunidades locales y poblaciones indígenas que tienen sistemas de vida tradicionales basados en los recursos biológicos. En el artículo 2, indica que... Hábitat, es el lugar o tipo de ambiente en el que existen naturalmente un organismo o población. En el artículo 8 dentro de las obligaciones de cada Estado, se indica: letra a) Se establecerá un sistema de áreas protegidas o áreas donde haya que tomar medidas especiales para conservar la diversidad biológica; letra d) Promoverá la protección de ecosistemas y hábitats naturales y el mantenimiento de poblaciones viables de especies en entornos naturales;... letra j) cada país con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, inno-

vaciones y prácticas se compartan equitativamente... Asimismo, la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, de la misma Asamblea citada de 13 de septiembre de 2007, en cuanto los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente. De esta forma, de lo expuesto en el concierto del Derecho Internacional, de manera consensuada y oficial existe acuerdo desde 1972 al menos, de la protección del medio ambiente en una concepción amplia. Y también es un tema pacífico la promoción y fomento para dicha protección que deben asumir los Estados y en especial con las comunidades indígenas.

SÉPTIMO: Que en materia de legislación nacional en relación al tema en estudio podemos ver lo siguiente: a) Ley de Bosques Decreto ley N° 656 de 1925 (Decreto Supremo 4.363 de junio de 1931). En sus artículos 2 y 5 ya en esa época estipulaba y estipula normas para la protección de los terrenos de aptitud preferentemente forestal y para los bosques naturales y artificiales y prohibiciones para corta de árboles y arbustos. Todo lo que queda sujeto a los planes de manejo aprobados por la Corporación Nacional Forestal... c) Ley 20.283 de 30 de julio de 2008 sobre recuperación del bosque nativo y fomento forestal. Artículo 1 dispone que esta ley tiene como objetivo la protección, la recuperación y el mejoramiento de los bosques nativos, con el fin de asegurar la sustentabilidad forestal y la política ambiental. En su título III denominado de las normas de protección ambiental, artículo 15, expresa que la corta de bosques nativos deberá ser realizada de acuerdo a las normas que se establecen en este título sin perjuicio de aquellas establecidas en la ley 19.300, con los objetivos de resguardar la calidad de las aguas, evitar deterioro de los suelos y la conservación de diversidad biológica. d).-Ley 19.300 de 9 de marzo de 1994 sobre bases generales del medio ambiente. Destacar en este respecto los siguientes artículos: 1. El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, la protección del medio ambiente, la preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental se regulan por dicha ley, sin perjuicio de lo establecido en otras normas legales... e) Ley 19.253 (ley indígena) de 5 de octubre de 1993. En su artículo 1 explicita que el Estado reconoce que los indígenas de Chile son los descendientes de las agrupaciones humanas que existen en el territorio nacional desde tiempos precolombinos, que conservan manifestaciones étnicas y culturales propias siendo para ellos la tierra el fundamento principal de su existencia y cultura. Reconoce como Etnia a la Mapuche. En su inciso 3°, agrega que es deber de la sociedad en general y del Estado respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, sus familias, 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. Artículo 7. El Estado reconoce el derecho de los indígenas a mantener y desarrollar sus propias manifestaciones culturales. El Estado tiene el deber de promover las culturas indígenas, las que forman parte del patrimonio de la Nación chilena... f).- Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado el 27 de junio de 1989 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, en su Septuagésima Sexta Reunión, promulgado por el Decreto Supremo N° 236 de 14/10/2008 del Ministerio de Relaciones Exteriores, Publicado en el Diario

Oficial de fecha 14 octubre 2008, que entra en vigencia en nuestra patria el 15 de Septiembre de 2009 sobre Pueblos indígenas y Tribales en países independientes (de la organización internacional del Trabajo). Así el artículo 4 N° 1 dispone que se deberán adoptar las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados. Artículo 5. Deberá reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales propias de dichos pueblos. En el mismo sentido el artículo 8. Luego el artículo 13. 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 u otra manera y en particular. N° 2. Que la utilización del término tierras 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 u otra manera. g).- Se debe también considerar el artículo 2 de la "Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial... h).- El artículo 4 N° 16 del Decreto Ley N° 2.763 de 1979, modificado por ley N° 19.937, Ley Orgánica del Sector Salud, que establece que cabe al Ministerio de Salud el formular políticas que permitan incorporar un enfoque de salud intercultural en los programas de salud en aquellas comunas con alta concentración indígena. i).- El artículo 21 del Decreto N° 135 de 2004, del Ministerio de Salud, que contiene el Reglamento Orgánico del Ministerio de Salud que establece que es función de éste formular políticas que permitan incorporar un enfoque de salud intercultural en los programas de salud, permitiendo y favoreciendo la colaboración y complementariedad entre la atención de salud que otorga el Sistema y la que provee la medicina indígena, que permita a las personas, en aquellas comunas con alta concentración indígena, obtener resolución integral y oportuna de sus necesidades de salud en su contexto cultural." j).- Con todo, esta exigencia estaba ya consagrada en la ley 19.253 y en el Convenio sobre la Diversidad Biológica, y en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, por lo que la exigencia a todos los órganos del Estado, entre los que obviamente se incluyen los entes jurisdiccionales, de dar protección contra la violación de los derechos de las etnias originarias, es plenamente vigente en nuestra patria. l).- Las Resolución Exenta N° 261 del 28 de Abril del 2006 del MINSAL que aprueba la Norma General Administrativa N° 16 sobre Interculturalidad en Salud. Ella tiene rango obligatorio para todo el Sector de Salud Pública, incluyendo a los Municipios, quienes de acuerdo al Estatuto de Atención Primaria deben respetar las normas técnicas del MINSAL. Particularmente importante son los fundamentos 5° y 6° de la normativa cuando señalan: a.-) El Estado de Chile, de conformidad con las normas legales vigentes y tratados internacionales promulgados como ley de la República, se encuentra en el deber de respetar, reconocer y proteger los sistemas de salud de las culturas indígenas y b.-) El Ministerio de Salud en el marco de los acuerdos adoptados en relación al Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas y de la Política de Nuevo Trato, asumió el compromiso de efectuar el reconocimiento expreso de la validez de los sistemas de salud de los pueblos indígenas de Chile. De lo expuesto en materia de legislación nacional, se

desprende lo mismo que en el derecho internacional una protección y conservación por parte del derecho del medio ambiente y en el caso que nos ocupa, del respeto, protección cuidado y desarrollo de los pueblos indígenas en todas sus manifestaciones, en especial, el respeto por su cultura, por el desarrollo de su medicina ancestral, como se aprecia nítidamente en las normas del Ministerio de Salud.

OCTAVO: Que según el ensayo del abogado Roberto Contreras, citando a varios autores, indica que los Sistemas de Salud no formales (Cultural, Etnomédico, Tradicional, Medicina Antropológica, etc.) son “sistemas terapéuticos adaptados a ámbitos y contextos socioculturales y geográficos concretos que responden a las necesidades de salud de los grupos” (Alfonso Julio, Aparicio Mena). El mismo autor Contreras, indica que el Dr. Marcos Meeroff, define que la medicina antropológica considera al enfermo en sus facetas somática, psíquica y sociocultural, es decir, una medicina holística que considera los tres aspectos del proceso mórbido; enfermedad, padecimiento y predicamento. Se indica que la respuesta sanitaria de los Pueblos Indígenas a sus problemas de salud, debe ser abordada como un sistema, es que podemos definir a estos, como un conjunto articulado de representaciones y conocimientos con las que cada pueblo vive la salud, la enfermedad, la vida y la muerte de la persona, lo que determina sus formas de prevenir y fortalecer los factores protectores y disminuir los agresores para mantener el equilibrio, prolongar la vida y asegurar la trascendencia. Finalmente, el mismo autor, indica que la UNESCO asimismo ha señalado que la medicina tradicional indígena forma parte del patrimonio cultural intangible de la humanidad.

NOVENO: Que expuesta la relación de todos los antecedentes anteriores, esto es doctrina jurisprudencia, derecho nacional e internacional, es nítido cómo se ha configurado conciencia sobre la protección del medio ambiente y, además, se ha legislado en sostener una concepción amplia del medio ambiente. Y especial atención deben tener los Estados en la protección y preservación de las tierras y culturas indígenas en todas sus manifestaciones.

DÉCIMO: El derecho como se desprende con claridad del artículo 1 y el capítulo tercero de la Constitución Política del Estado, está compuesto por normas, valores y principios. Además, el que un tratado o convenio esté o no vigente, como legislación nacional, no impide en materia de interpretación y argumentación considerarlo como un elemento más de convicción en el momento de adoptar una decisión, considerando además los principios imperativos del derecho internacional, reconocido por todos los Estados como es el *ius cogens* y el denominado bloque constitucional, del profesor Humberto Nogueira que comprende los derechos consagrados expresamente por la Constitución, los que establecen el derecho convencional internacional a través del artículo 5° inciso 2° de nuestra Constitución, los principios imperativos del Derecho Internacional citados y los derechos implícitos, reconocidos en el artículo 29 letra c) de la Convención Americana de Derechos Humanos. Además, debe considerarse, que de acuerdo a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados,

artículo 27, en cuanto una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

DÉCIMO PRIMERO: Que ya está dilucidado en la doctrina y jurisprudencia, que la persona como estrategia puede decidir interponer las acciones que estime pertinentes para la defensa de sus derechos. No es posible prohibir a una persona la interposición o no de la acción de protección. Es su derecho para defender sus intereses y ello sin perjuicio de otras acciones que establezca el ordenamiento. Precisando que el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y expedito ante los Jueces y Tribunales competentes a fin que lo amparen contra actos que violen sus derechos fundamentales. De la misma forma, siguiendo al Profesor Eduardo Soto Kloss en su obra sobre Recurso de Protección, no es argumento válido señalar que en la actuación que hace la recurrida, se han tenido las autorizaciones legales, ello porque esa posición es sólo un punto de partida. Esto es, se puede indicar que se tiene la autorización de la autoridad o de la Ley, pero si en el hecho es patente que se está perjudicando a la persona o al medio ambiente, obviamente que dicha argumentación no tiene sentido y su actuar se transforma en ilícito y es deber del Estado y de los Tribunales de Justicia proteger los derechos conculcados.

DÉCIMO SEGUNDO: Que se debe precisar que la acción interpuesta en modo alguno está rebatiendo o negando el concepto de derecho, el concepto de Constitución Política, el concepto de orden público económico, el concepto de derecho de propiedad, ni tampoco ha desconocido ley alguna. Lo que hace el recurrente es utilizar los instrumentos jurídicos para defender sus derechos e intereses, tal como lo establece el orden jurídico nacional.

DÉCIMO TERCERO: Que en la misma línea anterior, si bien es cierto como se ha expuesto *ut supra*, tanto los autores como la legislación señalan que no existe un medio ambiente puro o no contaminado que sería el ideal, la recurrente tampoco aspira a esto, medio ambiente absolutamente puro, sólo está pidiendo precisa y detalladamente que la explotación en el predio del recurrido se ciña a la Ley de Bosques, a la Ley de Fomento Forestal y a lo que establece nuestra Constitución. En este sentido, es el pueblo indígena, etnia mapuche, quien luego de la formación de la República "Estado Nación - ha tenido que someterse al igual que todos los chilenos al derecho que emana de los órganos de dicha República, esto es, desde ya ha tenido que vivir en un medio ambiente, según la concepción expuesta más arriba, no ideal ni puro, sino en un medio ambiente con una intervención que en sus tradiciones y manifestaciones culturales no estaba acostumbrado. Pero aún así, el actor sólo pide que las explotaciones en el predio del recurrido se ciñan a la legislación nacional. Legislación nacional que ya en 1925, tanto en la Constitución como en la Ley de Bosques, le asignaba a la propiedad una función social, imponiéndole limitaciones. No existe un derecho de propiedad como tácitamente lo pretende indicar el recurrido en forma absoluta, ni siquiera los autores de la corriente liberal inglesa, como

John Locke se imaginaba un derecho de esa forma. Incluso, este autor planteaba que uno debiera tener lo justo y necesario para llevar una vida adecuada. Lo que hay que recalcar que tanto en las leyes de bosques citadas como en nuestra Constitución en el artículo 19 N° 8, el constituyente señaló que la Ley puede establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente y dentro de esas restricciones, el 19 N° 24 en su inciso segundo es clarísimo y consagra la conservación del patrimonio ambiental, por lo que según todos los principios, valores y normas señaladas en los precedentes considerandos se debe tener especial cuidado al analizar las manifestaciones culturales, en este caso, de la etnia mapuche.

DÉCIMO CUARTO: Que es claro que de acuerdo a lo que se ha expuesto del significado de los Menokos, el Derecho a Vivir en un medio libre de contaminación para la actora se ha visto afectado, puesto que se vulnera la integridad física y psíquica de esa etnia, se agravia en su naturaleza humana y la calidad de vida y en la protección de sus sistemas de salud, puesto que el Menoko es un lugar, espacio cultural, que no debe ser molestado, sino que siempre protegido. Y lo que pide la machi no es que se acabe la explotación forestal ni el uso de las facultades del derecho de propiedad, sino que el dueño de esa tierra se ciña a la ley forestal. Además, no existiendo en la tradición cultural mapuche plantación de especies exóticas que sustituyan al bosque nativo, como sucede hoy, obviamente que se está afectando su derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación si la incorporación de plantas exóticas está dentro de las distancias para no realizar tala ni corta de bosques señaladas en las leyes forestales citadas. Se debe precisar que en la contestación de la acción de protección el denunciado, en primer lugar, niega que existan manantiales. En segundo lugar, que se haya hecho una corta y tala ilegal y, en tercer lugar, no discute en modo alguno que la explotación forestal de corte y de tala está afectando los manantiales en las distancias señaladas por la ley forestal.

DÉCIMO QUINTO: Que tomando como base el concepto amplio de medio ambiente indicado, el significado de Menoko, de medicina antropológica, de tierra para el mundo indígena relacionado con los valores Dignidad y Libertad y apreciados de acuerdo a la sana crítica, todos los antecedentes acompañados es claro que, como además de aprecia a fs. 49 y 59, en estos momentos (sin perjuicio de otras acciones legales para discutir en forma lata) se ha cometido un acto ilícito, ello en primer lugar por lo expuesto en el informe del organismo especialista en la materia, como lo es la Dirección de Aguas de la Araucanía a fojas 95, que declara que en el lugar materia de estudio, existen 3 manantiales, manantiales que según el informe de la CONADI de fojas 208 y de fojas 78, representan espacios culturales de carácter sagrado para la etnia Mapuche y, en especial, con el rol etnoterapéutico del o la machi. Asimismo, es ilícito, pues en el predio materia de autos, se están realizando talas de árboles y arbustos nativos dentro de un perímetro de los 400 metros que nazcan de los cerros y de los situados a menos de 200 metros de sus orillas desde el punto que la vertiente tenga su origen hasta a aquel en que llega al plano, artículo 5 N° 1 de la Ley de

Bosques. Asimismo, es ilícito de acuerdo a lo informado por CONAF a fojas 101, en cuanto en la ladera sureste del cerro Rahue se realiza una corta de bosque nativo, sin que exista un plan de manejo, artículo 2 del Decreto Ley 701. De la misma forma, la conducta del recurrido no sólo es ilícita por atentar contra las disposiciones expuestas, sino que además a lo que se ha señalado referente a vivir en un medio ambiente libre de contaminación que establece la Constitución y también por lo señalado en la Ley de Bases sobre el Medio Ambiente, respecto a la definición que allí se menciona de este medio ambiente. A lo señalado en el convenio sobre la diversidad biológica respecto a preservar y proteger dicha diversidad y la cultura de las poblaciones indígenas y en el mismo sentido, el Convenio de toda forma de discriminación racial. Igualmente, respecto a la protección que debe dar la sociedad y el Estado a la cultura y a las tierras indígenas. En todo caso, los antecedentes acompañados por la recurrida a fs. 171 no logran ser mejores y precisos que los ya indicados, puesto que como expresó él en su contestación niega la existencia de los manantiales y, por otro lado, tienen un concepto de propiedad que está muy lejano de lo que establece nuestra Constitución, la doctrina y el Derecho Constitucional. Finalmente, como expresa Gregorio Peces Barba en su libro *Estudio sobre Derecho Fundamentales*, Editorial Eudeba en una posición integradora, se debe indicar que todos los derechos fundamentales, son derechos de libertad, es decir, todos los derechos fundamentales pretenden facilitar la autonomía de las personas y su desarrollo integral creando esas condiciones de libertad. Si no se protegen ni promueven como en este caso, dentro de lo que nos señala imperativamente nuestra Constitución el medio ambiente adecuado y las manifestaciones culturales de la etnia mapuche no divisa esta Corte de Justicia de qué manera estos ciudadanos chilenos puedan alcanzar la libertad. Por los fundamentos expuestos latamente es claro que se ha vulnerado el derecho establecido en el artículo 19 N° 8 de la Constitución Política.

Y visto además lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección, se declara que se **HACE LUGAR** al Recurso de Protección interpuesto a fojas 1 y siguientes por Francisca Linconao Huircapan, en contra de la Sociedad Palermo Limitada, representada legalmente por Alejandro Eduardo Taladriz Montecinos, en cuanto el recurrido se abstendrá de realizar tala de árboles y arbustos nativos dentro del perímetro de 400 metros más próximos a los 3 manantiales señalados en el recurso que se encuentran en cerros existentes en el sector. Asimismo, no podrá realizar corta de árboles y arbustos sin que cuenten con el plan de manejo aprobado por la CONAF, la que considerará en su momento el impacto de la plantación exótica sustituyendo al bosque nativo respecto de los manantiales aludidos, para su otorgamiento.

No se condena en costas al recurrido por haber tenido motivos plausibles para litigar.

Regístrese comuníquese y archívese en su oportunidad. Redacción del Ministro Sr. Álvaro Mesa Latorre. Rol N° 1773-2008.

Pronunciada por la Primera Sala. Presidente Ministro Sr. Julio César Grandón Castro, Ministro Sr. Álvaro Mesa Latorre y Abogado Integrante Sr. Roberto Contreras Eddinger. Se deja constancia que el Ministro Sr. Julio César Grandón Castro no firma, no obstante haber concurrido a la vista y acuerdo de la presente causa, por encontrarse con permiso.

En Temuco, a dieciséis de septiembre de dos mil nueve, notifiqué por el estado diario la resolución que antecede.”

“Santiago, treinta de noviembre del dos mil nueve.

Vistos:

Se confirma la sentencia apelada de diecisiete de marzo último [hay un error de transcripción en tanto la sentencia debió indicar: “16 de septiembre de 2009”], escrita a fojas 261 y siguientes.

Se previene que el Ministro señor Pierry y la Ministra señora Araneda si bien concurren a confirmar la sentencia en alzada, estuvieron por eliminar todos sus fundamentos, a excepción del primero; y teniendo únicamente presente el mérito de los documentos de fojas 101 a 109 de los que aparece que la Corporación Nacional Forestal dispuso la paralización de labores de acuerdo con la legislación forestal

Regístrese y devuélvase, con sus agregados. Redacción a cargo del Ministro señor Brito y la prevención de sus autores.

Rol N° 7287-2009 Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, integrada por los Ministros Sr. Adalis Oyarzún, Sr. Pedro Pierry, Sra. Sonia Araneda, Sr. Haroldo Brito y la Sra. Mónica Maldonado Fiscal Judicial. No firma, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo el Ministro señor Brito por estar en comisión de servicios. Santiago, 30 de noviembre de 2009.”