

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

**Propuesta hermenéutica, *precautoria-ambiental-intercultural*, en la evaluación ambiental de proyectos de inversión y comunidades indígenas en Chile**

*A Hermeneutical, Precautionary, and Intercultural-Environmental Proposal for the Environmental Assessment of Investment Projects Impacting Indigenous Communities in Chile*

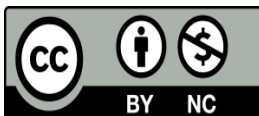
**Dr. Juan Jorge Faundes Peñafiel**   
juanjorgef@gmail.com

*Universidad Autónoma de Chile, Santiago, Chile*

**Dra. Patricia Perrone Campos Mello**   
pcamposmello@uol.com.br

*Centro Universitario de Brasilia, CEUB, Brasil*

**RESUMEN** Se formula una propuesta hermenéutica referente a la regulación de los proyectos de inversión con efectos o potenciales efectos sobre comunidades indígenas. Esta propuesta sistematiza estándares de cumplimiento y enfoques culturalmente pertinentes, conforme el derecho humano al medio ambiente sano y el derecho humano a la identidad cultural, articulando las fuentes desde los niveles internacional y regional interamericano, para la protección de comunidades indígenas y respectivos territorios ambientalmente relevantes. Con base en dicha propuesta, se realiza un análisis crítico de jurisprudencia chilena en materia ambiental (competencia técnica ambiental o constitucional). Luego, se identifican brechas de cumplimiento, de origen



Este trabajo está sujeto a una licencia de Atribución-NoComercial 4.0 Internacional (CC BY-NC 4.0).

regulatorio o interpretativo judicial, en la protección de comunidades indígenas, frente a los proyectos de inversión, conforme los referidos a estándares de contenidos en la propuesta. El estudio se focaliza en proyectos de inversión y sus efectos sobre los “intangibles culturales indígenas”, como bienes jurídicos protegidos a la luz de los derechos humanos indicados. Así, en el epígrafe 1), se estudia el derecho humano a la identidad cultural y el derecho humano al medio ambiente sano; en el epígrafe 2) se revisa el marco normativo doméstico pertinente a la evaluación ambiental; en el epígrafe 3) se formula una propuesta hermenéutica cautelar ambiental e intercultural; en el 4) se estudia críticamente la jurisprudencia ambiental local a partir de la propuesta formulada.

**PALABRAS CLAVES** Derechos humanos; evaluación ambiental; identidad cultural; medio ambiente sano; pueblos indígenas.

**ABSTRACT** A hermeneutic proposal is formulated regarding the regulation of investment projects with effects or potential effects on indigenous communities. This proposal systematizes compliance standards and culturally relevant approaches, in accordance with the human right to a healthy environment and the human right to cultural identity, drawing on sources from international and Inter-American regional levels for the protection of indigenous communities and their environmentally significant territories. Based on this proposal, a critical analysis of Chilean jurisprudence in environmental matters (environmental or constitutional technical competence) is conducted. Then, compliance gaps, whether regulatory or stemming from judicial interpretation, are identified in the protection of indigenous communities against investment projects, according to the standards contained in the proposal. The study focuses on investment projects and their effects on ‘indigenous cultural intangibles’ as legally protected goods in light of the aforementioned human rights. Thus, in section 1), the human right to cultural identity and the human right to a healthy environment are studied; in section 2), the relevant domestic regulatory framework for environmental assessment is reviewed; in section 3), a precautionary environmental and intercultural hermeneutic proposal is formulated; and in section 4), local environmental jurisprudence is critically studied based on the formulated proposal.

**KEYWORDS** Human rights; environmental assessment; cultural identity; healthy environment; indigenous peoples.

## Introducción

El ordenamiento jurídico chileno y su respectiva jurisprudencia usan las normas ambientales para la protección de los derechos de los pueblos indígenas, sus comunidades e integrantes, en relación con su *hábitat*, recursos naturales y entornos territoriales. En general, constitucionalmente, los tribunales han invocado el derecho de toda persona a vivir en un medio ambiente libre de contaminación de acuerdo a lo estipulado en el artículo 19 N°8 de la Constitución Política de la República (CPR)<sup>1</sup>, en relación con el derecho a la igualdad y la no discriminación de los respectivos artículos 1 y 19 N°2 de la misma<sup>2</sup>, enlazado con la regulación ambiental legal y reglamentaria.

De esta manera, los derechos de los pueblos indígenas, en el ámbito de la evaluación ambiental de proyectos que les puedan afectar, han sido recogidos por una extensa jurisprudencia de acuerdo a estos mínimos constitucionales, regulatorios, y los instrumentos internacionales de derechos humanos vinculantes en la materia.

En relación con las fuentes internacionales, el Derecho Internacional, tanto en su nivel universal, como en el regional americano, reconoce el derecho humano a la identidad cultural y el derecho humano al medio ambiente sano, que amparan distintos titulares del derecho, individuales y colectivos. Este nuevo marco arroja amplias consecuencias para la hermenéutica de las sentencias domésticas en materia ambiental, especialmente, en la medida que dialoguen con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

En este contexto, esta investigación formula una propuesta hermenéutica que articula el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (internacional y regional interamericano), focalizado en la protección de los derechos fundamentales de pueblos y comunidades indígenas. Al efecto, se formulan estándares vinculantes para los estados, frente a proyectos de inversión en evaluación ambiental<sup>3</sup>.

Esta propuesta interpretativa busca contribuir a que los tribunales nacionales con competencia ambiental (constitucional y técnica ambiental) puedan alcanzar un entendimiento normativo hermenéutico para la protección de los derechos fundamentales de comunidades indígenas, frente a proyectos de inversión sometidos a evaluación ambiental<sup>4</sup>.

De esta forma, la investigación evidenciará que los derechos humanos a la identidad cultural y al medio ambiente sano, generan un marco vinculante de obligaciones para los órganos de evaluación ambiental nacionales, administrativos y judiciales. Entonces, que estos órganos deben considerar los componentes propios de la identidad

---

1. Constitución Política de Chile, de 1980.

2. Constitución Política de Chile, de 1980.

3. MELLO y FAUNDES (2020a); FAUNDES y MELLO (2022) pp. 1, 2 y 8.

4. FAUNDES y MELLO (2022) pp. 1, 2 y 8.

cultural de los pueblos indígenas y sus comunidades, en tanto se trata de elementos inalienables a sus formas de vida colectivas, sus tierras, territorios y hábitat. En consecuencia, el sistema jurídico nacional de evaluación ambiental, técnico administrativo y de control judicial –en especial en relación con la consulta indígena–, debe identificar y proteger los aspectos propios de la identidad cultural, que –siguiendo a la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO)–, se les denomina “intangibles culturales” (componentes de carácter cosmogónico, religioso o espiritual)<sup>5</sup>.

Se utiliza revisión documental, una metodología hermenéutica para el estudio de las fuentes jurídicas y sistematización de estándares, aplicando un método inductivo para la revisión jurisprudencial. Así, se realiza un análisis descriptivo de fuentes (internacionales y nacionales), como base para proponer una hermenéutica normativa para la revisión de la jurisprudencia doméstica.

Para ello: en el primer apartado se estudian los derechos humanos a la identidad cultural y al medio ambiente sano, como marco hermenéutico y estándares de control, constitucionalizado, para la evaluación ambiental en Chile; en el segundo, se revisan las fuentes nacionales relevantes en materia ambiental, aplicables a pueblos indígenas; en el tercero se formula una propuesta hermenéutica conforme las fuentes y respectivos estándares planteados. Y en el cuarto epígrafe se aborda la jurisprudencia ambiental chilena atinente al objeto de investigación, identificando brechas de incumplimiento y la aplicación (más bien reciente) de la hermenéutica cautelar, ambiental intercultural desarrollada.

## **1. Derechos humanos, pueblos indígenas y medio ambiente: fuentes internacionales**

### **1.1. El derecho humano a la identidad cultural**

El derecho humano a la identidad cultural es reconocido conforme diferentes instrumentos internacionales<sup>6</sup>. En particular, respecto de los pueblos indígenas, se entiende contenido en el Convenio N°169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (Convenio 169)<sup>7 8</sup>.

---

5. Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de la UNESCO, de 2003. Ver artículo 2.1.

6. Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948. Ver artículo 2. Pacto de Derechos Civiles y Políticos, de 1966. Ver artículo 27; Convención para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial, de 2003. Ver artículo 2, Declaración Universal de la UNESCO sobre la Identidad Cultural, de 2001.

7. Convenio N°169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, de 1989. Ratificado por Chile el 15 de septiembre de 2008, en vigencia desde el 15 de septiembre de 2009.

8. Convenio N°169, de 1989. Ver artículos 2, 4, 5, 8 y 9.

Mientras, la Corte IDH ha reconocido y desarrollado evolutivamente este derecho en una extensa jurisprudencia<sup>9</sup>. Afirma que para la protección de los modos de vida de los pueblos indígenas “los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural”; y que al vulnerarse los derechos ancestrales de los pueblos indígenas sobre sus territorios “se podría estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros”<sup>10</sup>.

La Corte IDH, entiende el derecho humano a la identidad cultural como un derecho de todas las personas y grupos, conforme el derecho a participar en la vida cultural, contenido en el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (CADH)<sup>11</sup>. Lo afirma como un derecho individual y colectivo, de que gozan: pueblos y comunidades indígenas; pueblos y comunidades tradicionales (como los afrodescendientes); y sus respectivos integrantes<sup>12</sup>. Con un contenido espiritual, inmaterial y religioso que es la base de la continuidad de su cosmovisión propia, ligado a los modos de vida, sus tierras, territorios y recursos naturales<sup>13</sup>. Y el cual obliga al Estado a salvaguardar la supervivencia de tales pueblos, en todas sus dimensiones, por medio de medidas efectivas<sup>14</sup>.

Procesalmente, los artículos 8 y 25 de CADH y el artículo 12 del Convenio 169, aseguran el derecho de “acceso a la justicia” y la protección judicial, mediante un “procedimiento rápido, sencillo, y eficaz”, en cualquier ámbito de conocimiento judicial<sup>15</sup>, conforme un estándar de “efectividad” (resultado)<sup>16</sup>. Ello, a su vez, supone que solo son “efectivos” los recursos que logran adecuarse a las circunstancias particulares del

---

9. Entre otros ver: *Comunidad (Sumo) Awas Tigni Vs. Nicaragua* (2001); *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay* (2005); *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay* (2006); *Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* (2012); *Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) vs. Chile* (2014); *Caso Pueblo Indígena Xu-curu y sus miembros vs. Brasil* (2018); *Caso comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina* (2020).

10. *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay* (2006). Párrafos. 51, 124 y 147.

11. *Caso comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina* (2020). Véase párrafo 23, nota 233.

12. *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* (2012). Véase párrafo 213.

13. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay* (2005). Véase párrafo 135. *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* (2012). Véase párrafo 40.

14. *Caso Pueblo indígena Xukuru y sus miembros vs. Brasil* (2018). Véase párrafos 188, 93 y 194.

15. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile* (2006). Véase párrafo 116; *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú* (2001). Véase párrafo 69. *Francisca Linconao con Palermo* (2008). OC-9/87, *Garantías judiciales en estados de emergencia*. Ver artículos 27.2, 25 y 8 CADH (1987). Véase párrafo 28.

16. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala* (2000). Véase párrafo 191.

caso con potenciales efectos en comunidades indígenas<sup>17</sup>. No basta el acceso formal al órgano o tribunal, sino que poder presentar la defensa o acción con todos sus elementos, incluido el contexto cultural propio. Entonces, se debe contar con todas las herramientas procesales y probatorias culturalmente pertinentes al caso. Por ejemplo: uso de las lenguas indígenas en cualquier gestión judicial y disponer de intérpretes u otros medios adecuados al efecto y pericias antropológicas o socio culturales.

## 1.2. El derecho humano al medio ambiente sano

El derecho a un medio ambiente sano responde al desarrollo progresivo de diversos instrumentos de Derecho Internacional<sup>18</sup>. La Asamblea General de la ONU, reconoció el derecho humano a un medio ambiente sano el 26 de julio de 2022 por resolución adoptada por unanimidad. Regionalmente, el artículo 11 del Protocolo de San Salvador<sup>19</sup> afirma el derecho de toda persona a vivir en un ambiente sano, en armonía con el artículo 26 de la CADH que obliga a los estados a implementar progresivamente los derechos sociales, económicos y culturales y los artículos 30, 31, 33 y 34 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos<sup>20</sup>.

En el ámbito regional americano, el *Acuerdo de Escazú* busca contribuir “a la protección del derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible”<sup>21</sup>. Para ello, entre otros, en sus artículos 1 y 4 establece derechos de acceso y participación, que deben considerar las necesidades propias de los diferentes grupos, tales como los pueblos indígenas y comunidades tribales.

---

17. Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú (2003). Véase párrafo 126.

18. Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano, de 1972; Carta Mundial de la Naturaleza, de 1982; Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, de 1992; Convenio sobre la Diversidad Biológica, de 1992; Declaración de Johannesburgo sobre Desarrollo Sostenible, de 2002; Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, de 2002; Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, de 2015; Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC), de 1992; Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, de 1997; Acuerdo de París, de 2015; Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, de 1992; Convenio sobre la Diversidad Biológica, de 1992.

19. Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, de 1988.

20. Carta de la Organización de los Estados Americanos, de 1948.

21. Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe –*Acuerdo de Escazú*–, de 2018.

Por su parte, la Corte IDH, en un proceso evolutivo más reciente, ha avanzado en el desarrollo progresivo del derecho humano al medio ambiente sano. La OC 23/17 declaró el derecho, con la sentencia del caso *Lhaka Honhat vs. Argentina* (2020), la Corte Interamericana amparó el derecho humano al medio ambiente sano por primera vez en una decisión vinculante<sup>22</sup>. Luego, reafirmó el derecho y lo enlazó con los derechos de acceso del *Acuerdo de Escazú*<sup>23</sup>; y, en *Habitantes de La Oroya vs. Perú* (2023), desarrolló sus estándares de cumplimiento, incluso de los principios ambientales preventivo y precautorio<sup>24</sup>.

La Corte afirma que este derecho se desprende del derecho a la vida y a la integridad personal. Declara que es un derecho autónomo a otros derechos conforme el artículo 11 del Protocolo de San Salvador; como derecho autónomo, su protección afecta a todos los elementos que componen el medio ambiente, “tales como bosques, mares, ríos y otros, como bienes jurídicos en sí mismos, aunque no se tenga certeza o evidencia de riesgo para las personas individuales”; que este derecho impone la protección de la Naturaleza, no sólo por su “utilidad” o por sus “efectos” sobre los seres humanos, sino “por su importancia para otros organismos vivos”<sup>25</sup>, por su valor intrínseco, por tanto, entiende a la Naturaleza, también, como “sujeto de derechos”<sup>26</sup>. Que existe un deber general de respetar el derecho humano al medio ambiente sano, en especial para el Estado. Señala que su competencia comprende las violaciones al derecho al medio ambiente sano por parte de los Estados y de empresas privadas, dados sus deberes de supervisión y debida diligencia.

Asimismo, afirma que existe una interconexión entre los derechos humanos al medio ambiente sano, al agua y saneamiento, a la alimentación adecuada, a la identidad cultural, a la vida (como vida colectiva y a la vida digna) y a la integridad personal<sup>27</sup>, más relevante aún en el caso de ciertos grupos especialmente vulnerables al daño ambiental, como los pueblos indígenas y tradicionales<sup>28</sup>.

---

22. *Caso Habitantes de la Oroya vs. Perú* (2023). Ver párrafo 113.

23. *Caso Baraona Bray vs. Chile* (2022). Ver párrafo 99. Chile es Estado parte del Acuerdo de Escazú desde el 13 de junio de 2022.

24. *Caso Habitantes de la Oroya vs. Perú* (2023). Ver párrafos 119, 136 y 138. Véase: Silva y Parot (2016).

25. OC-23/17. *Solicitada por la República de Colombia sobre medio ambiente y derechos humanos* (2017) p. 62.

26. PEÑA (2018); MELLO y FAUNDES (2020b); FAUNDES *et al* (2023).

27. FAUNDES *et al* (2020).

28. OC-23/17. *Solicitada por la República de Colombia sobre medio ambiente y derechos humanos* (2017) p. 64; Corte IDH, *Caso comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina* (2020). Ver párrafos 209, 244, 245, 251 y 252. Corte IDH, *Caso Habitantes de la Oroya vs. Perú* (2023). Ver párrafos 113, 119, 136 y 138.



## 2. El derecho humano a la identidad cultural, la protección del medio ambiente y los pueblos indígenas: fuentes en el derecho interno chileno

### 2.1. El derecho humano a la identidad cultural:

En Chile, los derechos de los pueblos indígenas se reconocen a partir del derecho esencial que la Constitución asegura en el artículo 1 a todas las personas de “de intervenir con igualdad de condiciones en su mayor realización espiritual y material posible”<sup>29</sup> y como el derecho radicado en la dignidad fundamental de la persona para llevar adelante su vida conforme todos los aspectos de su identidad personal, lo que, comprende su identidad y marco cultural, sus formas de vida en sentido colectivo, como integrante de un grupo que posee, en común, normas y valores culturales, espirituales, religiosos -una cosmovisión propia-<sup>30</sup>. Asimismo, a la luz del artículo 5 inciso 2° de la CPR, se incorporaron el Convenio 169 y la CADH, con sus respectivos estándares, conforme la jurisprudencia de la Corte IDH en la materia, arrojando una extensa jurisprudencia<sup>31</sup>. Al mismo tiempo, el derecho humano a la identidad cultural se justifica en: el derecho a la vida privada –inclusivo del derecho a la identidad personal– (art. 19 N°4; a la libertad de conciencia y religión (art. 19 N°6<sup>32</sup>); más las garantías de acceso a la justicia (art. 19 N°3). Todo, en relación con las garantías constitucionales de “vivir en un medio ambiente libre de contaminación” (art.19 N°8) y de protección del dominio (art. 19 N°24), que configuran la protección de la propiedad indígena, en tanto *hábitat* y territorios indígenas, sustento material de las formas de vida indígena que el derecho humano a la identidad cultural ampara<sup>33</sup>.

---

29. *Francisca Linconao con Forestal Palermo* (2008); *Alejandro Papic Domínguez con Comunidad Indígena Aimara Chusmiza y Usmagama* (2008); *Comunidad Antu Lafquen de Huentetique con COREMA Región de Los Lagos* (2011). En la misma línea: *Inconstitucionalidad de la Ley de pesca*, de 2013; *Declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad art. 54 y ss. De la Ley Indígena* (2014).

30. FAUNDES (2019).

31. CARMONA (2013); FAUNDES (2015); HERVÉ y BASCUR (2019); FAUNDES (2020a); DURÁN (2021); GUERRA y SÁNCHEZ (2021).

32. *Millaray Virginia Huichalaf Pradines y otros con Juan Heriberto Ortiz Ortiz* (2011).

33. FAUNDES (2020a) pp. 81-83.



## 2. La protección del medio ambiente:

El artículo 19 N°8 de la Constitución asegura a todas las personas el “derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación” y establece que es deber del Estado velar por el respeto este derecho y tutelar por la preservación de la naturaleza. Y el artículo 4 inciso 2° de la Ley 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente (LGB-MA)<sup>34</sup>, dispone que Los órganos del Estado... 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”, conforme la ley y los tratados internacionales ratificados por Chile.

Así, las disposiciones del Convenio 169 pasan a integrar materialmente el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA). Este tratado, en su artículo 6 dispone que los estados deberán consultar a los pueblos Indígenas: “cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”. Esto es, “deben ser consultados ante la solá posibilidad de que sean afectados por una medida administrativa o legislativa, sin que deba ocurrir tal afectación.

Enlazando evaluación ambiental y consulta indígena, la Ley 19.300 establece los proyectos y actividades que deberán someterse al SEIA, disponiendo para ello de dos instrumentos de evaluación: el Estudio de Impacto Ambiental (EIA) y la Declaración de Impacto Ambiental (DIA). Conforme el artículo 10 de la Ley, dependiendo si un proyecto o actividad genera o presenta alguno de los efectos, características o circunstancias establecidas en su artículo 11, deberá presentar un EIA.

Paralelamente, la consulta indígena se reguló mediante el Decreto N°66 de 2013 (Decreto 66)<sup>35</sup>, de carácter genérico, y el Decreto Supremo N°40 de 2012 (Decreto 40), que contempla un procedimiento especial de consulta (PCI)<sup>36</sup>. El artículo 7 inciso 2° del Decreto Supremo 66, indica que las “medidas susceptibles de afectar directamente” son aquellas que constituyen “causa directa de un impacto significativo y específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales, afectando el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas”. Luego el artículo 8 del mismo Decreto 66, respecto de las materias del SEIA, reenvía la norma al “procedimiento de consulta indígena especial” (PCI), regulado por el del Decreto Supremo 40. El artículo 4 del

34. Ley 19.300 que Aprueba la Ley 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente, de 1994.

35. Decreto Supremo N°66, de 2013 del Ministerio de Desarrollo Social, Aprueba Reglamento que regula el Procedimiento de Consulta Indígena en virtud del artículo 6 N°1 letra a) y N°2 del Convenio N°169 de la Organización Internacional del trabajo y deroga normativa que indica, publicado con fecha 4 de marzo de 2014.

36. Decreto Supremo N°40, de 2012 del Ministerio del Medioambiente, República de Chile, Aprueba Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, de 2013.

Decreto 40, indicado, señala que el proyecto o actividad que genere o presente alguno de los efectos contemplados en el artículo 11 de la Ley 19.300, deberá presentar un EIA ante el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) y, conforme el artículo 85 del mismo Decreto 40, dicho servicio será responsable implementar un PCI.

La ley 19.300, en el artículo 11, letras c), d), e) y f), en relación con los artículos 7, 8, 9 y 10 del Decreto 40, describe las actividades cuyos efectos, circunstancias o características (ECC) generan un “impacto ambiental” que requiere un EIA, en cuyo marco debe realizarse el PCI. Estos ECC se pueden sintetizar como:

- (i) reasentamiento de comunidades humanas; (ii) alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos; (iii) localización, valor ambiental, paisajístico o turístico del territorio; (iv) alteración del patrimonio cultural (monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico).

Entonces, el SEA será responsable de implementar un PCI cuando alguna actividad o proyecto genere un impacto significativo a grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, en los términos recién descritos. Y, para descartar el PCI, los órganos estatales con competencia ambiental, administrativa y jurisdiccional, deben de establecer que no hay afectación ni susceptibilidad de afectación, esto es, demostrar que no se generan los referidos ECC.

### **3.- Propuesta normativa hermenéutica *precautoria-ambiental-intercultural* para la evaluación ambiental**

A la luz de las fuentes estudiadas en el epígrafe precedente, la evaluación ambiental, por una parte, se sostiene en una matriz normativa dada por el principio precautorio ambiental. Por otra, respecto de los pueblos indígenas, en especial relación a los componentes intangibles culturales de sus formas de vida, opera un imperativo interpretativo que obliga a los órganos del Estado (administrativos y judiciales) a interpretar las normas, conducir los procesos y, en especial, realizar la evaluación ambiental en relación a comunidades indígenas, incorporando los referentes culturales de los pueblos indígenas. Todo, de acuerdo a los siguientes estándares:

#### **Conforme el derecho humano a la identidad cultural:**

– Existe la obligación de realizar estudios de impacto socioambiental, previos a la implementación de los proyectos de inversión que puedan afectar a pueblos, comunidades indígenas o sus integrantes, incluyendo la consulta y la evaluación de los efectos de carácter cultural o intangible<sup>37</sup>;

---

37. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam* (2007). Véase párrafo 129; *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* (2012). Véase párrafo 176.

– Los órganos administrativos y judiciales deben incorporar un enfoque interpretativo - que denominamos *filtro hermenéutico intercultural*<sup>38</sup> - atendido el cual, los derechos de los pueblos indígenas sean comprendidos a la luz de la cosmovisión indígena, de sus costumbres y culturas, especialmente en su dimensión intangible o inmaterial<sup>39</sup>. No se trata de un mandato que exige acciones concretas y eficaces.

### **El derecho humano a un medioambiente sano contiene:**

– El principio de prevención, como deber de diligencia que impone acciones efectivas para evitar actividades que causen “daños significativos” al medioambiente<sup>40</sup>, tales como: (i) requerir y aprobar estudios de impacto ambiental; (ii) regular, supervisar y fiscalizar actividades capaces de producir este daño; (iii) establecer planes de contingencia y mitigación, si ocurriere<sup>41</sup>;

– El Principio de equidad intergeneracional que exige generar políticas ambientales para asegurar “condiciones de estabilidad ambiental que permitan a las generaciones venideras similares [...] oportunidades de desarrollo y de viabilidad de la vida humana”<sup>42</sup>;

– El principio precautorio, que obliga a adoptar todas las medidas de prevención de los efectos ambientales, dado su solo riesgo, más allá de que no exista certeza científica de su ocurrencia<sup>43</sup>;

– Derechos procesales de: (i) acceso a la información; (ii) participación en los procesos ambientales; (iii) acceso a la justicia mediante recursos y acciones judiciales sencillas y eficaces<sup>44</sup>.

---

38. MELLO y FAUNDES (2020a); FAUNDES (2023) pp. 228-234.

39. En este sentido, sostiene la Corte IDH que el derecho a la identidad cultural es “vía de interpretación transversal para concebir, respetar y garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas protegidos por la Convención y por los ordenamientos jurídicos internos”. *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* (2012). Ver p. 213. También véase: *Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) vs. Chile* (2014). Ver párrafo 357.

40. *Caso Habitantes de la Oroya Vs. Perú* (2023). Ver párrafo 126.

41. *OC-23/17. Solicitada por la República de Colombia sobre medio ambiente y derechos humanos* (2017) pp. 62 y 63.

42. *Caso Habitantes de la Oroya Vs. Perú* (2023). Ver párrafo 127.

43. *Caso Habitantes de la Oroya Vs. Perú* (2023). Ver párrafo 127.

44. *Caso comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina* (2020). Ver párrafos 208 y 209.

**La susceptibilidad de afectación, debe entenderse en favor de los pueblos indígenas**<sup>45</sup>, para que se active la consulta indígena y permita tomar en cuenta las características propias de cada pueblo, de acuerdo a sus formas de vida, distintas culturas, modos de organización y normas propias, religiosidad, etc.<sup>46</sup>. El objetivo será que los potencialmente afectados logren exponer efectivamente cómo sus componentes culturales se verían afectados por el proyecto en evaluación ambiental<sup>47</sup>.

Ahora bien, en relación a la aplicación en concreto de este marco, debe considerarse que<sup>48</sup>:

- Los efectos intangibles culturales, por su naturaleza, no son perceptibles o comprensibles para terceros no integrantes de los pueblos indígenas<sup>49</sup>.
- Los pueblos indígenas, sus comunidades e integrantes, en general, presentan barreras de acceso para acreditar (especialmente de forma previa), administrativa o judicialmente, que una determinada medida les afecta (o afectará);
- Los pueblos indígenas, sus comunidades e integrantes, muchas veces, no conocen con certeza técnica todos efectos de una medida (proyecto), por lo que la consulta previa es el medio procesal, dialógico, que permitirá una acabada o mejor comprensión de los efectos de ésta.

En consecuencia, el marco normativo descrito configura un imperativo de apreciación epistémica<sup>50</sup> e interpretativa, en favor del resguardo de la naturaleza, en armonía con los derechos de los pueblos indígenas, sus comunidades e integrantes, cuando demandan la protección de sus modos de vida tradicionales que denominamos principio precautorio ambiental intercultural. Este principio, como veremos, tiene directa incidencia en los procesos de evaluación ambiental relativos a proyectos de inversión con efectos en comunidades indígenas.

Así, en la evaluación ambiental en Chile, aplicando la premisa normativa hermenéutica descrita, el SEIA, en su conjunto, debe operar los principios preventivo y precautorio ambientales, evaluando los proyectos de inversión vinculados a grupos indígenas desde una perspectiva culturalmente pertinente a la afectación de los intangibles culturales indígenas.

---

45. FUENZALIDA (2015) p. 165; FAUNDES (2022).

46. FUENZALIDA (2015) p. 165; MILLAMÁN (2019) p. 11; GONZÁLEZ (2022) p. 7.

47. GUERRA y SÁNCHEZ (2021) refieren a un rol “epistemológico” de la consulta.

48. DURÁN (2021); GONZÁLEZ (2022) pp. 5-13; GUERRA y SÁNCHEZ (2021); LÓPEZ y MOHR (2014) p. 111.

49. UNESCO. “Recomendación sobre la salvaguardia de la cultura tradicional y popular aprobada por la Conferencia General en su 25a. reunión, París (1989) p. 13. En el mismo sentido, ANAYA (2009) p. 23; FAUNDES (2023) p. 188; LÓPEZ y MOHR (2014) p. 111.

50. GUERRA y SÁNCHEZ (2021).

Así, en la evaluación ambiental en Chile, aplicando la premisa normativa hermenéutica descrita, el SEIA, en su conjunto, debe operar los principios preventivo y precautorio ambientales, evaluando los proyectos de inversión vinculados a grupos indígenas desde una perspectiva culturalmente pertinente a la afectación de los intangibles culturales indígenas.

Ese marco normativo, *ambiental-intercultural*, obliga a un análisis en concreto conforme el cual: (i) preventivamente, si fuere del caso, se opte por la medida de menor impacto en el medio ambiente, incluidos los indígenas potencialmente afectados; (ii) precautoriamente, frente a un riesgo grave e irreversible de daño ambiental, aún a falta de evidencia o certeza técnico-científica, se adopten las medidas necesarias para evitar tal afectación, asegurando de forma efectiva las formas de vida tradicional los intangibles culturales indígenas.

Respecto de la evaluación ambiental y la consulta indígena. La susceptibilidad de afectación debe entenderse como un requisito precautorio de efectos probables, que no exige acreditaciones previas y ciertas, solo accionar conforme los medios que estuvieren al acceso de los potencialmente afectados. Así, el SEA será responsable de implementar un PCI cuando alguna actividad o proyecto “genere un impacto significativo a grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas”, en los términos recién descritos. Es decir, que para descartar el PCI, los órganos estatales con competencia ambiental, administrativa y jurisdiccional, deben establecer que no hay afectación ni susceptibilidad de afectación. Deben demostrar que no se generan los referidos ECC.

Dado que esta potencial afectación, con frecuencia, no logra ser apreciada directamente por los terceros externos (como los agentes reguladores del SEIA), el PCI debe ser implementado antes de disponer cualquier medida (proyecto) que pueda generar efectos en territorios de presencia indígena. Es una comprensión del PCI como un mecanismo para el amparo sustantivo de derechos de los pueblos indígenas, en tanto busca la visibilización intercultural de los efectos (especialmente aquellos intangibles culturales)<sup>51</sup>. De esta manera, el presupuesto de *susceptibilidad de afectación* activa el PCI ante la eventual posibilidad de la generación de un efecto adverso respecto de pueblos indígenas, sus comunidades o integrantes, –precautoriamente–sin necesidad de certeza técnica ni evidencia directa de dicha afectación<sup>52</sup>.

Luego la consulta indígena, advertida la *susceptibilidad de afectación* que pueda generar determinada medida, permite integrar la participación efectiva e informada de los grupos indígenas en la toma de decisiones estatales que los podrían afectar en sus formas de vida, sus intangibles culturales, como los primeros actores informantes<sup>53</sup>. De esta forma, tendrán la oportunidad, en el marco del PCI, contando con los

51. ANAYA (2009); CARMONA (2013); CARMONA (2020).

52. MEZA *et al* (2014); GONZÁLEZ (2022) p. 15.

53. LÓPEZ y MOHR (2014) p. 110; GUERRA y SÁNCHEZ (2021).

medios adecuados y pertinentes<sup>54</sup>, de aportar un rango mayor de evidencias de los riesgos en curso sobre su cultura y modos de vida.

#### **4. Jurisprudencia de competencia ambiental: de una interpretación restrictiva formal, a una hermenéutica *cautelar-ambiental-intercultural***

En este capítulo se revisa la jurisprudencia de alcance ambiental referida a proyectos de inversión con efectos o potenciales efectos sobre pueblos y comunidades indígenas. Preliminarmente, se identifican dos grandes ámbitos de tensión: en el campo formal o procedimental<sup>55</sup>; y, otro, propiamente sustantivo, centrado en los debates de la denominada “susceptibilidad de afectación” como presupuesto de procedencia de la consulta.

En primer lugar, dado que la Constitución no contiene un recurso especial en materia de pueblos indígenas, desde la ratificación del Convenio 169, el recurso de Protección Constitucional del artículo 20 inciso 2°, en relación al artículo 19N°8 de ella, fue una vía ampliamente empleada para el resguardo de los derechos de los pueblos indígenas. Pero, con la instalación de los tribunales ambientales<sup>56</sup>, esta línea jurisprudencial fue objeto de debate<sup>57</sup>. La jurisprudencia mayoritaria afirmó que, en materia de consulta indígena y evaluación ambiental, la competencia técnica y de control jurisdiccional era exclusiva de los tribunales ambientales, que disponían de los medios técnicos y procesales requeridos. Mientras –se sostenía–, que el recurso de protección constitucional, de naturaleza cautelar y de emergencia, no habría contado con estos medios. Así, los recursos de protección en materia ambiental fueron en su gran mayoría, rechazados<sup>58</sup>. Aunque, excepcionalmente, las cortes de apelaciones y la Corte Suprema siguieron conociendo algunas de estas acciones, a lo menos, en casos ambientales graves y urgentes, como la violación manifiesta del derecho humano a la identidad cultural, del deber de consulta conforme el Convenio 169 y daño ambiental<sup>59</sup>.

---

54. Como pericias antropológicas y los propios testimonios de los afectados. LÓPEZ y MOHR (2014) p. 113; DURÁN (2021); GUERRA y SÁNCHEZ (2021); GONZÁLEZ (2022) p. 16; FAUNDES *et al* (2024).

55. CARMONA (2020).

56. La instalación de los tribunales ambientales es un proceso que se inicia con la instalación del 2° Tribunal Ambiental (con sede en Santiago) el 04 de marzo de 2013 y concluye con la instalación del 1° Tribunal Ambiental (con sede en Antofagasta, el 4 de septiembre de 2017).

57. MORAGA (2017); HERVÉ y BASCUR (2019); CARMONA (2020); CARRASCO (2020) pp. 63, 65, 113-115, 177-178; DONOSO y NÚÑEZ (2020) pp. 111-113; FAUNDES (2020b); PACHECO (2022).

58. CARRASCO (2020) pp. 63-65.

59. *Salinas Cortes Roberto con Segundo Juzgado de Letras de Copiapó* (2013). *Comunidad indígena diaguita Yastai de Juntas de Valeriano y otros contra Comisión de Evaluación Ambiental (CEA)* (2014).

En el caso de la Asociación indígena *Koñintu lafken-mapu* y *Comisión de Evaluación Ambiental Región Bio Bio*, en primera instancia, se señaló que el recurso de protección no era la vía idónea para cuestionar el término anticipado de un PCI. Para la Corte de Apelaciones, si los recurrentes estimaban que la decisión de la autoridad administrativa era errada y deseaban modificarla, debieron haber interpuesto los recursos administrativos y judiciales establecidos en la Ley N°19.300, 20.600 y 19.880. Pero que no era procedente una acción de naturaleza cautelar, de emergencia, como la acción de protección constitucional<sup>60</sup>. Sin embargo, la Corte Suprema, en apelación del caso, resolvió sobre el fondo del asunto, revocó esta decisión y dejó sin efecto la RCA. En lo concreto, sostuvo que el SEA había dado término anticipado y unilateral al PCI, sin consideración a los recurrentes susceptiblemente afectados, lo cual no estaba conforme al Convenio 169<sup>61</sup>.

En perspectiva cautelar, esta tensión jurisprudencial es relevante porque el recurso de protección constitucional es una herramienta rápida, efectiva y relativamente desformalizada. Esas características son centrales ante la potencial afectación de intangibles culturales indígenas, de compleja prueba técnica y al mismo tiempo, con un importante riesgo de daño irreversible a las formas de vida de pueblos y comunidades indígenas.

En el caso *Fernández con SRM BIO-BIO*<sup>62</sup>, el SERNAGEOMIN (no sometido al SEIA), dado que a la fecha existían restricciones de movilidad producto de la Pandemia de COVID, realizó un proceso participativo de forma telefónica, invocando las normas del Decreto 66-2012. La Corte de Apelaciones de Concepción, vía Recurso de Protección, dejó sin efecto este proceso por no cumplir los estándares de la consulta, señalando<sup>63</sup>:

“... aun cuando pudiera estimarse [que] el Convenio N°169 de la OIT se ha de cotejar de acuerdo a lo dispuesto en el Decreto N° 66... y que sólo deberán consultarse a los pueblos indígenas las medidas administrativas o legislativas señaladas en su artículo 7, lo cierto es que dicho Decreto sólo es un instrumento jurídico de nivel inferior, ni siquiera de rango legal y que es de mero derecho interno, por lo que pese a sus definiciones, prima por

---

60. *Asociación Indígena Koñintu Lafken-Mapu Penco represen. por María Patricia Flores Quilapan y otros contra Serv. de Evaluación Ambiental Reg. Bio Bio y Comisión de Evaluación Ambiental Reg. Bio Bio* (2016).

61. *Asociación Indígena Koñintu Lafken-Mapu Penco represen. por María Patricia Flores Quilapan y otros contra Serv. de Evaluación Ambiental Reg. Bio Bio y Comisión de Evaluación Ambiental Reg. Bio Bio* (2017).

62. *Fernández con SRM BIO-BIO* (2020).

63. En el mismo sentido: *Caniumán/Corporación Nacional Forestal* (2020).



sobre el contenido obligacional convencional del propio Convenio N°169, el cual por concernir a derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, tiene un rango superior... tal como prescribe el artículo 5 inciso 2° de la Constitución... Lo anterior no es irrelevante, pues el Ministerio recurrido se ha asilado en la interpretación de lo establecido en el citado artículo 7... para justificar que no es necesario, por ahora, realizar la consulta indígena [ello] infringe las obligaciones contraídas por el Estado de Chile contenidas en el artículo 6.1, letras a y b del Convenio N° 169 de la OIT<sup>64</sup>.

En otro debate formal, en el caso *Junta de Vecinos Kamac-Mayu N°19 con Superintendencia del Medio Ambiente*<sup>65</sup>, ante un incumplimiento de la RCA, intervino la Super Intendencia del Medio Ambiente (SMA), conforme sus facultades sancionatorias contempladas en la Ley N°20.417<sup>66</sup>, exigiendo al titular un “plan de cumplimiento”. Ese plan contenía nuevas medidas y acciones que, en sí mismas, pueden ser susceptibles de afectar a comunidades indígenas. El tribunal estimó que no era posible admitir el PCI respecto de un plan de cumplimiento (PdC) inserto en un procedimiento sancionatorio, porque resulta incompatible con su naturaleza punitiva<sup>67</sup>. En este sentido, dijo que:

“... el procedimiento bajo el cual se sustancia el PdC de autos, sigue siendo de naturaleza sancionatoria ya que incluso la autoridad administrativa a cargo podría rechazarlo, reiniciando las etapas propias de dicho procedimiento... no obsta a que para efectos de aprobar un PdC el proceso adopte una fase de índole colaborativo con el infractor RECIMAT y admita la intervención de terceros interesados como la Junta de Vecinos Kamac- Mayu y la mencionada Comunidad Indígena Yalquincha, los cuales, sin embargo, no adquieren por esa sola intervención la prerrogativa de incidir en el ejercicio del Ius Puniendi por parte de la Administración, el cual detenta un carácter indisponible para los particulares [...] pretender sostener que [tienen] derecho a ser consultados por estimarse que sufren algún tipo de afectación con la conducta del infractor, implicaría desnaturalizar el objeto del aspecto colaborativo de dicha intervención, para transformarlo en uno de tipo dispositivo de una potestad exclusiva y excluyente del Estado<sup>68</sup>.”

64. *Fernández con SRM BIO-BIO* (2020). Ver considerando octavo.

65. *Junta de Vecinos Kamac-Mayu N°19 con Superintendencia del Medio Ambiente* (2020).

66. Ley 20.417, de 2010 que Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, de 2010.

67. *Junta de Vecinos Kamac-Mayu N°19 con Superintendencia del Medio Ambiente* (2020). Ver considerando centésimo duodécimo.

68. *Junta de Vecinos Kamac-Mayu N°19 con Superintendencia del Medio Ambiente* (2020). Ver considerando centésimo duodécimo.

Revisado el razonamiento, se advierte que el tribunal asimila la facultad punitiva exclusiva de la SMA, en sí, con las medidas materiales que buscan salvar los efectos concretos del acto infraccional. Luego, los reclamantes no se arrogan facultades punitivas, en relación a la eventual sanción. Los afectados indígenas buscan –conforme el rol cautelar de la consulta– aportar la información pertinente, para procurar reparar o establecer medidas de recuperación respecto del daño ambiental/cultural del que han sido objeto. Ahora bien, en otro caso posterior (en que también descartó el PCI), el tribunal ambiental abordó esta cuestión, distinguiendo entre el PdC y el Plan de Reparación Ambiental<sup>69</sup>. Pero, el resultado fue el mismo, se trata de medidas administrativas que en lo concreto generan efectos que tienen la potencialidad de afectar a pueblos indígenas, que son excluidas de la consulta indígena.

En segundo lugar, en un ámbito propiamente sustantivo, como ya fue indicado, conforme el artículo 6 del Convenio 169, la *susceptibilidad de afectación* de una medida administrativa (proyecto), es el dispositivo que activa la consulta. Pero han existido criterios dispares en la interpretación de este presupuesto, en especial respecto del grado de impacto verificable requerido de forma previa para constituir *susceptibilidad de afectación*, con una tendencia mayoritaria restrictiva que no cumple con el estándar del Convenio 169<sup>70</sup>. Así, se limitó el PCI, en principio, solo a la evaluación de proyectos vía EIA, en que procedería el PCI si se verifican los ECC que señalan las referidas letras c), d) e) y f) del artículo 11 de la Ley N° 19.300, en relación a los artículos 7, 8 y 9 del Decreto 40. Es decir, además de alteraciones o efectos adversos, la norma requeriría la generación, necesariamente, de “efectos significativos”<sup>71</sup>. Luego, la práctica administrativa y judicial llegaron a establecer los siguientes presupuestos copulativos para entender que existe *susceptibilidad de afectación* como presupuesto del PCI: (i) EIA ante el SEA; (ii) impacto directo; (iii) significativo; (iv) específico; (v) proximidad geográfica (restrictiva<sup>72</sup>)<sup>73</sup>. Bajo estos parámetros, se equiparó la “*susceptibilidad de afectación directa*” del Convenio 169, a estos “impactos significativos” de la regulación doméstica, de estándar probatorio más elevado. Conforme esta interpretación de las reglas se exige evidencia previa de efectos que generaren: un reasentamiento de comunidades humanas, una alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos o una alteración del patrimonio cultural.

---

69. *Junta de Vecinos Kamac-Mayu N°19 con Superintendencia del Medio Ambiente* (2020). Ver considerando vigésimo octavo.

70. GUERRA (2017); HERVÉ y BASCUR (2019).

71. CARMONA (2020) p. 205.

72. Se interpreta el “área de influencia” de un proyecto, conforme el artículo 2.1 de la Ley 19.300, bajo un criterio de proximidad “geográfica”, excluyente de proximidad “causal”, que descarta los componentes culturales intangibles inmateriales. PUSCHEL (2021) p. 19; GONZÁLEZ (2022) p. 7.

73. Meza (2019) p. 8; CARMONA (2020) p. 204.

Esta doctrina, predominante en el SEIA, descarta la susceptibilidad como elemento ordenador, para centrarse sólo en la existencia de efectos significativos respecto a los pueblos indígenas y sus comunidades<sup>74</sup>.

En el caso de *Los Pueblos Indígenas Unidos de la Cuenca de Tarapacá, Quebrada de Aroma, Coscaya y Miñi Mini*<sup>75</sup>, se rechazó la *susceptibilidad de afectación* directa alegada por las comunidades indígenas, por no haberse acreditado efectos significativos a su patrimonio cultural<sup>76</sup>. Sostuvo la decisión:

“... la reclamante... ‘no ha explicitado, razonablemente, cómo les afectaría el proyecto calificado desfavorablemente por la autoridad ambiental recurrida’ y que las entidades que la integran ‘no aportan ni acompañan estudio, antecedente o elemento alguno que permita demostrar de qué forma son susceptibles de ser afectados directamente’, así como ‘no han explicado las razones por las cuales se gatillaría la Consulta Indígena a su respecto... sólo se limita a afirmar genéricamente su afectación por el proyecto y por la ausencia de consulta’<sup>77</sup>.

Asimismo, en el caso de la *Comunidad Indígena Atacameña de San Francisco de Chiu Chiu en contra del Comité de Ministros*<sup>78</sup>, la Corte Suprema confirmó la sentencia, considerando el concepto de “área de influencia” que excluiría a indígenas de residencia urbana que invocaban tener una vinculación de orden cultural con estos espacios<sup>79</sup>. Solo aplicó un criterio de proximidad geográfica y no uno causal. Omitió la conexión cultural, espiritual, asociada a sus prácticas tradicionales vinculadas al espacio susceptible de ser afectado. La sentencia exige evidencia empírica, y no una mera posibilidad de impactos significativos, para disponer la realización de un PCI.

En las sentencias descritas se observa, entonces, una divergencia de criterios hermenéuticos en el presupuesto de activación del PCI, la *susceptibilidad de afectación* directa que conforme el Convenio debería interpretarse -cauteladamente- de forma amplia; y el criterio regulatorio restringido de *impactos significativos* (más área de influencia restrictiva) seguido por los organismos administrativos y judiciales de competencia ambiental.

---

74. SILVA y PAROT (2016) p. 105.

75. *Los Pueblos Indígenas Unidos de la Cuenca de Tarapacá, Quebrada de Aroma, Coscaya y Miñi Mini* (2015).

76. En el mismo sentido, *Comunidad Indígena Atacameña de San Francisco de Chiu Chiu en contra del Comité de Ministros* (2017).

77. *Los Pueblos Indígenas Unidos de la Cuenca de Tarapacá, Quebrada de Aroma, Coscaya y Miñi Mini* (2015). Ver considerando quincuagésimo primero y cuadragésimo octavo.

78. *Comunidad Indígena Atacameña de San Francisco de Chiu Chiu en contra del Comité de Ministros*. Corte Suprema (2018).

79. *Comunidad Indígena Atacameña de San Francisco de Chiu Chiu en contra del Comité de Ministros*. Corte Suprema (2018). Ver considerando séptimo y octavo.

En la causa *Catril Hidalgo Marlene y otros en contra del Servicio de Evaluación Ambiental*<sup>80</sup>, la discusión, principalmente, se centrará en la evidencia o prueba material de la afectación de los intangibles culturales indígenas nucleares de las forma de vida indígena. El Tribunal descartó la generación de alguno de los efectos significativos (ECC), del artículo 11 de la Ley 19.300, sobre el Centro Ceremonial *Inaltu Winkul* –componente con caracteres intangibles culturales– ubicado dentro del área de operación del proyecto objeto de evaluación ambiental.

Por una parte, la reclamante mapuche informó cómo los efectos de la contaminación de las obras previstas en el caso (polución y acústica), producirán efectos “significativos” respecto de su vinculación con el Centro Ceremonial. Mientras, la decisión judicial se limitó a constatar el cumplimiento formal de los rangos de tolerancia de las reglas ambientales de polución y emisión de ruidos de las obras viales. Así, valida positivamente las medidas de mitigación que informó el titular (dijo: “...respecto del componente aire, estos efectos fueron descartados a través de la evaluación ambiental del proyecto por no superar los límites de contaminantes para compensar, establecidos en el PPDA-RM”)<sup>81</sup>. Pero no evalúa (ni dispone los medios para evaluar) cómo dichas actividades podrían impactar actividades ancestrales de carácter cultural que se realizan en el Centro Ceremonial que sería afectado por las futuras obras. La reclamante plantea que la DIA del proyecto carecía de información relevante o esencial. Señala que los antecedentes presentados para la acreditación de la inexistencia de los ECC “resulta[n] insuficiente[s], en particular respecto de los componentes ambientales aire, agua, sistemas de vida y costumbres, valor ambiental del territorio y patrimonio arqueológico y cultural”; por ello, la RCA se encontraría viciada por falta de PCI, “atendida la cercanía del centro ceremonial “*Inaltu Winkul*”<sup>82</sup>; que no se consideró como “el proyecto restringió el área de influencia para el componente biodiversidad exclusivamente al sitio de emplazamiento..., sin considerar los impactos que generará el tránsito de camiones, la instalación de paneles solares y la afectación de la calidad del aire...”; y que para justificar la no generación o existencia de los ECC de la letra d) del artículo 11 de la Ley 19.300, el titular argumentó que “la zona en que se ubica el proyecto se encontraría altamente intervenida con actividades industriales”, sin embargo, para los afectados, dicha circunstancia “no permite descartar por sí sola la generación de impactos adversos, sino que, por el contrario, dicho contexto podría agravarlo”<sup>83</sup>. Indicaron que:

---

80. *Catril Hidalgo Marlene y otros en contra del Servicio de Evaluación Ambiental* (2022).

81. *Catril Hidalgo Marlene y otros en contra del Servicio de Evaluación Ambiental* (2022). Ver considerando cuadragésimo cuarto y cuadragésimo quinto.

82. *Catril Hidalgo Marlene y otros en contra del Servicio de Evaluación Ambiental* (2022). Ver considerando primero.

83. *Catril Hidalgo Marlene y otros en contra del Servicio de Evaluación Ambiental* (2022). Ver considerando quincuagésimo segundo.

“... las emisiones de ruido afectarán el sistema de vida y costumbre de las comunidades indígenas, atendido que sus actividades requieren de un especial ambiente de silencio y tranquilidad... el SEA [no abordó] la vinculación material e inmaterial que tienen las comunidades indígenas con el territorio, no comprendiendo la cosmovisión del pueblo mapuche”<sup>84</sup>.

Mientras, respecto de la afectación a sistemas de vida y costumbres de comunidades indígenas, para el Tribunal: “... con claridad... durante la evaluación ambiental del proyecto, efectivamente se identificaron los riesgos asociados a contingencias y emergencias, constando, además, el establecimiento de protocolos para evitarlas y controlarlas en caso de ocurrencia”<sup>85</sup>. El Tribunal tuvo en cuenta que la reclamada informó que “el lugar de emplazamiento del proyecto corresponde a un área que presenta una alta intervención antrópica, que no presenta ninguna figura de protección oficial ni se encuentra próxima a alguna de ellas, lo que permite descartar la susceptibilidad de afectación”<sup>86</sup>. Asimismo expuso que las actividades realizadas en el centro ceremonial no se verían afectadas porque “el Proyecto solo planea utilizar una parte [del camino de acceso] que se extiende por 867 metros...”<sup>87</sup>. Concluyó que, pese a que el titular identificó al Centro Ceremonial Inaltu- Winkul dentro del área de influencia del proyecto, se advierte “la inexistencia de una alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos en relación con las emisiones de ruido y con el tránsito de camiones del proyecto”<sup>88</sup>.

Así, esta sentencia incorporó a su razonamiento un enfoque técnico ambiental (desarrollado por la reclamada en sus descargos), centrado en la existencia abstracta de impactos adversos significativos respecto de emisiones de atmosféricas ni acústicas y descartó la concurrencia de los ECC del artículo 11 de la Ley 19.300<sup>89</sup>.

---

84. *Catril Hidalgo Marlene y otros en contra del Servicio de Evaluación Ambiental* (2022). Ver considerando trigésimo octavo.

85. *Catril Hidalgo Marlene y otros en contra del Servicio de Evaluación Ambiental* (2022). Ver considerando decimotercero y trigésimo octavo.

86. *Catril Hidalgo Marlene y otros en contra del Servicio de Evaluación Ambiental* (2022). Ver considerando cuadragésimo.

87. *Catril Hidalgo Marlene y otros en contra del Servicio de Evaluación Ambiental* (2022). Ver considerando cuadragésimo.

88. *Catril Hidalgo Marlene y otros en contra del Servicio de Evaluación Ambiental* (2022). Ver considerando cuadragésimo octavo.

89. *Catril Hidalgo Marlene y otros en contra del Servicio de Evaluación Ambiental* (2022). Ver considerando trigésimo noveno.

En tercer lugar, con todo, podemos apreciar una tendencia jurisprudencial que ha explicitado la centralidad hermenéutica de los principios preventivo y precautorio ambientales en relación con los pueblos indígenas. En especial, que procura armonizar la interpretación de la *susceptibilidad de afectación* directa a los estándares del Convenio 169<sup>90</sup>.

En el caso *Jara Alarcon Luis con Servicio de Evaluación Ambiental*, la Corte Suprema dijo que:

“... toda evaluación ambiental debe abarcar, de manera cabal, no sólo los impactos que sean declarados por el titular, sino también todas aquellas circunstancias que sean conocidas por la autoridad y que puedan tener incidencia en los mayores o menores efectos de un proyecto sobre el medio ambiente... todos los cuales recogen el carácter precautorio de los instrumentos de política ambiental [...] sólo de esa forma la autoridad estará en condiciones de adoptar medidas que resulten eficaces para hacerse cargo del real impacto ambiental y, consecuentemente, evitar eventuales daños irreparables...”;

“... la participación de los pueblos afectados por un proyecto en el PCI, les permite ser parte de un intercambio de información relevante acerca de las obras a realizar y la forma en que ellas influirán en sus sistemas de vida, la exposición de los puntos de vista de cada uno de los potenciales afectados de manera de determinar la forma específica en que el proyecto les perturba, el ofrecimiento de medidas de mitigación, compensación y/o reparación por parte del titular del proyecto...”

Sólo así es posible [cumplir con] el artículo 4º de la Ley N°19.300... otorgando a los pueblos indígenas la posibilidad de influir de manera real y efectiva en las decisiones públicas que sean de su interés.

En tanto de los antecedentes del proyecto aparezca la existencia de una susceptibilidad de afectación directa a pueblos indígenas, necesariamente debe seguirse un PCI...”<sup>91</sup>.

---

90. *Consejera del pueblo Kawésqar contra el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental de Magallanes y la Antártica Chilena: Corte Suprema* (2019). *Caniumán/Corporación Nacional Forestal* (2021). Ver considerando octavo. *Geoturismo Lickanantay Ltda/Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental* (2021). *Ana Nancuqueo Fernandez y otros/Gobierno Regional del Biobío y Seremi de Vivienda y Urbanismo del Biobío* (2021). GONZÁLEZ (2022) pp. 20-24. Excede los alcances de este trabajo el análisis detallado de la jurisprudencia en la materia. HERVÉ y BASCUR (2019); GONZÁLEZ (2022).

91. *Jara Alarcon Luis con Servicio de Evaluación Ambiental* (2019). Ver considerando cuadragésimo noveno y quincuagésimo (Sentencia de Casación).



En el caso de la *Consejera del pueblo Kawésqar contra el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental de Magallanes y la Antártica Chilena* (2021)<sup>92</sup> la Corte Suprema afirmó que los derechos reconocidos en el Convenio 169 constituyen garantías fundamentales incorporadas a la Constitución y que “cualquier proceso que pueda afectar alguna realidad de los pueblos originarios, supone que sea llevado a cabo desde esa particularidad y en dirección a ella”; que para la determinación de la *susceptibilidad de afectación* directa, el factor geográfico de la regulación ambiental constituye un elemento indiciario, cuya amplitud se encuentra determinada por los posibles impactos que pueda tener una medida en los derechos reconocidos de los pueblos indígenas<sup>93</sup>. Asimismo, que para que la consulta no sea obligatoria se requerirá “que el titular del proyecto demuestre de forma exhaustiva que no se dan los efectos del artículo 11 letras c) y d) de la Ley N°19.300”<sup>94</sup>.

En la decisión del caso *Luis Araneda Necumán y otros con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental* (2017), la Corte Suprema destacó “la preminencia del principio precautorio” en la evaluación ambiental, ya que este principio:

“...estructura y rige el desarrollo y ponderación de los elementos que juegan en el proceso de evaluación ambiental buscando la relación existente entre el conocimiento científico disponible y la complejidad de los sistemas ecológicos. Esto significa que, frente a una situación que pudiera generar daño ambiental pero mediando incertidumbre científica en cuanto a sus efectos, deben adoptarse las medidas necesarias para evitar ese riesgo...”<sup>95</sup>.

En resumen, bajo esta perspectiva, por una parte, la consulta no requiere la generación de impactos significativos y directos en comunidades indígenas y sus integrantes. Solo opera un criterio de “probabilidad”, de una afectación “potencial”. Para justificar la omisión de una consulta indígena se invierte el peso de la prueba, ergo, la sola *susceptibilidad de afectación* resulta presupuesto *a priori* de procedencia del PCI.

---

92. *Consejera del pueblo Kawésqar contra el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental de Magallanes y la Antártica Chilena* (2019).

93. *Consejera del pueblo Kawésqar contra el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental de Magallanes y la Antártica Chilena* (2019). Ver considerando 1, 7 y 15.

94. *Consejera del pueblo Kawésqar contra el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental de Magallanes y la Antártica Chilena* (2019). Ver considerando 14.

95. *Luis Araneda Necumán y otros con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental* (2017). Ver considerando trigésimo cuarto.



Por otra, la evaluación ambiental, en especial respecto de la ponderación de los intangibles culturales indígenas, se debe apegar al principio precautorio ambiental. Entonces, frente a la falta de evidencia científica o a las dificultades de apreciación cognitiva de los entes reguladores y/o jurisdiccionales, opera un imperativo de interpretación, en favor del resguardo de la naturaleza, en convergencia intercultural con los derechos de los pueblos indígenas, sus comunidades e integrantes, cuando demandan la protección de sus modos de vida tradicionales.

## Conclusiones

En Chile la labor de los organismos administrativos de evaluación ambiental y judiciales de control de dicha evaluación, se han centrado en determinar si en los proyectos de inversión sometidos a evaluación se descartan o no, alguno de los efectos, características o circunstancias contemplados en el artículo 11 letras c), d), e) y f) de la Ley 19.300, detallados en los artículos 7, 8 y 9 del Reglamento del SEIA (ECC). A la luz de estos dispositivos, la interpretación jurisprudencial mayoritaria en torno a la *susceptibilidad de afectación* directa, como requisito de procedencia del PCI, siguió una tesis formalista restrictiva, respecto del estándar de afectación solo probable que contempla el Convenio 169. En particular, en la práctica, se exigía demostrar un alto estándar de certeza y de magnitud del impacto, de forma previa a la afectación, que redundaba en la imposibilidad de acreditar las causales de procedencia del PCI. Luego, restringía el rol tutelar de la consulta indígena respecto de los derechos de los pueblos indígenas. A ello, se sumaron criterios formales que redundaron en una situación de indefensión procesal de comunidades intervinientes en procesos de alcance ambiental (SEIA y recursos de protección, principalmente).

Sin embargo, otra línea jurisprudencial se ha venido reforzando en el período más reciente. Ella prioriza la cautela sustantiva frente a la afectación o la potencial afectación de comunidades indígenas –relevando en particular sus intangibles culturales–, por sobre la lógica regulatoria en exceso formalista. En especial, explicita la centralidad hermenéutica, vinculante, de los principios preventivo y precautorio ambiental en relación con los pueblos indígenas. Ello se concretiza en un enfoque de carácter cautelar e intercultural, que enmarca los procesos administrativos y de control judicial referentes a la evaluación ambiental, tanto de empresas privadas (nacionales y transnacionales), como de las propias acciones o proyectos que emprenda el Estado.

Así, las fuentes y estándares estudiados nos permiten formular una propuesta hermenéutica cautelar en el ámbito doméstico, de carácter ambiental e intercultural, especialmente aplicable a los organismos internos de competencia ambiental, administrativos y judiciales, que fija estándares de cumplimiento que deben seguir en su respectiva adopción de decisiones, en relación con efectos o potenciales efectos sobre comunidades indígenas. En síntesis, los principales estándares son:

- La evaluación ambiental de un proyecto debe considerar el examen en concreto del contexto cultural de los grupos humanos indígenas que potencialmente afectaría, revisar de qué forma podría ser afectado y disponer de las herramientas pertinentes para ello, en especial respecto de sus intangibles culturales.
- Los principios ambientales preventivo y precautorio: (i) obligan a un análisis en concreto y a optar por la medida de menor impacto en el medio ambiente, incluidas las formas de vida indígenas; (ii) imponen el deber de prevenir un eventual daño irreversible ante el solo riesgo de ocurrencia, impidiendo traspasar el onus de la falta de evidencia “científica” a los propios afectados; (iii) la oscuridad regulatoria formal no puede ser argumento para negar el amparo si existe riesgo grave de daño ambiental y/o a las formas de vida indígena.

Las premisas de la propuesta hermenéutica *cautelar-ambiental-intercultural* planteadas se observan en las últimas sentencias seleccionadas de los tribunales chilenos con competencia constitucional-ambiental, bajo entendimientos que dialogan, en su contenido con las decisiones de la Corte IDH. Al mismo tiempo, los imperativos que contiene esta propuesta hermenéutica *cautelar ambiental e intercultural*, ofrecen bases normativas para contribuir a elevar los estándares de cumplimiento en las futuras decisiones de los órganos administrativos y judiciales de control con competencia ambiental, en las cuestiones relativas a pueblos y comunidades indígenas.

### **Agradecimientos**

Trabajo enmarcado en el proyecto FONDECYT Regular N°1210706, “Proyectos de inversión en nuevas energías renovables y sus efectos sobre comunidades indígenas: estudio de la NIA y sus brechas en perspectiva de justicia ambiental”.

## Sobre los autores

Dr. Juan Jorge Faundes Peñafiel es Profesor Titular, Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Chile. Doctor en procesos sociales y políticos en América Latina, mención Ciencia Política, por la Universidad Artes y Ciencias Sociales, Santiago, Chile. Doctor en Derecho, Mención Internacional, Cum Laude, por la Universidad de Sevilla, España. Integra el Instituto de Investigación en Derecho, el Claustro del Doctorado en Derecho y el Claustro del Doctorado en Ciencias Sociales, de la misma Universidad. Estudios de postdoctorado como *Visiting Scholar* en el *Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law of Heidelberg*, Alemania; y en el *Laboratório de estudos e pesquisas em movimentos indígenas, políticas indigenistas e indigenismo* (LAEPI) del *Departamento de Estudos Latino-Americanos de la Universidad de Brasilia*, Brasil.

Dra. Patricia Perrone Campos Mello es Profesora Titular del *Programa de Mestrado e Doutorado del Centro Universitário de Brasilia –CEUB–* y Profesora Adjunta de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la UERJ. Doctora y Master por la Universidad del Estado de Rio de Janeiro –UERJ–. Estudios de postdoctorado en la *Harvard Kennedy School*, EUA, y como *Visiting Scholar* en el *Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law of Heidelberg*, Alemania. También es Secretaria de Altos Estudios, Investigación y Gestión de la Información, del Supremo Tribunal Federal de Brasil y Procuradora del Estado de Rio de Janeiro.

## Referencias bibliográficas

- ANAYA, James (2009): *Principios Internacionales Aplicables a la Consulta en Relación con la Reforma Constitucional en materia de Derechos de los Pueblos Indígenas en Chile*. Relator Especial de N.U. para los Derechos Humanos de los Indígenas.
- CARMONA, Cristobal (2013): “*La aplicación del derecho a consulta del Convenio 169 de la OIT en Chile: hacia una definición de su contenido sustantivo: afectación e instituciones representativas*”. En MIRANDA, Ricardo y CARMONA, Cristóbal. Tesis de maestría sobre Pueblos Indígenas, Vol.III, *Colección Tesis de Maestría Universidad Nacional de San Martín de Buenos Aires* (Buenos Aires, U. Nacional de San Martín, Vol. III, pp. 15-139.
- CARMONA, Cristobal (2020): “*Evaluación ambiental, consulta indígena y el desplazamiento de los derechos de los pueblos indígenas*”. En *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, Universidad de Concepción*, Vol. 88, N°248, pp. 199-232.
- CARRASCO, Edecio (2020): “*El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Perspectivas, evolución y estándares jurisprudenciales*” (Santiago, DER ediciones).

- DONOSO, Sebastián y NÚÑEZ, Manuel (2022): *El Convenio N°169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Manual para su aplicación Judicial* (Santiago, DER ediciones).
- DURÁN, Álvaro (2021). “Comentario de jurisprudencia. La susceptibilidad de afectación directa como requisito de procedencia de la consulta a los pueblos indígenas en el sistema de evaluación de impacto ambiental”. En *Revista de Derecho Universidad de Concepción, Universidad de Concepción*, Vol. 89, N°250, 2021, pp. 393-421.
- FAUNDES, Juan Jorge (2015): “Convenio N° 169 de la OIT en la Jurisprudencia de la Excelentísima Corte Suprema en Chile. I Tendencias y debates en materia de propiedad y derecho al Territorio”. En *Colecciones Jurídicas de la Corte Suprema*. Repositorio digital Universidad Autónoma de Chile. Disponible en: <http://repositorio.uaautonoma.cl/bitstream/handle/20.500.12728/9024/TENDENCIAS%20JURISPRUDENCIALES%20CONVENIO%20169%20TIERRAS%20TERRITORIO%20%282015%29.pdf?sequence=3&isAllowed=y> [Fecha de consulta: 30 de abril de 2024].
- FAUNDES, Juan Jorge (2019): “El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un derecho matriz y filtro hermenéutico para las constituciones de América Latina: la justificación”. En *Revista Brasileira Políticas Públicas, Centro Universitario de Brasilia (CEUB)*, Vol. 9, n.2, pp.513-535.
- FAUNDES, Juan Jorge (2020a): “El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas, configuración conforme el derecho internacional y perspectivas de su recepción en Chile”. En *Ius et Praxis, Universidad de Talca*, Vol. 26, n.1, pp. 77-100.
- FAUNDES, Juan Jorge (2020b): “Consulta indígena y centrales de generación hidroeléctrica de menos de 3 MW: Desregulación riesgosa, a la luz del derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas”. En BOZZO, Sebastián, REMESEIRO, Rebeca, ESIS, Isabel (Coordinadores). *Memorias III Congreso Internacional de Regulación y Consumo* (Santiago, RIL Editores, Universidad Autónoma de Chile, pp. 359-399).
- FAUNDES, Juan Jorge (2022): “Los Pueblos Indígenas como sujetos de Derecho Internacional y ante los estados nacionales”. En *Revista Brasileira de Políticas Públicas, CEUB*, Vol. 12, N°3, pp. 617-644.
- FAUNDES, Juan Jorge (2023): “El derecho humano a la identidad cultural en el Derecho Internacional. Diálogo entre la corte interamericana de derechos humanos y el tribunal europeo de derechos humanos” (Valencia, Tirant lo Blanch).

- FAUNDES, Juan Jorge, CARMONA, Cristobal, SILVA, Pedro Pablo (2020): “*La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Hermenéutica del derecho al medio ambiente sano, a la identidad cultural y a la consulta, a la luz de la sentencia "Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina (2020)"*”. En *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, CEUB, Vol. 10, N°2, pp. 643-674.
- FAUNDES, Juan Jorge y MELLO, Patricia (2022): “*Constitucionalismo en red: Un método hermenéutico para la protección de los derechos fundamentales de grupos vulnerables y comunidades locales frente a proyectos de inversión*”. En CÁNDANO, Mabel y DÍAZ, Regina (Editoras). “*Igualdad y no discriminación: Protección jurídica de minorías y grupos sujetos a vulnerabilidad*” (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 168-200.
- FAUNDES, Juan Jorge, MELLO, Patricia, ARAYA, Valentina (2024): “*Peritaje antropológico, evaluación ambiental y pueblos indígenas*”. En *CUHSO*, Vol. 34, N°1, pp. 632-678.
- FAUNDES, Juan Jorge, MELLO, Patricia y RUDOLF, Renata (2023): “*Pueblos Indígenas, Naturaleza y Ecocentrismo: estándares internacionales y una mirada comparada desde Brasil*”. En *CUHSO*, Universidad Católica de Temuco, Vol. 32, N°2., pp. 206-247.
- FUENZALIDA, Sergio (2015): “*Desarrollo de la jurisprudencia en Chile sobre la consulta indígena: los casos del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema*”. En *Revista quebequense de derecho internacional, Société québécoise de droit international (SQDI)*, Vol. 28, N°1.
- GONZÁLEZ, Ricardo (2022): “*El sentido y alcance de la susceptibilidad de afectación directa en la implementación de la consulta indígena en Chile. Un análisis crítico*”. Tesis, Seminario de Tesis. Facultad de Derecho, Sede Temuco, Carrera de Derecho, Universidad Autónoma de Chile. Temuco.
- GUERRA, Felipe (2017): “*Los Tribunales Ambientales en la implementación de los derechos indígenas durante la evaluación ambiental de proyectos de inversión en Chile*”. En *Justicia Ambiental*, ONG FIMA, Vol. 8, N°9.
- GUERRA, Felipe y SÁNCHEZ, Gonzalo (2021): “*La función epistémica del derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa en Chile*”. En *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Vol. 27, N°3.
- HERVÉ, Dominique y BASCUR, Débora (2019): “*La Protección de los Derechos de las Comunidades Indígenas en el SEIA por Parte de los Tribunales Ambientales: ¿Avance y/o Retroceso?*”. En *Justicia Ambiental*, ONG FIMA, Vol. XI, N°11, pp. 197-232.
- LÓPEZ, Ricardo y MOHR, Tania (2014): “*Susceptibilidad de afectación directa en la consulta previa del Convenio 169. Análisis de Normas Previstas y de su trato en la Jurisprudencia. ¿Una cuestión de derecho?*”. En *Revista de Derecho (Valdivia)*, Universidad Austral de Chile (UACH), Vol. 27, N°1, pp. 105-126.

- MELLO, Patricia y FAUNDES, Juan Jorge (2020a): “*Constitucionalismo em rede: o direito à identidade cultural dos povos indígenas como filtro hermenêutico para tutela da tradicionalidade da ocupação da terra*”. En ROSSITO, Flávia, DA SILVA, Liana, TÁRREGA, M.C.B., BOTELHO, Tiago.
- MELLO, Patricia y FAUNDES, Juan Jorge (2020b): “Povos Indígenas e proteção da Natureza: a caminho de um “giro hermenêutico ecocêntrico”. En Revista Brasileira de Políticas Públicas, CEUB, Vol. 10, N°3, pp. 222-251.
- MEZA, Matías (2019): Consulta previa indígena y medidas legislativas: estándar internacional y práctica nacional, BCN, Congreso Nacional de Chile, 2019. Disponible en: [https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/27000/1/BCN2019\\_\\_SNF\\_y\\_Consulta\\_Previa\\_Indigena.pdf](https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/27000/1/BCN2019__SNF_y_Consulta_Previa_Indigena.pdf) [Fecha de consulta: 30 de abril de 2024].
- MEZA, Matías, YÁÑEZ, Nancy y SILVA, Hernando (2014): “*El derecho a la consulta y su incorporación al sistema jurídico*”. En *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas: análisis del derecho nacional, internacional y comparado* (Informe 19). IWGIA, 2014, pp. 19-45.
- MORAGA, Pilar (2017): “*Comentario de sentencia. Sentencia de la Corte Suprema, de 30 de enero de 2017*”. En *Actualidad Jurídica Ambiental (AJA)*, Vol. 8, N°4, 2017. Disponible en: [https://www.actualidadjuridicaambiental.com/jurisprudencia-aldia-iberoamerica-chile-evaluacion-ambiental-consulta-indigena/#\\_ftn1](https://www.actualidadjuridicaambiental.com/jurisprudencia-aldia-iberoamerica-chile-evaluacion-ambiental-consulta-indigena/#_ftn1) [Fecha de consulta: 31 de mayo de 2024].
- MILLAMÁN, Sergio (2019): *Consulta indígena, pueblo mapuche, territorios y evaluación medioambiental*. DOCUMENTO ICSO- N° 52, UDP, 2019. Disponible en: [https://labconstitucional.udp.cl/cms/wp-content/uploads/2020/04/ICSO\\_DT\\_52\\_Millaman.pdf](https://labconstitucional.udp.cl/cms/wp-content/uploads/2020/04/ICSO_DT_52_Millaman.pdf) [Fecha de consulta: 30 de abril de 2024].
- PACHECO, Hellen (2022): “*Recursos de protección ambientales interpuestos por mapuche desde la creación de los tribunales ambientales: demandas indígenas y supervivencia de la acción constitucional*”. En *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, Vol. 90 N°251.
- PEÑA, Mario (2018): “*La revolución de los derechos humanos ambientales y de los derechos de la naturaleza*”. En *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y recursos naturales*, Fondo Editores, N°28, 2018.
- PUSCHEL, Gabriela (2021): “*El concepto de territorio indígena en la jurisprudencia chilena como criterio de aplicación de la consulta previa en el marco del SEIA*”. Tesis para optar al grado de Licenciatura, Universidad de Chile. Repositorio Académico – Universidad de Chile.
- SILVA, Carolina y PAROT, Gonzalo (2016): “*Desempeño del SEIA para canalizar la consulta indígena del Convenio*”. En *Revista de Derecho Ambiental*, ONG FIMA, N°6, 2016.



### **Jurisprudencia citada nacional:**

*Alejandro Papic Domínguez con Comunidad Indígena Aimara Chusmiza y Usmagma*: Corte Suprema, Rol 2840-2008, 25 noviembre 2009.

*Ana Nancucho Fernandez y otros/Gobierno Regional del Biobio y Seremi de Vivienda y Urbanismo del Biobio*: Corte Suprema, Rol 78.935-2021, 14 octubre 2022.

*Asociacion Indigena Koñintu Lafken-Mapu Penco represen. por Maria Patricia Flores Quilapan y otros contra Serv. de Evaluacion Ambiental Reg. Bio Bio y Comision de Evaluacion Ambiental Reg. Bio Bio*: Corte Suprema, Rol 65.349-2016, 30 enero 2017. Corte de Apelaciones de Concepción, Rol 17.128-2016, 27 agosto 2016, Recurso de Protección.

*Caniumán/Corporacion Nacional Forestal*: Corte Suprema, Rol 138.439-2020, 29 marzo 2021, cons. Octavo. Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 17.311-2019, Recurso de Protección.

*Catril Hidalgo Marlene y otros en contra del Servicio de Evaluación Ambiental, 2º Tribunal Ambiental, R-352-2022*, 31 enero 2024. Impugna Resolución de Calificación Ambiental (RCA) N°202299101263 de 30 de marzo de 2022.

*Comunidad Antu Lafquen de Huentetique con COREMA Región de Los Lagos*: Corte Suprema, Rol 10.090-2011, 22 marzo 2011.

*Comunidad Indígena Atacameña de San Francisco de Chiu Chiu en contra del Comité de Ministros*. Corte Suprema, Rol 28.195-2018, 16 junio 2020.

*Comunidad indigena diaguita Yastai de Juntas de Valeriano y otros contra Comision de Evaluacion Ambiental (CEA)*: Corte Suprema, Rol 11.299-2014, 7 octubre 2014. Recurso de Protección.

*Consejera del pueblo Kawésqar contra el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental de Magallanes y la Antártica Chilena*: Corte Suprema, Rol 36.919-2019, 22 febrero 2021.

*Fernández con SRM BIO-BIO*: Corte de Apelaciones de Concepción, Rol 13.031-2020, 25 septiembre 2020. Confirmada, Corte Suprema, Rol 125.619-2020, 1. junio 2021.

*Francisca Linconao con Forestal Palermo*: Corte Apelaciones Temuco, Rol 1773-2008, 16 septiembre 2009. Confirmada, Francisca Linconao con Forestal Palermo: Corte Suprema, Rol 7287-2009, 30 noviembre 2009.

*Geoturismo Lickanantay Ltda/Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental*: Corte Suprema, Rol 85.957-2021, 14 febrero 2022.

*Inconstitucionalidad de la Ley de pesca*: Tribunal Constitucional, Rol 2387-2012, 3 enero 2013, *Declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad art. 54 y ss. Ley Indígena*, Tribunal Constitucional, Rol 2552-2014, 24 diciembre 2014.

*Jara Alarcon Luis con Servicio de Evaluación Ambiental*: Corte Suprema Rol 8573-2019, 13 enero 2021, sentencias de Casación y de reemplazo.



*Junta de Vecinos Kamac-Mayu N°19 con Superintendencia del Medio Ambiente: 1°TA, R-42-2020.*

*Los Pueblos Indígenas Unidos de la Cuenca de Tarapacá, Quebrada de Aroma, Coscaya y Miñi Mini: 2° Tribunal Ambiental, Rol 54-2014, 1 diciembre 2015.*

*Luis Araneda Necumán y otros con Director Ejecutivo del Servicio De Evaluación Ambiental: Corte Suprema, Rol 3971-2017, 28 junio 2018.*

*Millaray Virginia Huichalaf Pradines y otros con Juan Heriberto Ortiz Ortiz: Corte Apelaciones Valdivia, Rol 501-2011, 4 mayo 2012.*

*Salinas Cortes Roberto con Segundo Juzgado de Letras de Copiapó: Corte Suprema, Rol 3676-2013, 17 junio 2013, Recurso de Protección. Corte Apelaciones Copiapó, Rol 352-2012, 30 abril 2013.*

### **Jurisprudencia citada internacional:**

*Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala: Corte IDH, 25 noviembre 2000.*

*Caso Baraona Bray vs. Chile: Corte IDH, 24 noviembre 2022.*

*Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay: Corte IDH, 13 octubre 2011.*

*Caso comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina: Corte IDH, 6 febrero 2020.*

*Caso "Cinco Pensionistas" vs. Perú: Corte IDH, 28 febrero 2003.*

*Caso Claude Reyes y otros vs. Chile: Corte IDH, 19 septiembre 2006.*

*Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay: Corte IDH, Fondo, reparaciones y costas, 17 junio 2005.*

*Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay: Corte IDH, interpretación, 2 febrero 2006.*

*Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú: Corte IDH, 31 enero 2001.*

*Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador: Corte IDH, 27 junio 2012.*

*Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam: Corte IDH, 28 noviembre 2007.*

*Caso Habitantes de la Oroya Vs. Perú: Corte IDH, 27 noviembre 2023.*

*Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) vs. Chile: Corte IDH,; 29 mayo 2014.*

*Caso Pueblo Indígena Xu-curu y sus miembros vs. Brasil: Corte IDH, 5 febrero 2018.*

*Comunidad (Sumo) Awás Tigni Vs. Nicaragua. Corte IDH: 31 agosto 2001.*

*Opinión Consultiva OC-8/87, El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 CADH). Corte IDH: 30 enero 1987.*

*Opinión Consultiva OC-23/17, Solicitada por la República de Colombia sobre medio ambiente y derechos humanos (Obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la CADH): Corte IDH: 15 noviembre 2017.*

## **Normativa:**

Acuerdo de París, de 12 de diciembre de 2015.

Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe –*Acuerdo de Escazú*–, de 4 de marzo de 2018.

Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Resolución 70/1 aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 25 de septiembre de 2015.

Carta Mundial de la Naturaleza, Resolución 37/7 aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 28 de octubre de 1982.

Carta de la Organización de los Estados Americanos, de 30 de abril de 1948.

Constitución Política de Chile, publicada el 24 de octubre de 1980.

Constitución de la República del Ecuador, del 30 octubre de 2008.

Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de la UNESCO, aprobada el 17 de octubre de 2003.

Convenio N°169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, aprobado el 7 de junio de 1989.

Convenio sobre la Diversidad Biológica, Cumbre de la Tierra, aprobado el 5 de junio de 1992.

Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC), Asamblea General de las Naciones Unidas, adoptada el 9 de mayo de 1992.

Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, 5 al 16 de junio de 1972.

Declaración de Johannesburgo sobre Desarrollo Sostenible, Asamblea General de las Naciones Unidas de 4 de septiembre de 2002.

Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Asamblea General de las Naciones Unidas de 1992.

Declaración Universal de Derechos Humanos, Asamblea General de las Naciones Unidas, 10 de diciembre de 1948.

Decreto Supremo N°66, de 2013 del Ministerio de Desarrollo Social, Aprueba Reglamento que regula el Procedimiento de Consulta Indígena en virtud del artículo 6 N°1 letra a) y N°2 del Convenio N°169 de la Organización Internacional del trabajo y deroga normativa que indica, publicado el 4 de marzo de 2014.

Decreto Supremo N°40, de 2012 del Ministerio del Medioambiente, República de Chile, Aprueba Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, publicado el 12 de agosto de 2013.

Ley 19.300 que Aprueba la Ley 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente, publicada 9 de marzo de 1994.

Ley 20.417, de 2010 que Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, publicada 26 enero 2010.

Pacto de Derechos Civiles y Políticos, Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobado el 16 de diciembre de 1966.

Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, 26 de agosto al 4 de septiembre de 2002.

Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, Asamblea General de la OEA, San Salvador, aprobado el 17 de noviembre de 1988.

Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, adoptado el 11 de diciembre de 1997.