

Evaluación ambiental y protección cultural de los pueblos indígenas en Chile, a la luz del Derecho Internacional de los derechos humanos¹

Dr. Juan Jorge Faundes Peñafiel²

Dra. Patricia Perrone Campos Mello³

Introducción

La Constitución Política de Chile (1980), vigente, por una parte, no reconoce en su texto a los pueblos indígenas. Por otra, establece solo el derecho de toda persona a un medio ambiente libre de contaminación conforme la garantía que contempla su artículo 19 N°8. Mientras, la jurisprudencia ha basado la protección de los pueblos indígenas en la referida garantía del artículo 19 N°8, junto al principio constitucional de igualdad contemplado en los artículos 1 y 19 N°2 de la Constitución. De tal manera, el amparo de los derechos de los pueblos indígenas, en relación con los proyectos de inversión sometidos a evaluación ambiental, se ha dado conforme estos mínimos

¹ Trabalho desenvolvido no âmbito do 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”. Y no ámbito do “Proyecto de investigación de Postdoctorado en Estudios Comparados Chile-Brasil sobre proyectos de inversión con impactos culturales intangibles en comunidades indígenas, II Etapa 2023”, no Laboratório de estudos e pesquisas em movimentos indígenas, políticas indigenistas e indigenismo (LAEPI) del Departamento de Estudos Latino-Americanos (ELA) de la Universidade de Brasília (UnB). Financiado pelo Fondo de Apoyo para Estadías de Investigación en el Extranjero para Académicos Jerarquizados: profesores Asociados y Titulares 2023 de la Vicerrectoría de Investigación y Postgrado, Universidad Autónoma de Chile.

² Professor Titular do Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chile, Doctor en procesos sociales y políticos en América Latina, Mención Ciencia Política, pela Universidad de Artes y Ciencias Sociales, Santiago de Chile; y Doctor en Derecho, Mención Internacional, pela Universidad de Sevilla, España; abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, pela Universidad Austral de Chile, Chile. Estudos pós-doutorais no Instituto Max Planck de Direito Público Comparado e Internacional, Alemanha e no Laboratório de estudos e pesquisas em movimentos indígenas, políticas indigenistas e indigenismo (LAEPI) do Departamento de Estudos Latino-Americanos, Universidad de Brasília, Brasil. E-mail: juanjorgef@gmail.com

³ Professora Titular do Programa de Mestrado e Doutorado do Centro Universitário de Brasília – CEUB, e Professora Adjunta da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Doutora e Mestre pela UERJ. Estudos pós-doutorais em Harvard Kennedy School, EUA, e no Instituto Max Planck de Direito Público Comparado e Internacional, Alemanha. Procuradora do Estado do Rio de Janeiro. Trabalho desenvolvido no âmbito do Grupo de Pesquisa “Cortes Constitucionais e Democracia” do Programa de Mestrado e Doutorado do Centro Universitário de Brasília – CEUB. E-mail: pcamposmello@uol.com.br

constitucionales y en base a un extenso desarrollo jurisprudencial que aplica el marco legal y reglamentario, a la luz de los tratados internacionales en materia de derechos humanos vinculantes para este país (Faundes, 2015, 2020a). Ello ha generado un grado importante de indeterminación normativa (Carmona, 2013).

En ese marco, el ordenamiento jurídico chileno, conforme los instrumentos internacionales de derechos humanos vinculantes para este país, asegura los derechos humanos a la identidad cultural y a un medio ambiente sano de los pueblos indígenas y sus comunidades. No obstante, se ha observado que en la regulación ambiental chilena, en particular en la denominada “Nueva Institucionalidad Ambiental” (NIA), existe un conjunto de deficiencias estructurales (Aylwin, et al, 2013). Incluso, se ha dicho (sobre la consulta indígena) que la normativa aparenta cumplimiento de estándares de derechos humanos, pero en el fondo busca asegurar inversiones transnacionales en territorios indígenas (Aguas y Nahuelpán, 2018; Millamán, 2019). Mientras, a la luz de los derechos de los pueblos indígenas internacionalmente reconocidos, la consulta indígena cumple un rol relevante en la identificación de eventuales afectaciones de otros derechos fundamentales sustantivos que el Estado debe cautelar. Por ello –se sostiene–, que la consulta indígena no puede ser entendida solo como formalidad, sino como un mecanismo para el resguardo de derechos fundamentales de dichos pueblos (Anaya, 2009; Carmona, 2013, 2020a, 2020b).

Luego, se postula en este trabajo que el derecho humano a la identidad cultural y el derecho humano al medio ambiente sano, asegurados en el Derecho Internacional de los derechos humanos, configuran un marco de delimitación para los órganos de evaluación ambiental nacionales, administrativos y judiciales, en los procesos de evaluación ambiental. Entonces, estos órganos deben considerar los elementos constitutivos de la identidad cultural de los pueblos indígenas y sus comunidades, como bienes jurídicos protegidos en los procesos de evaluación ambiental. En consecuencia, que la normativa interna en materia de evaluación ambiental, tanto en su dimensión técnica administrativa, como en la de control judicial de dicha evaluación administrativa y, específicamente, en relación a la consulta indígena, requieren identificar y proteger los elementos propios de la identidad cultural, que denominamos “intangibles culturales” (componentes de carácter cosmogónico, religioso o espiritual). Se trata de abordar

adecuadamente, en los proyectos sometidos a evaluación ambiental, los potenciales efectos sobre aquellos aspectos propios de los modos de vida tradicional.

Al respecto, por una parte, resulta necesario analizar los derechos humanos a la identidad cultural y al medio ambiente sano, como fuentes de la normativa ambiental chilena. Y luego, estudiar cómo la NIA y su Sistema de Evaluación Ambiental (SEIA) logran amparar (o no) estos derechos de los pueblos indígenas, sus comunidades e integrantes, en relación con los efectos de los proyectos de inversión susceptibles de afectarles.

Así, este trabajo, por una parte, describe una panorámica de la normativa chilena en materia ambiental, en relación con los proyectos de inversión susceptibles de afectar a los pueblos indígenas y sus comunidades. Por otra, realiza un análisis crítico de ella a la luz de las obligaciones que imponen los derechos humanos a la identidad cultural y al medio ambiente sano asegurados internacionalmente. Al efecto, en el capítulo 1) se revisan las fuentes de la NIA; en el 2) se abordan los derechos humanos a la identidad cultural y al medio ambiente sano, junto a los derechos de acceso, como marco de interpretación y estándares de control de la NIA, en relación a los pueblos indígenas y sus comunidades; en el capítulo 3) revisamos críticamente la NIA, en especial, respecto del concepto de susceptibilidad de afectación, como presupuesto de la consulta indígena, a la luz de los imperativos emanados de los derechos estudiados en el capítulo 2.

1) Normativa interna chilena en materia de evaluación ambiental

Desde la perspectiva constitucional, el artículo 19 N°8 de la Constitución de la República de 1980 asegura a todas las personas “El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación” y establece que es “deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza”.

En el campo legal, la Ley 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente, contempla en su artículo 1 que:

“El derecho a vivir en medio ambiente libre de contaminación, la protección del medio ambiente, la preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental se regularán por las disposiciones de esta ley, sin perjuicio de lo que otras normas legales establezcan sobre la materia”.

Conjuntamente, en el artículo 4 inciso 2° dispone que:

“Los órganos del Estado, en el ejercicio de sus competencias ambientales y en la aplicación de los instrumentos de gestión ambiental, deberán propender por la adecuada conservación, desarrollo y fortalecimiento de la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y culturales de los pueblos, comunidades y personas indígenas, de conformidad a lo señalado en la ley y en los convenios internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Asimismo, tras la ratificación del Convenio N°169 de la OIT (2008), Chile dictó, como medidas de adecuación de su ordenamiento jurídico, el Decreto N°66 de 2013, que “Regula el Procedimiento de Consulta Indígena⁴ y el Decreto Supremo N°40 de 2012, Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental⁵. El primero, regula el procedimiento de consulta genérico y el segundo, un procedimiento especial de consulta aplicable en el marco del SEIA.

La Ley N°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). De acuerdo a lo establecido en el artículo 10 de la Ley 19.300, dependiendo si un proyecto o actividad genera o presenta alguno de los efectos, características o circunstancias establecidas en el artículo 11 de la misma ley, deberá presentar un EIA. Y, ya en relación a la consulta indígena en el marco propio del SEIA, el Decreto Supremo N°40, de conformidad a su artículo 4, contempla que el proyecto o actividad que genere o presente alguno de los efectos, características o circunstancias contemplados en el artículo 11 letras c), d), e) y f) de la Ley 19.300 (ECC), que detalla en los artículos 7, 8 y 9 del mismo Reglamento, deberá presentar un EIA, del que será responsable el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) y dicho servicio será responsable de la consulta indígena.

Ahora bien, existen diversas actividades productivas en que los respectivos proyectos de inversión u no están sometidos al SEIA, tales como: los casos no contemplados en el artículo 10 de la Ley N°19.300 (como la energía geotérmica), las actividades derechamente excluidas por esta

⁴ 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.

⁵ Decreto Supremo N°40 de 2012 del Ministerio del Medioambiente, República de Chile, Aprueba Reglamento Del Sistema De Evaluación De Impacto Ambiental, publicado con fecha 12 de agosto de 2013.

misma disposición (como la generación hidroeléctrica de menos de 3 mega watts) y las servidumbres legales forzosas de concesiones mineras⁶ y eléctricas⁷ (Carmona, 2017; Faundes, 2020b; Fuenzalida (2017)). En estas materias, el deber general de consultar conforme el Convenio 169 de la OIT no se ve alterado, se debe aplicar el procedimiento de consulta genérico del Decreto N°66 de 2012 (Faundes, 2020b). Conjuntamente, en casos graves de afectación de la garantía constitucional del artículo 19 N°8 (que requieren de una intervención urgente de la autoridad judicial para restablecer la vigencia del derecho fundamental asegurado constitucionalmente), la acción de protección del artículo 20 de la Constitución opera como procedimiento de garantía o control jurisdiccional constitucional. El presente estudio solo se circunscribe a la consulta indígena especial (PCI) integrada al SEIA que viene siendo la regla general en materia de evaluación ambiental.

En consecuencia, los organismos administrativos estatales respectivos, responsables de consultar –SEA en el caso del SEIA– y los órganos responsables del control jurisdiccional ambiental –tribunales ambientales y Corte Suprema, deben identificar y ponderar la eventual afectación de los intangibles culturales de pueblos y comunidades indígenas. En particular, deben establecer si el proyecto o actividad genera o presenta efectos, características o circunstancias susceptibles de causar impacto ambiental de conformidad al SEIA, con aplicación del PCI. O bien, en general, determinar si afecta o es susceptible de afectar a los pueblos indígenas de conformidad al artículo 6 del Convenio N°169 de la OIT.

Bajo los supuestos precedentes –como veremos a continuación–, los órganos estatales tienen la obligación de demostrar que no hay afectación ni susceptibilidad de afectación, acreditando que no se generan los ECC que describe el Decreto Supremo N°40 en sus artículos 7, 8 y 10, de conformidad con el artículo 11, letras c), d), e) y f) de la Ley N°19.300.

Pueblos indígenas y la susceptibilidad de afectación en el SEIA:

El Convenio N°169 de la OIT establece que “Los Estados deberán consultar a los pueblos Indígenas “cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de

⁶ Corte Suprema, Chile (CS) 6.628-2015, casación, s. reemplazo.

⁷ Ej., Corte de Apelaciones (CA) Santiago, 23.143-2018, 10.8.2018; CS 23.024-2018 y 22.034-2018.

afectarles directamente” (artículo 6.1.a, la negrita es nuestra). Mientras, por una parte, el artículo 7 del Decreto Supremo 66 de 2013, que regula la consulta indígena de alcance general en Chile, especifica que las “medidas susceptibles de afectar directamente” son aquellas que, en particular, constituyen “causa directa de un impacto significativo y específico” (las negritas son nuestras). Y, por otra, los presupuestos base de las consultas indígenas en el SEIA consideran que procede la consulta indígena en los casos del artículo 11 de la Ley 19.300, letras c), d), e) y f) y de los concurrentes artículos 7, 8 y 9 del Decreto Supremo 40 de 2012, que describen las actividades cuyos efectos, circunstancias o características generan un “impacto ambiental” que suponen la necesidad de un Estudio de Impacto Ambiental.

En el sentido indicado, el artículo 11 de la Ley 19.300 describe los ECC aplicables a la evaluación ambiental y presupuestos legales de la PCI, señalando:

[art. 11] “Los proyectos o actividades enumerados en el artículo precedente requerirán la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental, si generan o presentan a lo menos uno de los siguientes efectos, características o circunstancias: [...]

c) Reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos;

d) Localización en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos, glaciares y áreas con valor para la observación astronómica con fines de investigación científica, susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar;

e) Alteración significativa, en términos de magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona, y

f) Alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural. [...].”

Por su parte, en síntesis, el Decreto Supremo 40 dispone⁸:

“Artículo 7.- Reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos.[...]

Artículo 8.- Localización y valor ambiental del territorio.[...].

Artículo 9.- Valor paisajístico o turístico [...].”

⁸ La descripción de la disposición reglamentaria en cada caso es detallada, pero solo transcribimos su enunciación para los efectos panorámicos de este trabajo.

Luego, los ECC se pueden sintetizar como: (i) el reasentamiento de comunidades humanas; (ii) la alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos; (iii) la localización, valor ambiental, paisajístico o turístico del territorio.

En cuanto al procedimiento aplicable a los casos en que procede la consulta indígena, el artículo 7 del referido Decreto Supremo N°66 prescribe que:

“Los órganos de la Administración del Estado... deberán consultar a los pueblos indígenas... cada vez que se prevean medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectarles directamente...”

Son medidas legislativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas... cuando sean causa directa de un impacto significativo y específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales, afectando el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas” (artículo 7 inc. 2º).

Se trata de una obligación de consulta genérica, que luego el artículo 8 del mismo Decreto Supremo 66, en relación a las materias contempladas en el SEIA, reconduce al “procedimiento de consulta indígena especial” (PCI), en materia de evaluación ambiental, del Decreto Supremo 40 de 20129.

Por su parte, el Decreto Supremo N°40 contempla la obligación de los órganos del Estado, con competencia ambiental, de contribuir con el desarrollo de los pueblos indígenas, conforme el Convenio N°169 de la OIT, regulando el PCI en el marco del SEIA en los casos de EIA, cuando alguna actividad o proyecto genere un impacto significativo a grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas. Para estos efectos, el artículo 85 del referido Decreto Supremo N°40, señala:

“Consulta a Pueblos Indígenas [...] en la medida que se afecte directamente a uno o más grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, el Servicio deberá, de conformidad al inciso segundo del artículo 4 de la Ley, diseñar y desarrollar un proceso de consulta de buena fe, que contemple mecanismos apropiados según las características socioculturales propias de cada pueblo y a través de sus instituciones representativas, de modo que puedan participar de manera informada y tengan la posibilidad de influir durante el proceso de evaluación ambiental [...]”

⁹ Decreto Supremo N°66, 2014, artículo 8 inc. 1º:

“La RCA de los proyectos o actividades que ingresan al SEIA, de conformidad a lo establecido en el artículo 10 de la ley N°19.300, y que requieran un proceso de consulta indígena según lo dispuesto en dicha normativa y su reglamento, se consultarán de acuerdo a la normativa del SEIA...”.

El Decreto Supremo N°40 de 2012, establece la obligación de presentación de un EIA respecto de proyectos que provoquen impactos ambientales significativos (ECC) de los señalados el artículo 11 de la Ley N°19.300 (letras c), d e) y f)), resultando procedente el PCI en los casos de ocurrencia positiva de tal afectación.

Volveremos sobre esta cuestión en la revisión crítica que hacemos del SEIA en relación a los pueblos indígenas y la consulta en el tercer apartado.

2. Derechos humanos, pueblos indígenas y medio ambiente, principales fuentes

2.1. El derecho humano a la identidad cultural y los pueblos indígenas, fuentes y alcances normativos

El derecho humano a la identidad cultural ha sido ampliamente reconocido a los pueblos indígenas, aunque con alcances distintos asociados a los respectivos contextos regionales y nacionales (Faundes, 2023a, p. 24). En el nivel universal, se basa en diferentes instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 22), el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (artículo 27), la Convención para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial (2003) y la Declaración Universal de la UNESCO sobre la Identidad Cultural (2001), entre otros.

Asimismo, el Convenio N°169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de 1989 (Convenio 169) reconoce el derecho de estos pueblos y sus integrantes al respeto y promoción de su cultura, sus valores espirituales y prácticas culturales, “costumbres”, “derecho consuetudinario”, “instituciones propias” y características socioculturales (arts. 2, 4, 5, 8 y 9). En términos específicos, el Convenio N°169 de la OIT señala:

“4.1. Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados.

Además, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas, aunque no

vinculantes, contribuyen a la fijación del contenido material y de diversos estándares de cumplimiento del derecho humano a la identidad cultural.

En el contexto regional interamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha desarrollado una extensa jurisprudencia en torno a este derecho¹⁰ y, en especial, ha establecido que el derecho a la identidad cultural “es un derecho de naturaleza colectiva de los pueblos indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática”; asimismo, que 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”¹¹.

La Corte IDH lo reconoce como un derecho individual y colectivo, de que son titulares los pueblos indígenas, tribales, y las comunidades tradicionales en general (como los afrodescendientes) y sus respectivos integrantes¹². Lo justifica en la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (CADH), respecto de las obligaciones de los artículos 1.1. (respeto de los derechos), 2 (adecuación normativa) y 29.b (interpretación evolutiva), en relación con los derechos de los pueblos indígenas: a la vida (artículo 4.1), a la integridad personal (artículo 5), a la propiedad, a los territorios, a la subsistencia (artículo 21), a la igualdad y no discriminación (artículo 24), así como a los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 26) previstos en la CADH (Faundes, 2023a, p. 76-77).

Particularmente, la Corte ha dicho que: i) el derecho humano a la identidad cultural tiene un contenido cultural, espiritual, inmaterial y religioso propio de los pueblos indígenas, en relación, esencialmente, a los modos de vida que se sostienen de forma inalienable en las tierras, territorios y recursos naturales de dichos pueblos¹³; ii) este derecho se expresa en relación con el derecho a la vida de los pueblos indígenas y la protección de sus tierras y territorios, indispensables para

¹⁰ Entre otros v.: Corte IDH, Comunidad (Sumo) Awas Tigni Vs. Nicaragua, 31.8.2001; Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, 17.6.2005 (Fondo) y 6.2.2006 (Interpretación); Corte IDH, Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, 27.6.2012; Corte IDH, Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) vs. Chile, 29.5.2014; Corte IDH, Caso Pueblo Indígena Xu-curu y sus miembros vs. Brasil 5.2.2018; Corte IDH, Caso comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina, 6.2.2020.

¹¹ Corte IDH, Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, 27.6.2012, par. 213.

¹² Corte IDH, Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, 27.6.2012, par. 213.

¹³ Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay (2005), par. 135.

asegurar su supervivencia física y cultural, así como la continuidad de su cosmovisión¹⁴; iii) el Estado debe asegurar la participación efectiva de los pueblos indígenas en la decisión sobre los planes de desarrollo, inversión, exploración o extracción llevados a cabo en su respectivo territorio, mediante consultas con los pueblos interesados¹⁵ (Faundes, et al, 2020, p. 649; Carmona, 2013, p. 301-334); iv) el Estado tiene un deber especial de diligencia que le impone salvaguardar la supervivencia de tales pueblos y adoptar medidas efectivas para proteger el derecho humano a la identidad cultural, en todas sus dimensiones¹⁶; iv) los derechos de los pueblos indígenas deben ser entendidos a la luz de la cosmovisión indígena, de sus costumbres y culturas, especialmente en su dimensión intangible o inmaterial (Faundes, 2020a, p. 359-398)¹⁷. Este último mandato implica la necesidad de interpretar las conductas y derechos conforme la cultura y prácticas de los pueblos indígenas. En este sentido, el derecho humano a la identidad cultural exige a los órganos administrativos y judiciales el deber de aplicar una hermenéutica intercultural que hemos denominado filtro hermenéutico intercultural (Faundes, 2019; 2023, p. 228-234; Mello, 2019, p. 254-286; Mello y Faundes, 2020a).

En resumen, en lo que respecta a los pueblos indígenas, la protección de la identidad cultural está relacionada con a la preservación de los sistemas de vida y la subsistencia misma de estos pueblos. Genera derechos procesales de participación y de realización de estudios de impacto socioambiental previos a los proyectos de inversión que pueden afectarlos, incluyendo la ponderación de los efectos de carácter cultural o intangible¹⁸. E implica un deber estatal de diligencia que obliga al Estado a implementar instituciones y adoptar medidas, adecuadas y suficientes, para tal protección, lo que incluye, en especial, indicado deber hermenéutico intercultural.

¹⁴ Corte IDH., Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, 27.6.2012, par. 40.

¹⁵ Corte IDH, Caso comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina, 6.2.2020, pp. 169-185; Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, 28.11.2007, pars. 121, 122, 133.

¹⁶ Corte IDH, Caso Pueblo Indígena Xucuru vs. Brasil (2018), párrs. 93-194.

¹⁷ Corte IDH, Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, 27.6.2012, par. 213; Corte IDH, Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) vs. Chile, 29.5.2014, par. 357.

¹⁸ Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam 28.11.2007, pars. 129; Corte IDH, Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, 27.6.2012, par. 176.

Paralelamente, aunque hasta ahora Chile no reconoce en el texto de la Constitución a los pueblos indígenas, con la ratificación del Convenio 169 (2008), como tratado internacional en materia de derechos humanos y a la luz del artículo 5 inc. 2º de la Constitución, se generó un proceso jurisprudencial sostenido de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, incluso indirectamente de alcance constitucional (Carmona, 2013; Durán, 2021; Faundes, 2015, 2020a; Hervé y Bascur, 2019; Guerra y Sánchez, 2021). Así, la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia de Chile ha reconocido en sus fallos este derecho con diversos alcances, como parte del derecho esencial que la Constitución asegura “de intervenir con igualdad de condiciones en su mayor realización espiritual y material posible”, en relación al Convenio 169. Asimismo, se sustenta en el derecho de igualdad ante la ley, basado, a su vez, en el respeto a la dignidad humana. En este sentido, el artículo 1 inciso 1º de la Constitución dispone que “Todas las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, mientras el artículo 19 N°2 de la asegura a todas las personas “La igualdad ante la ley”, prohibiendo toda discriminación arbitraria. El artículo 1 inc. final dispone que “Es deber del Estado... asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”. Entonces, el principio de igualdad se entiende en un sentido amplio, como el derecho radicado en la dignidad fundamental de la persona a 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– (Faundes, 2020a, p. 81-83).

Al mismo tiempo, el derecho humano a la identidad cultural se justifica en las garantías constitucionales del artículo 19, N°4 (derecho “a la vida privada y a la honra de la persona y su familia”), que se entiende incluye el derecho humano a la identidad personal²⁰; N°6 (“La libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que

¹⁹ CA Temuco, Rol 1773-2008, Linconao con Palermo, 16.9.2009 y CS Rol 7287-2009, 30.11.2009; CS Rol 2840-2008, Alejandro Papic Domínguez con Comunidad Indígena Aimara Chusmiza y Usmagama, 30.11.2009; CS Rol 10.090-2011, Comunidad Antu Lafquen de Huentetique con COREMA Región de Los Lagos, 22.03.2011. En la misma línea los fallos del Tribunal Constitucional (TC): TC Rol 2387-2012, Inconstitucionalidad de la Ley de pesca, 23.1.2013; TC Rol 2552-2014, declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad art. 54 y ss. Ley Indígena, 24.12.2014.

²⁰ TC 29.9.2009, Rol 1340-2009. Jurisprudencia reiterada en los fallos de los Roles 1537, 1563, 1656.

no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público”)²¹. También en el derecho a la igual protección de la ley (garantías de “acceso a la justicia” o a la “protección judicial”), conforme el artículo 19 N°3 de la Constitución que asegura a todas las personas: “La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”, conforme lo cual que “toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale...”. Por último, el derecho humano a la identidad cultural también se enlaza, de forma interdependiente, con las garantías constitucionales de “vivir en un medio ambiente libre de contaminación” del artículo 19 N°8 y la de protección de la propiedad del artículo 19 N°24. Ambos derechos 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 (Faundes, 2020a, p. 81-83).

En el mismo marco de la protección judicial, la CADH (artículos 8 y 25) y el Convenio N°169 (artículo 12), aseguran el derecho de “acceso a la justicia” mediante un “procedimiento rápido, sencillo, y eficaz”²², en cualquier ámbito de conocimiento judicial²³, inclusivo del derecho al uso de las lenguas indígenas en cualquier gestión judicial y a disponer de intérpretes u otros medios adecuados al efecto. El artículo 8 de la CADH contempla el derecho a tener acceso al órgano o tribunal del Estado (a “ser oído”) para cuando exista una injerencia, una vulneración o una controversia en torno a los derechos asegurados en la Convención²⁴. El artículo 25 de la CADH asegura el derecho a la protección judicial, en tanto derecho de toda persona a un recurso sencillo, rápido y efectivo ante los tribunales competentes del Estado parte, para su amparo contra

²¹ CA Valdivia, Rol 501– 2011, Millaray Virginia Huichalaf Pradines y otros con Juan Heriberto Ortiz Ortiz, 4.5.2012.

²² El artículo 8 de la CADH, señala: “Garantías Judiciales. 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter...”.

²³ Corte IDH, Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25) y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Corte IDH, OC-9/87, Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 CADH), 6.10.1987. párr. 28.

²⁴ Corte IDH, Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. 19.9.2006. párr. 116; Corte IDH, Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú. 31.1.2001, párr. 69.

cualquier acto contrario a sus derechos fundamentales²⁵, lo que supone que dicho recurso se apegue a las reglas del debido proceso del artículo 8 de la CADH²⁶.

En consecuencia, la Corte IDH considera que el estándar de “efectividad” implica que un recurso logre remediar la situación de vulneración sometida a conocimiento de la autoridad (en especial la judicial) y que así permita que se alcance el resultado esperado de ese recurso²⁷. Por ello, solo son “efectivos” los recursos que logran adecuarse a las condiciones generales del país y, en especial respecto de nuestro objeto de estudio, a las circunstancias particulares del caso (de lo contrario resultarían “ilusorios”)²⁸. Así, el núcleo del acceso a la justicia posee un alcance según el cual no basta la mera comparecencia o acceso al órgano o tribunal, sino que se requiere “ser oído”, en términos de lograr presentar la defensa o el caso con todos sus elementos, en el contexto cultural mismo del caso. Ello implica acceder a todos los medios atingentes a la naturaleza de dicho caso, de tal forma que el órgano respectivo logre una convicción efectiva de todos los alcances del conflicto sometido a su conocimiento²⁹.

En relación a la protección de los modos de vida de los pueblos indígenas, la Corte IDH, en el Caso de la Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay (2005) expresó que, para garantizar efectivamente los derechos a las comunidades 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”³⁰. Asimismo, especificó que la Corte tomará en cuenta:

“... la significación especial de la propiedad comunal de las tierras ancestrales para los pueblos indígenas, inclusive para preservar su identidad cultural y trasmitirla a las generaciones futuras”³¹;

²⁵ Corte IDH, El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 CADH). OC-8/87, 30.1987, párr. 32.

²⁶ Corte IDH, Caso Barbiani Duarte y otros vs. Uruguay. 13.10.2011. párr. 203.

²⁷ Corte IDH, Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, 25.11.2000, párr. 191.

²⁸ Corte IDH, Caso "Cinco Pensionistas" vs. Perú, 28.2.2003, párr. 126.

²⁹ El derecho a ser oído también involucra los derechos de acceso (información, participación y acceso a la justicia de comunidades afectadas, incluyendo uso de la lengua propia en el caso de comunidades indígenas). Pero dada su focalización ambiental, los revisamos en el apartado siguiente referido al derecho humano al medio ambiente.

³⁰ CIDH, Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay (2005), Cons. 51.

³¹ CIDH, Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay (2006) Cons. 124, supra párr. 51.

“Luego, al vulnerarse los derechos ancestrales de los pueblos indígenas (sus miembros) 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”³².

En el Caso de la Comunidad Indígena Sawhoymaxaxa vs. Paraguay (2006) , la Corte IDH observó que:

“... la significación especial que la tierra tiene para los pueblos indígenas en general... implica que toda denegación al goce o ejercicio de los derechos territoriales acarrea... el peligro de perder o sufrir daños irreparables en su vida e identidad y en el patrimonio cultural...”³³.

Ya en Sarayaku Vs. Ecuador (2012)³⁴ reconoce expresamente el derecho a la identidad cultural, cuando señala que:

“... el derecho a la identidad cultural es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática” [y que 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”³⁵.

Para la Corte IDH, el derecho a la identidad cultural es fundamento común y marco de interpretación de los demás derechos de los pueblos indígenas asegurados por la CADH. El ya indicado filtro hermenéutico intercultural.

Por último, en el caso “Sucuro vs. Brasil” (2018)³⁶ la Corte destacó la obligación de actuación positiva (diligente) por parte del Estado en favor de los miembros de la Comunidad Sukuro, señalando que debe garantizarles, **mediante medidas efectivas**, el derecho “a continuar viviendo su modo de vida tradicional, conforme a su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas”³⁷.

2.2- El derecho humano al medio ambiente sano y los pueblos indígenas, fuentes y alcances normativos

³² CIDH, Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay (2006) Cons. 147.

CIDH, Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay (2006) Cons. 222.

³⁴ CIDH, Pueblo Indígena Sarayaku vs. Ecuador (2012).

³⁵ CIDH, Pueblo Indígena Sarayaku vs. Ecuador (2012).

³⁶ CIDH, Caso Pueblo indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil (2018). Al citar el nombre del caso conocido por la Corte IDH, se refiere al Pueblo Xucuro, con “c”. Sin embargo, en los demás casos referimos al Pueblo Xukuro, con “k”, conforme se autoidentifican sus integrantes y hemos contado personalmente. (Asamblea Anual del Pueblo Xukuru de Ororubá, Pesqueira, Pernanbuco, Brasil, 19 de mayo de 2023).

³⁷ CIDH, Caso Pueblo indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil (2018), Cons. 188.

El derecho a un medio ambiente sano ha sido afirmado por diversos instrumentos de Derecho Internacional. Podemos mencionar: la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano (1972), la Carta de la Naturaleza (1982), la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo (1992), el Convenio sobre la Diversidad Biológica (1992), la Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo (2002); el Plan para la Implementación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo (2002) y la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible: Transformar Nuestro Mundo (2015). También son relevantes tres documentos internacionales patrocinados por la Organización de las Naciones Unidas que buscan enfrentar los desafíos derivados del cambio climático: la Convención Marco sobre el Cambio Climático (1992), el Protocolo de Kioto (1997) y el Acuerdo de París (2015).

En el ámbito universal, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU de octubre de 2021 reconoció el derecho a un medio ambiente limpio, sano y sostenible como un derecho humano. Luego fue confirmado mediante la resolución de la Asamblea General de la ONU, adoptada por unanimidad, el 26 de julio de 2022.

Regionalmente, los instrumentos relevantes sobre esta cuestión son: la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA), que establece la obligación de los Estados de lograr el desarrollo integral de sus pueblos (arts. 30, 31, 33 y 34); la CADH, en relación al deber del Estado de implementar progresivamente los derechos sociales, económicos y culturales (art. 26); y el Protocolo de San Salvador (1988), que afirma el derecho de toda persona a vivir en un ambiente sano (art. 11).

En cuanto al reconocimiento de un valor intrínseco al medio ambiente, la Carta de la Naturaleza (1982) afirma que: “Cada forma de vida es única y merece ser respetada, cualquiera que sea su utilidad para el hombre”; y, el preámbulo del Convenio sobre la Diversidad Biológica (1992) se refiere al “valor intrínseco de la diversidad biológica y los efectos ecológicos, genéticos, sociales, económicos, científicos, educativos, culturales, recreativos y estéticos de la diversidad biológica y sus componentes”, así como, reconoce que su conservación es “una preocupación común de la humanidad”. Finalmente, en el derecho comparado, la Constitución del Ecuador de

2008, de manera pionera, reconoció expresamente la naturaleza como sujeto de derechos (art. 71).

En relación a la jurisprudencia de la Corte IDH, se destacan la Opinión Consultiva OC-23/1738, la decisión del caso Lhaka Honhat vs. Argentina (2020)³⁹ y la reciente sentencia del caso Baraona Bray vs. Chile (2022).

En la Opinión Consultiva OC-23/17, la Corte señaló que el derecho al medio ambiente sano es un derecho que tanto se desprende de otros derechos humanos (derecho a la vida y a la integridad personal), como constituye un derecho autónomo, fundado en el art. 11 del Protocolo de San Salvador (en cuyo caso su contenido es distinto del que emana de la protección de otros derechos)⁴⁰. Como derecho autónomo, estableció que 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”⁴¹. Observó que tal 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”⁴². De esta manera, la Corte amparó la protección de la Naturaleza y sus componentes como “bienes en sí mismos”, por su valor intrínseco, y no porque sean instrumentales a la protección de los intereses humanos. En estos términos, implícitamente, abordó la idea de la Naturaleza como “sujeto de derechos” (Peña, 2018; Faundes, et al, 2020). Finalmente, explicó que el daño ambiental puede dar lugar a la violación de otros derechos humanos⁴³.

Luego, en concordancia, en el Caso Lhaka Honhat vs. Argentina (2020), por primera vez dictó sentencia reconociendo este derecho, dictaminando su vulneración en la especie. Para

³⁸ Corte IDH, OC-23/17.

³⁹ Corte IDH, Caso comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina, 6.2.2020.

⁴⁰ Corte IDH, OC-23/17, p. 62-63.

⁴¹ Corte IDH, OC-23/17, p. 62.

⁴² Corte IDH, OC-23/17, p. 62.

⁴³ Corte IDH, OC-23/17, Opinión Consultiva OC-23/17, “Solicitada por la República de Colombia sobre medio ambiente y derechos humanos”, 15.11.2017, p. 64.

justificar el derecho a un medioambiente sano, la Corte IDH se remitió a la OC-23/17 Sobre medio ambiente y derechos humanos, recién reseñada. Asimismo, dijo que:

“En materia ambiental, la obligación de garantía incluye un deber especial de prevención, que implica tomar todas las medidas al alcance para evitar que las actividades que se lleven a cabo bajo su jurisdicción causen “daños significativos” al medioambiente. Esta obligación debe cumplirse bajo un estándar de debida diligencia, y debe incluir medidas tales como: (i) regular, supervisar y fiscalizar actividades capaces de producir daño ambiental significativo; (ii) requerir y aprobar estudios de impacto ambiental; (iii) establecer planes de contingencia, y de mitigación, en casos de ocurrencia de daño ambiental. La adopción de tales medidas debe estar gobernada por el principio precautorio y respetar los denominados derechos de procedimiento, tales como, el acceso a la información, a la participación pública y a la justicia” 44

La Corte enfatizó en la decisión que ciertos grupos, como las comunidades indígenas, son especialmente vulnerables al daño ambiental. Por ello, los Estados tienen la obligación internacional de otorgarles protección, fundada en el principio de la igualdad y prohibición de la discriminación⁴⁵. En particular, señaló que el artículo 26 de la CADH, en relación a los artículos 1.1 y 2 de la misma Convención, impone la obligación de garantía, en tanto deber general de los Estados de respetar y garantizar el derecho humano al medio ambiente sano (adoptar medidas efectivas, jurídicas, políticas o administrativas). Particularmente, considera el deber de establecer procedimientos “eficaces” –judiciales y/o administrativos– para investigar y sancionar eventuales violaciones al derecho, sea por el Estado o particulares (Faundes, et al, 2020, p. 642-643).

2.3. Acuerdo de Escazú: derechos de acceso y pueblos indígenas

El 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, también

⁴⁴ Corte IDH, Caso comunidades indígenas miembros de la asociación *Lhaka Honhat* (nuestra tierra) vs. Argentina, 6.2.2020, párrs. 208, 209.

⁴⁵ Corte IDH, Caso comunidades indígenas miembros de la asociación *Lhaka Honhat* (nuestra tierra) vs. Argentina, 6.2.2020, párr. 209.

Corte IDH, Caso comunidades indígenas miembros de la asociación *Lhaka Honhat* (nuestra tierra) vs. Argentina, 6.2.2020, párr. 209.

denominado Acuerdo de Escazú⁴⁶, es el primer tratado internacional en el ámbito americano en materia ambiental que considera normas de tutela ambiental, de alto estándar, basadas en el aseguramiento de “derechos de acceso” a la justicia ambiental.

Entre otros aspectos, contempla que los derechos de acceso que se aseguren nacionalmente deben considerar las necesidades propias de los diferentes grupos, tales como los pueblos indígenas y comunidades tribales (Barroso y Mello, 2023; Faundes, 2023b).

Conforme su artículo 1, 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”. Asimismo, asegura el derecho de toda persona “a vivir en un medio ambiente sano” (artículo 4), para lo cual implementa un conjunto de derechos de acceso y participación.

Este tratado internacional establece una “institucionalidad multinivel” que comprende: un nivel doméstico, de los Estados parte; un nivel internacional, del mismo tratado⁴⁷; y un potencial nivel regional de articulación con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Barroso y Mello, 2023). En el plano internacional, el Tratado de Escazú crea el Comité de Apoyo a la Aplicación y el Cumplimiento, de carácter consultivo⁴⁸. Este Comité es responsable de promover y monitorear su implementación y de formular recomendaciones a los Estados parte. En especial, establece en su artículo 18 que el Comité desarrollará esta función conforme “a las reglas de procedimiento establecidas por la Conferencia de las Partes, asegurando una participación significativa del público y considerando las capacidades y circunstancias nacionales de las Partes”. Esta norma ha generado muchas expectativas sobre la eventual creación de un mecanismo de acceso directo para la sociedad civil ante el Comité. En especial, se estima que podría abrir el camino a ONGs u otros grupos “defensores de la naturaleza”, como los pueblos indígenas y tradicionales, a presentar peticiones (Barroso y Mello, 2023).

⁴⁶ Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Públicas y el Acceso a Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, adoptado en Escazú, Costa Rica, el 4 de marzo de 2018. Entró en vigencia el 22 de abril de 2021.

⁴⁷ OEA, *Acuerdo de Escazú*, adoptado el 4 de marzo de 2018, artículos 2.e, 8, 15 y 18.

⁴⁸ Acordado en la Primera Reunión de la Conferencia de las Partes del Acuerdo de Escazú. CEPAL, COP1, Decisiones aprobadas, Santiago, 20 a 22 de abril de 2022.

Por último, en el caso Baraona Bray Vs. Chile (2022), la Corte IDH invocó por primera vez el Acuerdo de Escazú, recién ratificado por este país⁴⁹. En la decisión expresó que el Acuerdo 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 (artículo 1)”⁵⁰, reafirmando la existencia del derecho humano al medio ambiente sano, ahora enlazado con los derechos de acceso.

3. Problemas y desafíos de la normativa ambiental chilena en relación con los pueblos indígenas

La NIA, conforme el artículo 4 de la Ley 19300, debe asegurar los derechos de los pueblos indígenas contemplados en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. Luego, la NIA en los procesos de evaluación ambiental debe responder a los estándares internacionales de derechos humanos que aseguren el acceso a la justicia de las comunidades indígenas para el resguardo efectivo de sus formas de vida tradicional, normativamente, sostenidas en los derechos humanos a la identidad cultural y al medio ambiente (Guerra, 2017; Hervé y Bascur, 2019).

Ahora bien, respecto a los antes indicados ECC del artículo 11 de la Ley 19300, como presupuesto de la consulta indígena en el ámbito de la evaluación ambiental, se sostiene que la normativa aplicable y la doctrina jurisprudencial que ha interpretado el requisito de susceptibilidad de afectación directa, no cumple con el estándar que exige el Convenio 169 de la OIT, según revisamos en el apartado siguiente.

Sentido y alcance la *susceptibilidad de afectación* como presupuesto de la consulta indígena:

El Concepto de susceptibilidad de afectación directa se ha planteado como requisito de procedencia de la consulta, fundado en los artículos 6 y 7 del Convenio 169 que disponen:

⁴⁹ Chile es Estado parte del Acuerdo de Escazú desde el 13 de junio de 2022.

⁵⁰ Corte IDH, Caso Baraona Bray vs. Chile. 24.11.2022, párr. 99.

“Los Estados deberán consultar a los pueblos Indígenas... cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente” (art. 6.1.a).

“Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera...” (7.1).

Así, si bien el Convenio 169 de la OIT reconoce el derecho a consulta a los pueblos indígenas si se disponen medidas legislativas o administrativas “susceptibles de afectarles directamente” (artículo 6.1.a)), no define expresamente que ha de entenderse por tal susceptibilidad de afectación. Con todo, su finalidad expresa el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados ante la sola **la posibilidad de que sean afectados por una medida administrativa o legislativa, sin que necesariamente ocurra tal afectación**. Se trata de una afectación probable, como alerta o detonante regulatorio de la consulta indígena (Durán, 2021; González, 2022, p. 13; Guerra y Sánchez, 2021; Mahn, 2021). Este requisito, previo, **precautorio**, se funda, particularmente, en los siguientes componentes (González, 2022, p. 5, López y Mohr, p. 111):

- La valoración social y democrática de la diversidad cultural y de la protección de la identidad cultural de los pueblos indígenas;
- Las dificultades de acceso de los pueblos indígenas para acreditar en sede administrativa o judicial que una determinada medida y cómo ella les afecta;
- Que no siempre los pueblos indígenas conocerán con certeza todos los alcances y efectos de una medida que pueda afectarles (especialmente en los aspectos tecnológicos), de modo que resulta necesario realizar la consulta previa, proporcionando los medios para la acabada comprensión de los efectos de la medida (proyecto).
- Que existen efectos “intangibles culturales” no perceptibles o comprensibles para terceros no integrantes de los pueblos indígenas, que requieren de la consulta indígena, previa, para ser dados a conocer y puestos en diálogo (Anaya, 2009, p. 23; Faundes, 2023a, p. 188, 2020b).

En relación a los dos últimos componentes, la susceptibilidad de afectación como requisito de procedencia obligatoria de la consulta indígena, conforme el Convenio N°169, es especialmente relevante en aquellos casos en que una decisión del Estado “pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad” (Anaya, 2009, p.

23, López y Mohr, 2014, p. 111)⁵¹. Al respecto, la Conferencia General de la UNESCO (1989) entiende por patrimonio inmaterial:

“... aquel que se transmite de generación en generación, que es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad y contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana” (UNESCO, 2012, p. 13).

Asimismo, la UNESCO definió los elementos intangibles como “el conjunto de creaciones que emanan de una comunidad cultural fundadas en la tradición”, particularmente aquellos que no son perceptibles por quienes no son miembros del grupo o colectivo que se autoidentifica culturalmente. O bien, su relevancia no es ponderada con el alcance que tiene para estos pueblos y comunidades. Luego, existe un desafío para los organismos de evaluación ambiental de identificar dichos intangibles culturales, en especial, su afectación o potencial afectación, frente a proyectos de inversión, en el marco de los ECC del artículo 11 de la Ley 19.300 y los artículos 7, 8 y 9 del Decreto 40, recién transcritos. Se trata de establecer una proximidad de carácter “causal” y no solo “geográfica” (físicamente ostensible, que puede llegar a impactar de una forma específica a los pueblos indígenas, de un modo diverso a como ocurre respecto de terceros no integrantes de los pueblos o comunidades indígenas respectivos (González, p. 7; Puschel, 2021, p. 19).

Asimismo, atendido el potencial grado de afectación que no logra ser ponderado por los agentes externos, en especial los entes reguladores estatales, aquella decisión administrativa que pueda afectar los derechos o intereses de los pueblos indígenas sobre sus territorios, debe ser alcanzada con plena e informada participación (López y Mohr, 2014, p.110). Entonces, la susceptibilidad de afectación condiciona un estándar menos exigente que permita, a quienes realizan valoraciones desde un contexto cultural diverso, exponer aquellos componentes o intangibles culturales con frecuencia velados para los actores externos, propios de las formas de vida tradicional, susceptibles de ser afectados por el proyecto en evaluación ambiental.

⁵¹ En el mismo sentido, CS Rol 139751-2020, 15.3.2022.

Esta función de la consulta indígena de visibilización en perspectiva intercultural de los impactos, delimita el sentido de la susceptibilidad de afectación, como **presupuesto que activa la consulta ante la sola posibilidad de que se genere un efecto adverso en los derechos o intereses de los pueblos indígenas y que no requiere certeza de dicha afectación** (González, 2022, p. 15; Meza-Lopehandía, et al, 2014).

Para operar este estándar, caso a caso, los estados, antes de implementar las medidas legislativas o administrativas que se propongan, deben iniciar procesos de consulta, en especial respecto de aquellas relativas a extracción de recursos naturales, cuando afectan los intereses de los pueblos indígenas (Anaya, 2009a, p.23).

En consecuencia, la susceptibilidad de afectación, bajo una interpretación conforme el Convenio N°169 de la OIT, contiene un estándar precautorio de procedencia de la consulta indígena, favorable a los pueblos indígenas, sus comunidades e integrantes, que no admite la exigencia imperativa de acreditaciones ciertas con antelación, más allá que ello pueda evidenciarse en el mismo proceso de consulta detonado con la sola potencial afectación (Durán, 2021; González, 2022, p, 16; Guerra y Sánchez, 2021, López y Mohr, 2014, p. 113).

Conjuntamente, debe considerarse el principio de flexibilidad del artículo 34 del Convenio 169 que obliga a que la comprensión de la susceptibilidad de afectación se fije en favor de los pueblos indígenas (Faundes, 2013, 2023a, Fuenzalida, 2015, p. 165), considerando las características propias de cada pueblo , en el marco de la diversidad de culturas, modos de organización, normas propias, religiosidades, etc., (Fuenzalida, 2015, p. 165; González, 2022, p.7, Millamán, 2019, p. 11).

Luego la consulta indígena, activada regulatoriamente ante la susceptibilidad de afectación directa por determinada medida, resulta central para la participación de los pueblos indígenas en la toma de decisiones estatales que los podrían afectar en sus formas de vida, sus “intangibles culturales”. Entonces, en el marco de estos procesos de consulta, los pueblos indígenas son los primeros actores informantes (Guerra y Sánchez, 2021), quienes tendrán la oportunidad de poner a disposición los antecedentes que visualicen los riesgos en curso sobre su cultura y modos de vida.

Sin embargo, en el marco nacional, el Decreto Supremo 40 formula una regulación que ha favorecido la restricción de los criterios de procedencia, toda vez que los proyectos de inversión con potencial impacto ambiental que darían lugar a la consulta, son solo aquellos sometidos a evaluación vía EIA. Por tanto, sólo habría afectación si se verifican los efectos, características o circunstancias que señalan las letras c), d) e) y f) del artículo 11 de la Ley N° 19.300. Se requiere, por tanto, de no solo de alteraciones o efectos adversos, sino que además, estos sean, “en la mayoría de los casos, **significativos**” (Carmona, 2020a, p. 205. La negrita es nuestra).

En consecuencia, conforme estas reglas y el razonamiento seguido por los órganos administrativos y judiciales, en un caso en particular, se exige la acreditación de que se genera o presenta, desde ya y efectivamente, un **reasentamiento de comunidades humanas, una alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos o una alteración del patrimonio cultural**, en los términos del artículo 11 de la Ley 19.300 (letras c, d, e y f y artículos 7, 8 y 9 del Decreto Supremo N°40). Con ello, se eleva el grado de certeza exigido para activar una consulta indígena (Guerra y Sánchez, 2021), en relación a la sola potencialidad contemplada en el Convenio 169.

En el sentido indicado, el criterio delimitador de la susceptibilidad de afectación directa pasa a ser la ocurrencia de los **impactos significativos** (ECC) de la Ley 19.300 (letras c, d, e y f), especificados en los artículos 7, 8 y 9 del Decreto Supremo N°40, ya revisados. La regulación interna chilena termina estableciendo tres presupuestos copulativos para la susceptibilidad de afectación como requisito de procedencia de la consulta: impacto directo, significativo y específico (Meza-Lopehandía, 2019, p. 8). Estos parámetros restringen los presupuestos de procedencia de la consulta y homologan la susceptibilidad de afectación directa, requerida por el art. 6 N°1 (a) del Convenio 169, a los impactos significativos que obligan a presentar un EIA (Carmona, 2020a, p. 204). La tesis descrita, que ha sido predominante en el SEIA “descarta sin más la susceptibilidad como elemento rector, para referir simplemente la existencia o no de efectos significativos en relación con los pueblos indígenas” (Silva y Parot, 2016, p.105).

Vemos que, conforme los estándares internacionales, a la luz de las fuentes estudiadas, el requisito de *susceptibilidad de afectación directa* “opera en razón de la mera posibilidad de impacto, el que finalmente será determinado participativamente con los pueblos indígenas;

mientras, siguiendo el modelo del SEIA, la evaluación ambiental, en general, “funciona en base a riesgos conocidos o comprobados” (Carmona, 2020a, p. 223).

Se produce, entonces, una divergencia de criterios de determinación de la procedencia de la consulta indígena entre la susceptibilidad de afectación directa que establece el Convenio 169 de la OIT y el de **impactos significativos** de la regulación del SEIA del ordenamiento jurídico interno.

Regulación ambiental formal, amparo de los “intangibles culturales” y los fines de la evaluación ambiental:

Paralelamente, existe un conjunto de problemas de carácter regulatorio formal que, como dice Cristobal Carmona, han significado un desplazamiento de la consulta, de su rol cautelar material o sustantivo, a una focalización en debates formales procedimentales (Carmona, 2020a; 2020b).

Entre otros aspectos, se ha discutido la prevalencia de la competencia técnica de los tribunales ambientales sobre el recurso de protección constitucional. La jurisprudencia mayoritaria ha considerado que en materia de consulta indígena y evaluación ambiental, la competencia de control jurisdiccional y técnica es exclusiva de los tribunales ambientales. No obstante, la Corte Suprema y las cortes de apelaciones no han dejado de conocer casos de contenido ambiental por la vía del recurso de protección⁵².

Asimismo, existe jurisprudencia contradictoria sobre unas mismas cuestiones jurídicas. Es el caso de la causal que sería concurrente para el recurso de reclamación por incumplimiento del deber de consulta, conforme el numeral N°8 o el N°6 del artículo 17 la Ley 20600. Al efecto, se han establecido, en decisiones diversas, tres plazos distintos para supuestos similares aplicables al cómputo del plazo de dicha acción de invalidación ambiental, dado: (i) distintos hitos (acto administrativo reclamable) para el inicio del cómputo; (ii) plazo de 2 años si la acción es considerada invalidación “propia”; (iii) plazo de 30 días si es considerada invalidación “impropia”

⁵² CS 352-2012; CS 3676-2013; CS 11.299-2014. Para estos debates v.: Carmona (2020), Faundes (2020b), Hervé y Bascur (2019).

(Hervé, Bascur, 2019, Tapia, 2015)⁵³. No existe claridad de cuál es el acto consultado en relación a permisos sectoriales, como los eléctricos (Faundes, 2020b; Fuenzalida, 2017; Hervé y Bascur, 2019; Meneses, 2015)⁵⁴; ni de cuál es el acto administrativo específico reclamable respecto de la consulta indígena en el marco de la NIA⁵⁵. Asimismo, no se encuentran regulados los efectos del retiro de una comunidad indígena de un proceso de consulta (Leppe, 2015).

En relación a los fines y principios rectores del SEIA, cuando la evaluación ambiental busca hacerse cargo de los efectos sobre la naturaleza y las comunidades locales, a través de medidas de mitigación, compensación y reparación, acciona desde un marco de protección ambiental que no ha sido ideado e implementado en relación a la afectación de los intangibles culturales tradicionales. En este sentido, respecto de los derechos indígenas, los alcances fácticos son mucho más complejos e involucran mandatos cautelares y preventivos en materia de derechos humanos, para los que no fue diseñada la NIA, pero de cuyo cumplimiento no está exento el Estado en su conjunto (Silva y Parot, 2016).

En particular, en la aplicación de los principios preventivo y precautorio no ha operado suficientemente la hermenéutica ambiental bajo un enfoque intercultural centrado, tanto en la protección de la naturaleza, como en el amparo de los derechos de pueblos y comunidades indígenas⁵⁶. Estos principios obligan, en un caso en concreto, a optar por la medida de menor impacto en el medio ambiente (en sentido natural y social), incluyente de comunidades locales; y, al mismo tiempo, frente a un riesgo grave e irreversible de daño ambiental, los estados debieran adoptar las medidas preventivas para impedir tal afectación, incluso a falta de certeza total de su ocurrencia (Moraga, 2017; Olivares, 2018). Entonces, a falta de claridad regulatoria, la interpretación de recursos y plazos, debieran asegurar la revisión de las decisiones administrativas y no negarla.

⁵³ La “invalidación impropia” es una interpretación jurisprudencial del art. 17 N°8 Ley 20.600, en relación art. 53 de la Ley 19.880, que reduce el plazo legal de 2 años, para el caso de la reclamación por falta de consulta, a 30 días. Ej., CS 23.000-2014; CS 11.512-2015; 3TA R-31-2016.

⁵⁴ Tercer Tribunal Ambiental (3TA), R-78-2018.

⁵⁵ CA Santiago, 23.143-2018, 10.8.2018; CS 23.024-2018 y 22.034-2018.

⁵⁶ Sobre los derechos de los pueblos indígenas, la armonización de la hermenéutica intercultural y la protección de la naturaleza, v.: Mello y Faundes (2020b), Mello, et al (2023).

Las incertezas jurídicas descritas, entre otras, por una parte, han derivado indefensión para los recurrentes indígenas, dado el rechazo reiterado de reclamaciones judiciales, solo sobre la base de cuestiones formales, en desmedro de una cautela de los derechos fundamentales de pueblos y comunidades indígenas (Carmona, 2020,a, 2020b). Por otra, generan inseguridad jurídica para los inversores, sometidos a continuas y extensas judicializaciones de los procesos de evaluación ambiental.

Luego, desde las perspectivas desarrolladas, la NIA, por razones legales, reglamentarias y, especialmente, hermenéuticas jurisprudenciales, no ha logrado asegurar, de forma general, los derechos indígenas contemplados en el Convenio 169 de la OIT.

Giro jurisprudencial reciente:

Con todo, existe jurisprudencia reciente que, de forma emergente, tanto se ha distanciado del criterio restrictivo de la susceptibilidad de afectación antes descrito; como ha ponderado la cautela sustantiva frente a la afectación o la potencial afectación, por sobre causales procesales de admisibilidad⁵⁷. En especial, se ha explicitado la centralidad hermenéutica del principio preventivo y precautorio en relación con los pueblos indígenas.

La Corte Suprema en sentencias de 2021 y 2022 ha procurado armonizar la susceptibilidad de afectación directa del Convenio 169 con la regulación interna ambiental (González, 2022, p. 20-24)⁵⁸. Solo ejemplarmente, en la sentencia de la Corte Suprema del caso de la Consejera del pueblo Kawésqar contra el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental de Magallanes y la Antártica Chilena (2021)⁵⁹, en una interpretación conforme del Convenio 169 de la OIT, la decisión no consideró como requisito la generación de impactos significativos y directos en comunidades indígenas y sus integrantes. Solo estableció como presupuesto de procedencia un

⁵⁷ La Corte Suprema confirmó la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental (2TA) que descartó la tesis de la “invalidación impropia” priorizando la protección sustantiva reclamada. CS. 8.573-2019 (“Cerro Colorado”), casación y reemplazo, confirma reclamaciones de las causas 2TA R 141/142-2017.

⁵⁸ CS Rol 36.919-201922, 22.2.2021; CS Rol 138.439-2020, 29.3.2021; CS Rol 85.957-2021, 14.2.2022; CS Rol 78.935-2021, 14.10.2022.

Excede los alcances de este trabajo el análisis detallado de la jurisprudencia en la materia. V.: Hervé y Bascur (2019) y González (2022).

⁵⁹ CS, Rol 36.919-2019, 22.2.2021, acoge casación contra sentencia del 3° TA.

criterio de “probabilidad”, de una afectación “potencial”. Consideró que los derechos reconocidos en el Convenio 169 constituyen garantías fundamentales incorporados a la Constitución Política de la República⁶⁰. Declaró, 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”⁶¹. En particular 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 pueda tener una medida en los derechos reconocidos de los pueblos indígenas⁶². 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”⁶³. De esta manera, **invirtió el peso de la prueba para poder justificar la omisión de una consulta indígena**, ergo, la sola susceptibilidad de afectación resultó presupuesto a priori de procedencia de la misma.

También ha destacado la Corte Suprema “la preminencia del principio precautorio” en la evaluación ambiental, “cuya significación y relevancia excede el marco puramente formal”; en especial, que este principio:

“... se 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...”⁶⁴.

Así, bajo estos nuevos presupuestos, para la Corte Suprema, la evaluación ambiental, en especial respecto de la ponderación de los intangibles culturales indígenas, se encuentra gobernada por el principio precautorio ambiental. En consecuencia, este principio se impone como premisa de apreciación epistémica e imperativo interpretativo, en favor del resguardo de la

⁶⁰ CS, Rol N°36.919-2019, 22.2.2021, C. 1.

⁶¹ CS, Rol N°36.919-2019, 22.2.2021, C. 7.

⁶² CS, Rol N°36.919-2019, 22.2.2021, C. 15.

⁶³ CS, Rol N°36.919-2019, 22.2.2021, C. 14.

⁶⁴ CS Rol 3971-2017, 28.6.2018, C. Trigésimo cuarto.

naturaleza, en armonía con los derechos de los pueblos indígenas, sus comunidades e integrantes, cuando demandan la protección de sus modos de vida tradicionales.

Conclusiones

La Constitución chilena vigente, por una parte, considera la protección del medio ambiente en base a la escueta disposición del artículo 19 N°8 que ha exigido un extenso desarrollo jurisprudencial. Por otra, no reconoce en su texto a los pueblos indígenas, ni incluye sus derechos de forma expresa, los cuales se han amparado también por la vía hermenéutica judicial. Además, la misma jurisprudencia ha reconducido la protección de los pueblos indígenas y sus intangibles culturales a la garantía de protección de un medio ambiente libre de contaminación (19 N°8). Todo ello genera un grado importante de indeterminación normativa.

De conformidad con los derechos humanos a la identidad cultural, al medio ambiente sano y a las garantías judiciales de acceso, el examen de los conflictos de incidencia ambiental y cultural, en relación a pueblos indígenas, sus comunidades e integrantes, debe ser encuadrado por los órganos de la administración de competencia ambiental y por los entes jurisdiccionales que controlan dicho examen, dentro del contexto cultural en que ocurre la acción sometida a evaluación ambiental.

Conjuntamente, las garantías procesales, generales y especiales en materia ambiental, constituyen la base para sostener la necesidad de que todo mecanismo de evaluación ambiental contenga los medios para ponderar los elementos propios de las formas de vida de los pueblos indígenas (intangibles culturales) que pueden ser afectados por proyectos de inversión u otras acciones del Estado o de particulares.

No obstante, en general, la labor de los organismos administrativos de evaluación ambiental y judiciales de control de dicha evaluación, se centra en determinar si se descartan o no, en los proyectos de inversión sometidos a evaluación, alguno de los efectos, características o circunstancias contemplados en el artículo 11 letras c), d), e) y f) de la Ley 19.300 (ECC), detallados en los artículos 7, 8 y 9 del Reglamento del SEIA. A la luz de estos dispositivos, la noción de susceptibilidad de afectación directa, desarrollada jurisprudencialmente, establecida como

requisito de procedencia de la consulta indígena, ha seguido preponderantemente una tesis formalista restrictiva.

En particular, la regulación administrativa sobre la procedencia de la consulta indígena ha construido una interpretación sobre el criterio de procedencia de este derecho que exige certeza y magnitud previa en la afectación. De esta forma, en términos generales, ha desplazado el rol tutelar de la consulta indígena respecto de los derechos sustantivos de los pueblos indígenas, hacia un complejo sistema administrativo y judicial, en exceso formal, en desmedro de la protección sustantiva de los derechos indígenas.

En síntesis, se constata en Chile una regulación ambiental que, conforme la interpretación en general seguida por los órganos estatales, de forma general, ha fijado un estándar de procedencia para la implementación de un proceso de consulta indígena, restrictivo respecto del estándar (de afectación solo probable) que exige el Convenio 169 de la OIT. Ello imposibilita una adecuada protección de derechos sustantivos de los pueblos interesados, en especial del derecho humano a la identidad cultural, y el aseguramiento de su integridad, que se aparta de la finalidad de este tratado.

Sin embargo, en algunos casos más bien recientes, se ha reorientado la jurisprudencia hacia un enfoque que aplica la consulta indígena conforme los estándares contemplados instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos vinculantes para Chile que, en especial, aseguran los derechos humanos a la identidad cultural y al medio ambiente sano.

Paralelamente, conforme el proceso constituyente en curso en Chile (2019-2023), es posible que se apruebe un nuevo texto constitucional que integre, bajo hermenéuticas convergentes, el derecho humano al medio ambiente, el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas y su derecho humano a la identidad cultural. Esa ruta implicaría alternativas y consecuencias regulatorias ambientales muy relevantes que, en su caso, requerirán seguimiento crítico.

Referências bibliográficas

AGUAS, Javier, NAHUEL PAN, Héctor. “Los límites del reconocimiento indígena en Chile neoliberal. La implementación del Convenio 169 de la OIT desde la perspectiva de dirigentes mapuche williche”. CUHSO. v.29, n. 1, p. 108-130, 2018.

ANAYA, James. 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, 2009.

AYLWIN, José, MEZA-LOPEHANDÍA, Matías, YÁÑEZ, Nancy. Los pueblos indígenas y el derecho. Santiago: Lom Ediciones S.A., 2013

BARROSO, Luis, MELLO, Patricia Perrone. Los efectos transformadores del Acuerdo de Escazú. Manuscrito en edición, facilitado por los autores, 2023.

CARMONA, Cristobal. “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” in R. MIRANDA, Ricardo y CARMONA, Cristobal, Tesis de maestría sobre Pueblos Indígenas, Vol.III, Colección Tesis de Maestría U. Nacional de San Martín de Buenos Aires. Buenos Aires: U. Nacional de San Martín, CIEP, 2013, p. 15-139.

CARMONA, Cristobal. “The road less travelled: the duty to consult and the special rule of article 15.2 of ILO Convention 169 in the case of geothermal energy concessions in Chile”. Journal of Energy & Natural Resources Law, v.35, n.4, p. 485-50, 2017.

CARMONA, Cristobal. “Evaluación ambiental, consulta indígena y el desplazamiento de los derechos de los pueblos indígenas”. Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, v.88, n.248, p. 199-232, 2020a.

CARMONA, Cristobal. “¿La identidad cultural como límite de la Consulta Indígena en el SEIA? Notas para una subversión de la comprensión “procedimental” de la consulta” in FAUNDES, Juan Jorge, RAMÍREZ, Silvina (Eds.). Derecho fundamental a la identidad cultural. Abordajes plurales desde América Latina. Santiago: RIL Editores, 2020b, p. 343-359.

DURÁN, Álvaro. “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. Revista de Derecho Universidad de Concepción, v.89, n.250, 2021, p. 393-421.

FAUNDES, Juan Jorge. “La jurisprudencia, su impacto y debates en torno a la aplicación de Chile del Convenio N°169 de la OIT y el deber de Consulta”. Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, v.81, n.233, 2013.

FAUNDES, Juan Jorge. “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. 2015. Repositorio digital Universidad Autónoma de Chile. Disponible:

<http://repositorio.uaautonoma.cl/bitstream/handle/20.500.12728/9024/TENDENCIAS%20JURISPRUDENCIALES%20CONVENIO%20169%20TIERRAS%20TERRITORIO%20%282015%29.pdf?sequence=3&isAllowed=y>

FAUNDES, Juan Jorge. “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”. *Revista Brasileira Políticas Públicas*, v.9, n.2, 2019, p.513-535.

FAUNDES, Juan Jorge. “El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas, configuración conforme el derecho internacional y perspectivas de su recepción en Chile”. *Ius et Praxis*, v.26, n.1, 2020a, p. 77-100.

FAUNDES, Juan Jorge. “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” in BOZZO, Sebastián, REMESEIRO, Rebeca, ESIS, Isabel (Coordinadores), *Memorias III Congreso Internacional de Regulación y Consumo*. Santiago: RIL Editores, Universidad Autónoma de Chile, 2020b, p. 359-399.

FAUNDES, Juan Jorge. “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, 2023a.

FAUNDES, Juan Jorge. “Los sujetos del Derecho Internacional Público: la persona humana”. TIJMES, Jaime, LUCAS, Andrea, DELGADO, Andrés (Edts.), *Manual de Derecho Internacional Público*. Valencia: tirant lo Blanche, 2023b, p. 189-220.

FAUNDES, Juan Jorge, CARMONA, Cristobal, SILVA, Pedro Pablo. “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)”. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v.10, n.2, 2020, p. 643-674.

FUENZALIDA, Sergio. “Desarrollo de la jurisprudencia en Chile sobre la consulta indígena: los casos del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema”. *Revista quebequense de derecho internacional*, v.28, n.1, 2015.

FUENZALIDA, Sergio. “La función administrativa discrecional y la consulta indígena”. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, v.2, n.24, 2017.

GONZÁLEZ, Ricardo. *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, 2022.

GUERRA, Felipe. “Los Tribunales Ambientales en la implementación de los derechos indígenas durante la evaluación ambiental de proyectos de inversión en Chile”. *Justicia Ambiental*, v.8, n.9, 2017.

GUERRA, Felipe, SÁNCHEZ, Gonzalo. “La función epistémica del derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa en Chile”. *Revista lus et Praxis*, v.27, n.3, 2021.

HERVÉ, Dominique, BASCUR, Débora. “La Protección de los Derechos de las Comunidades Indígenas en el SEIA por Parte de los Tribunales Ambientales: ¿Avance y/o Retroceso?”. *Justicia Ambiental*, v. XI, n.11, p. 197-232, 2019.

LÓPEZ, Ricardo, MOHR, Tania. “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?”. *Revista de Derecho (Valdivia)*, v.27, n.1, 2014, p. 105-126.

MELLO, Patricia Perrone Campos. “Constitucionalismo, Transformação e Resiliência Democrática no Brasil: o lus Constitucionale Commune na América Latina tem uma contribuição a oferecer?”. *Revista Brasileira Políticas Públicas*, v.9, n.2, 2019, p. 254-286.

Mello, Patricia Perrone Campos, Faundes, Juan Jorge. “Constitucionalismo em rede: o direito à identidade cultural dos povos indígenas como filtro hermenêutico para tutela da tradicionalidade da ocupação da terra” in ROSSITO, Flávia Donini, DA SILVA, Liana Amin Lima, TÁRREGA, M.C.B., BOTELHO, Tiago Resende (Coords). *Quilombolas e outros povos tradicionais Curitiba: Centro de Pesquisa e Extensão em Direito Socioambiental (CEPEDIS)*, 2020a, p. 317-339.

MELLO, Patricia Perrone Campos, FAUNDES, Juan Jorge. “Povos Indígenas e proteção da Natureza: a caminho de um “giro hermenêutico ecocêntrico””. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. v.10, n.3, 2020b, p. 222-251.

MELLO, Patricia Perrone Campos, FAUNDES Peñafiel, Juan Jorge, RUDOLF, Renata Helena Souza Batista de Azevedo. “Pueblos Indígenas, Naturaleza y Ecocentrismo: estándares internacionales y una mirada comparada desde Brasil”. *CUHSO*, v.33, n.1, 2023, aceptada.

MORAGA, Pilar. “Comentario de sentencia. Sentencia de la Corte Suprema, de 30 de enero de 2017”. *Actualidad Jurídica Ambiental*, v.18, n.4, 2017.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA CULTURA, LAS CIENCIAS Y LA EDUCACIÓN –UNESCO–. *Cultura y nuestros derechos culturales*, 2012. Disponible:

<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000228345>

MAHN, Nicolás. “Análisis crítico de la normativa y jurisprudencia nacional respecto a la consulta indígena en materia ambiental, en relación con el convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo”. *Revista De Derecho, Revista De Derecho– Facultad de Derecho UCSC*, v.39, 2021.

MEZA-LOPEHANDÍA, Matías. Consulta previa indígena y medidas legislativas: estándar internacional y práctica nacional, BCN, Congreso Nacional de Chile, 2019. Disponible: https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/27000/1/BCN2019___SNF_y_Consulta_Previa_Indigena.pdf

MEZA-LOPEHANDÍA, Matías., YÁÑEZ, Nancy, SILVA, Hernando. “El derecho a la consulta y su incorporación al sistema jurídico” in El derecho a la consulta de los pueblos indígenas: análisis del derecho nacional, internacional y comparado (Informe 19). IWGIA, 2014, p. 19-45. Disponible: https://www.iwgia.org/images/publications/0705_Informe19_ObservatorioCiudadanoCONSULTA.pdf.

MILLAMÁN, Sergio. Consulta indígena, pueblo mapuche, territorios y evaluación medioambiental. DOCUMENTO ICSO- N° 52, UDP, 2019. Disponible: https://labconstitucional.udp.cl/cms/wp-content/uploads/2020/04/ICSO_DT_52_Millaman.pdf

PEÑA, Mario. “La revolución de los derechos humanos ambientales y de los derechos de la naturaleza”. Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y recursos naturales, n.28, 2018.

PUSCHEL, Gabriela. 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. 2021

SILVA, Carolina, PAROT, Gonzalo. “Desempeño del SEIA para canalizar la consulta indígena del Convenio. Revista de Derecho Ambiental, n.6, 2016.

Evaluación ambiental y protección cultural de los pueblos indígenas en Chile, a la luz del Derecho Internacional de los derechos humanos

Resumen

En este trabajo se describe la normativa ambiental chilena referente a proyectos de inversión con impacto en pueblos y comunidades indígenas, así como se la examina a la luz de las normas en materia de protección internacional de derechos humanos. En especial, se postula que el derecho humano a la identidad cultural y el derecho humano al medio ambiente sano constituyen un marco de delimitación para los procesos de evaluación ambiental que determinan la obligación de los órganos ambientales, administrativos y judiciales, de considerar los elementos constitutivos de la identidad cultural de los pueblos indígenas y sus comunidades como bienes jurídicos protegidos. Metodológicamente, se recurre a revisión bibliográfica, a los métodos jurídicos dogmático y hermenéutico.

Palabras clave: Evaluación ambiental; Chile; pueblos indígenas; derecho a la identidad cultural; Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Avaliação ambiental e proteção cultural dos povos indígenas no Chile, à luz do Direito Internacional dos direitos humanos

Resumo

Este trabalho tem por objeto as normas ambientais chilenas relacionadas a projetos de investimento com impacto sobre povos e comunidades indígenas, bem como seu alcance à luz das normas em matéria de proteção internacional dos direitos humanos. Em especial, se defende que o direito humano à identidade cultural e o direito humano ao meio ambiente saudável constituem um marco normativo relevante para os processos de avaliação ambiental que determinam a obrigação dos órgãos ambientais, administrativos e judiciais, de considerar os elementos constitutivos da identidade cultural dos povos indígenas e suas comunidades como bens jurídicos protegidos. Do ponto de vista metodológico, o trabalho se baseia em revisão bibliográfica, bem como aos métodos jurídicos dogmático (estudo da norma) e hermenêutico (interpretação).

Palavras-chave: Avaliação ambiental; Chile; dos povos indígenas; direito humano à identidade cultural; Direito Internacional dos direitos humanos.

Environmental assessment and indigenous peoples' cultural protection in Chile, in light of International Human Rights Law

Abstract

This paper focuses on Chilean environmental normative framework on investment projects with an impact on indigenous peoples and communities and its adequate interpretation in light of the international norms on human rights protection. The authors argue that the human right to cultural identity and the human right to a healthy environment are relevant norms to be considered on environmental assessment processes, imposing that administrative and judicial bodies consider the constitutive elements of indigenous peoples' cultural identity as protect legal assets. Methodologically, the work is based on bibliographic review, as well as on dogmatic and hermeneutic legal methods.

Key words: Environmental assessment; Chile; indigenous peoples; cultural identity right; International Human Rights Law.