

COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA

AUSENCIA DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y DE CONSULTA INDÍGENA POR RECURSOS HIDROBIOLÓGICOS COMO CAUSAL DE RECHAZO DE PROYECTO DE GASODUCTO: SENTENCIA R-6-2020 DEL TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

LACK OF CITIZEN PARTICIPATION AND INDIGENOUS CONSULTATION ON HYDROBIOLOGICAL RESOURCES LEADS TO REJECTION OF GAS PIPELINE PROJECT: RULING No. R-6-6-2020 OF THE THIRD ENVIRONMENTAL COURT

SERGIO PEÑA-NEIRA*
PATRICIO ARAYA-MEZA**
IGNACIO CANALES-D'ARCANGELI***

RESUMEN

El presente comentario de sentencia analiza la omisión del proceso de consulta indígena cuando afecta recursos naturales renovables de carácter hidrobiológico

*Doctor en Derecho, Universidad Internacional de Andalucía, España. Postdoctorado, Brandon Research Fellow, Lauterpacht Center, King's College London y U. of Cambridge. Profesor asociado, Escuela de Derecho, Universidad Mayor, Santiago, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2637-257X>. Correo electrónico: sergio.pena@umayor.cl.

**Abogado, Licenciado en derecho de la Universidad Mayor, Santiago de Chile. Ayudante de investigación en el Centro de Investigación en Sociedad y Salud (CISS), Universidad Mayor, Santiago, Chile. Correo electrónico: patricio.arayam@mayor.cl.

***Egresado de Derecho de la Universidad Mayor, Santiago de Chile. Ayudante de investigación en el Centro de Investigación en Sociedad y Salud (CISS), Universidad Mayor, Santiago, Chile. Correo electrónico: ignacio.canalesd@mayor.cl

Trabajo recibido el 30 de diciembre de 2023 y aceptado para su publicación el 30 de diciembre de 2024.

que son fuente de alimentación para miembros de pueblos indígenas. Al acogerse el recurso se plantean afectados mediatamente los requisitos para la consulta indígena, afectación a sistemas de vida y costumbre y legitimación de la consulta indígena e inmediatamente el cumplimiento del trámite de consulta indígena.

Palabras clave: Legitimación Activa; Estudio de Impacto Ambiental; Consulta Indígena; Participación Ciudadana; Jurisprudencia de Tribunal Ambiental.

ABSTRACT

This commentary of jurisprudence analyzes the omission of consultation of indigenous people when adverse effects on natural renewable resources of hydrobiological nature are effective sources of food for members of these indigenous people. When the judicial appeal was accepted, it was funded directly in the violation of standards of the indigenous consultation, the way of life and the legitimation of the indigenous consultation and indirectly in the accomplishment of the indigenous consultation procedure.

Keywords: Active legal standing; Environmental Impact Assessment; Indigenous Consultation; Citizen participation; Jurisprudence of the Chilean Environmental Court.

*I. EL CONFLICTO JURÍDICO*¹

I.1.- Antecedentes de hecho

El problema jurídico que se plantea tiene a la participación ciudadana como elemento central. La misma es requerida por un tratado internacional y, a la vez, por normas jurídicas nacionales. El proyecto “Terminal Marítimo GNL Talcahuano” consiste en *“la construcción isla near-shore, que contará con una Balsa de Almacenamiento y Regasificación de Gas de Gas Natural Licuado (en adelante, “GNL”) permanentemente amarrada, la que tendrá una capacidad de almacenamiento de 100.000 m³ de GNL y una capacidad de regasificación de*

¹ Abreviaturas: COEVARB: Comisión de Evaluación Ambiental de la Región del Biobío.
SEA: Servicio de Evaluación Ambiental.
SEIA: Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.
EIA: Estudio de Impacto Ambiental.
Cons.: Considerandos.

8.5 millones de m³/día (...)”.² El recurso de reclamación contra la resolución que aprobó el proyecto dictada por la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región del Bío-Bío. El Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia, declaró nula la resolución de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región del Bio-Bio que aprobó el proyecto en 2017.³

Asimismo, esta sentencia se enmarca en una mayor consideración de los derechos humanos de las personas naturales sea individual o, como en la sentencia, como un conjunto, particularmente, comunidades indígenas. Esta mayor importancia de dichos derechos se ha generado por la aplicación nacional de tratados internacionales,⁴ sentencias internacionales de tribunales internacionales donde se ha protegido a comunidades indígenas⁵ y sentencias nacionales que han defendido derechos locales⁶ e indígenas.⁷

En este contexto, la sentencia que se analiza se refiere a una obligación internacional incumplida (consulta indígena) así como la consideración a aspectos ambientales que inciden directamente en la vida de la comunidad que acciona.

La metodología es propia del derecho internacional de los derechos humanos donde dichas obligaciones internacionales son aplicables aplicando la interpretación de las normas jurídicas por medio de metodología gramatical, lógica y sistemática. Esta metodología ha devenido en ser la que se ha aplicado por tribunales internacionales y nacionales en un tratado y en una constitución donde los derechos humanos se establecen para personas naturales (de manera preferente) y hoy a agrupaciones de personas individuales, comunidades. Esta es la metodología empleada en esta contribución. La interpretación jurídica, debe priorizar la relación entre los recursos naturales, el medio ambiente, la alimentación y los pueblos indígenas. Esto en especial atención a las necesidades culturales,

² Tercer Tribunal Ambiental, 29 de octubre de 2021, Rol R-6-2020, vistos N°1.

³ Tercer Tribunal Ambiental, cit. (n. 2).

⁴ Véase el Convenio OIT N° 169, de 2008.

⁵ Como ejemplo de estas sentencias véase: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 27 de junio de 2012, Serie C No. 245; Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 23 de noviembre de 2010, Serie C N° 214; Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 1 de febrero de 2006, Serie C N° 146; Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 6 de febrero de 2020, Serie C N° 400; Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 31 de agosto de 2001, Serie C N° 79 y Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 17 de junio de 2005, Serie C N° 125.

⁶ Como ejemplo de estas sentencias véase: Corte Suprema, 26 de septiembre de 2022, Rol N° 5295-2022; Corte Suprema, de 16 de abril de 2021, Rol N° 5413-2021 y Corte Suprema, de 30 de abril de 2021, Rol N° 28663-2021.

⁷ Como ejemplo de estas sentencias véase: Corte Suprema, 28 de mayo de 2019, Rol N° 5888-2019; Corte Suprema, 18 de enero de 2021, Rol N° 72198-2020; Corte Suprema, 23 de marzo de 2021, Rol N° 131140-2020 y Corte Suprema, 21 de enero de 2022, Rol N° 78670-2021.

sociales y la disponibilidad de recursos naturales para garantizar su bienestar.

1.2.- Breve presentación del proyecto, accionantes y fundamentos

El proyecto, como se ha explicado por la empresa GNL Talcahuano, dice relación con almacenamiento de gas natural, central para la generación de energía de mayor limpieza *vis a vis* la generada por fuentes de combustible fósil.⁸ Asimismo, dicho proyecto ayudará en el desarrollo económico sostenible y ambientalmente sostenible a la región del Biobío y otras regiones relacionadas al uso del gas, conforme a sus promotores. Sin embargo, tanto el desarrollo económico como la protección ambiental y la protección de los derechos de las personas a la limpieza del medio ambiente (al impedir la contaminación del aire) es lo relevante. La zona necesitaba fuentes de energía tanto para industrias como hogares. Sin embargo, se olvidó a los Seres humanos y la ausencia de afectación de sus tierras y vida. Tanto el Centro Cultural Kimche Urbano *Newen Mapu* (que tiene por objeto la difusión de costumbres mapuches y el respeto de la naturaleza)⁹ y la Asociación indígena *Wepu Repü* (de 2011 donde ha recibido el carácter de asociación de interés público y produce artesanía indígena y la vende en Talcahuano),¹⁰ grupos de personas con integrantes indígenas, dos entes privados, accionaron o reclamaron contra este proyecto (aunque positivo). Los titulares del proyecto olvidaron respetar el aviso para la toma de decisión de agrupaciones llamadas a expresar su conformidad o disconformidad con dicho gasoducto, obligación de carácter legal, unido a su especial situación desde el punto de vista de las diferencias “socioculturales”.¹¹ En cuanto a las razones extrajurídicas el proyecto afecta a los accionantes al cruzar por sus tierras. Al mismo tiempo, la asociación se verá afectada negativamente por el proyecto y esto es un dato objetivo, independiente de las percepciones. El transporte de dicho producto (gas natural) genera un impacto social y ambiental al pasar por o cerca de las tierras donde viven seres humanos.¹² Es más, como aparece no sólo

⁸ Sobre este tema, véase: PEÑA, Sergio, “Global Hydrogen Politics”, en KURNIAWAN, T.; VARA PRASAD, M. (Coords.), *Accelerating the Transition to a Hydrogen Economy. Achieving Carbon Neutrality*, Vol. 3, Elsevier, Global, 2024.

⁹ MUNICIPALIDAD DE TALCAHUANO, “Plan municipalidad de cultura comuna de Talcahuano” 2022, en línea: <https://www.cultura.gob.cl/redcultura/wp-content/uploads/sites/69/2023/06/pmc-talcahuano-2022-2026.pdf>, p.49.

¹⁰ Ministerio Secretaria General de Gobierno, 2012.

¹¹ FAUNDES, Juan J.; CAMPOS, Patricia; ARAYA, Valentina, “Peritaje antropológico, evaluación ambiental y pueblos indígenas”, *CUHSO (Temuco)*, 2024, Vol. 34, N°1, p. 635.

¹² LAFKEN MAWIDA, “Comunicado organizaciones que se oponen al devastador proyecto GNL Talcahuano en la bahía de concepción Coordinadora chorera”, 2022, disponible en línea: <https://www.lafkenmawida.org/noticia/comunicado-organizaciones-que-se-oponen-al-devastador-proyecto-gnl-talcahuano-en>

de los documentos citados sino de la sentencia y de la experiencia comparada y literatura al respecto, considerar que vivimos en el riesgo no es suficiente, sino que el mismo debe ser disminuido.¹³

Las asociaciones indicadas vieron que no sólo no eran escuchadas. Es que se omitió un requisito esencial. Ese requisito es hoy fundamental, aunque sea sólo efectuarlo, pero en el caso de este proyecto las comunidades indicadas consideraron fundamental el mismo. Era la forma de hacer presente el riesgo como lo expresaron en su declaración luego de la dictación de la sentencia.¹⁴ Ese acto formal constituye la oportunidad jurídica de expresar la oposición y los fundamentos reseñados en estas líneas.

1.3.- *El Conflicto Jurídico*

El conflicto jurídico de la sentencia comentada es la omisión de la consulta indígena en el Estudio de Impacto Ambiental (EIA) en la evaluación del proyecto de terminal marítimo (en adelante, el proyecto). En otras palabras, omitieron consultar a los indígenas, lo cual resulta indispensable. Sin embargo, es necesario el contexto. El titular del proyecto es “GNL Talcahuano Spa” (en adelante, el tercero independiente) y el EIA, para tener validez y certeza jurídica, debe ser resuelto ambientalmente favorable por la *Comisión de Evaluación Ambiental de la Región del Biobío* (en adelante, COEVARB). La COEVARB basa su resolución, principalmente, en un informe realizado sobre el EIA por el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) al cual las comunidades indígenas y la ciudadanía se les desincentivar participar en la PAC y qué luego poder acudir judicialmente con mayor plazo.¹⁵ El informe consolidado de evaluación ambiental indicaba a la COEVARB aprobar el proyecto. En consecuencia, la COEVARB resolvió ambientalmente favorable el proyecto y publicó la Resolución Exenta N°204

la-bahia-de-concepcion/.

¹³ INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION, “Guías sobre medio ambiente, salud y seguridad para las plantas de gas natural licuado (GNL)”, 2007 en línea: <https://www.ifc.org/content/dam/ifc/doc/2000/spanish-lng.pdf>.

¹⁴ DE OLIVEIRA, Elissama; LEM, Melissa, “Liquefied Natural Gas: The 21st Century Myth of Green Fossil Fuel for the Shipping Industry”, *The Magazine for Environmental Managers*, 2022, en línea: <https://saynotolng.org/wp-content/uploads/2023/04/Menezes-E.-Lem-M.-2022.-The-21st-Century-Myth-of-Green-Fossil-Fuel-for-the-Shipping-Industry.-The-Magazine-for-Environmental-Managers--Copyrighted-Publication-of-AWMA.pdf>; y LUJÁN RUIZ, Roger O., “Gestión de riesgos en el sistema de distribución de gas natural de Lima y Callao según lineamientos ‘Recommendations on transmission and distribution practice’ y la gestión de los riesgos del proyecto del PMI (2008)”, *Revista Industrial Data (UNM San Marcos)*, 2014, Vol. 17, n° 1, pp. 88-96.

¹⁵ Tercer Tribunal Ambiental, cit. (n. 2), considerando 9.

(2.08.2017). Sin embargo, el SEA no consideró la omisión de la consulta indígena en el EIA. Dicha omisión vulneró los derechos de las comunidades indígenas asentadas en las cercanías del proyecto (Centro Cultural Kimche Urbano Newen Mapu y Asociación indígena Wepu Repü, las reclamantes).¹⁶ En consecuencia, presentaron un recurso de invalidación administrativa¹⁷ ante la COEVARB el 4 de octubre de 2017, sobre la Resolución Exenta N°204 de 2 de agosto de 2017 (en adelante Resolución N°204), dictada por la COEVARB. Las comunidades actuaron por medio de Centro Cultural Kimche Urbano Newen Mapu y la Asociación Indígena Wepu Repü porque no se les había consultado. El recurso deducido por las reclamantes fue desestimado por la COEVARB en su Resolución Exenta N°238 (en adelante Resolución N°238) de 30 de diciembre de 2019.¹⁸

Al ser rechazada la impugnación administrativa se presentó un recurso de reclamación ante el Tercer Tribunal Ambiental con asiento en Valdivia (en adelante, el Tribunal Ambiental). El recurso se fundamentó en la omisión a la consulta indígena y se solicitó la anulación de la Resolución N°204. El Tribunal Ambiental decidió acoger en su sentencia definitiva las pretensiones de las reclamantes de forma parcial. La sentencia anuló las Resoluciones N°238 y N°204. Asimismo, el Tribunal Ambiental indicó en su sentencia la obligatoriedad de incorporar la consulta indígena al EIA (y su ejecución).

1.4.- El procedimiento y sus vicios

1.4.1.- Consideraciones procedimentales

El Tribunal Ambiental conoció el recurso de reclamación administrativa ambiental en virtud del artículo 17 N°8 de la Ley N° 20.600. Este fue interpuesto por las reclamantes en contra de la Resolución N°238.

En dicho juicio se discutió (1) la autenticidad del expediente del EIA, (2) el ingreso del EIA por el tercero independiente al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA),¹⁹ (3) análisis de los requisitos establecidos (en el reglamento del

¹⁶ Respecto a estas sentencias véase: Corte Suprema, 01 de junio de 2022, Rol N° 99-2022 y Corte Suprema, 01 de junio de 2022, Rol N° 8507-2022.

¹⁷ Véase LILLO, Diego; BERRÍOS, Antonia, “Entendiendo la regla general de la invalidación de actos de carácter ambiental: más allá de la invalidación impropia”, *Revista de Derecho Ambiental*, 2020, N° 12. pp. 303-340. Este comentario contempla desde los considerandos 28, 32, 37, 38 y 40, donde el tribunal determina la interpretación del derecho de acción ante tribunales frente a una resolución administrativa, reconociendo y se ve complementado por los considerandos 1 al 4 de la parte considerativa.

¹⁸ Artículo 53, Ley N° 19.880 de 2003.

¹⁹ Tercer Tribunal Ambiental, cit. (n. 2), considerandos 3,4,5,6 y 17.

Ministerio de Desarrollo Social) para la aplicación de la consulta indígena,²⁰ (4) la afectación a los sistemas de vida y la costumbre de las comunidades indígenas, las cuales se verían afectadas producto de la realización del proyecto y (5) la legitimación de los pueblos indígenas a los cuales se debió realizar la consulta indígena.

1.4.2.- Hechos relevantes a considerar

En materia de “hechos” podemos indicar lo siguiente de forma cronológica: las reclamantes interpusieron impugnación administrativa contra la Resolución N°204 de 2 de agosto de 2017 de la COEVARB. En aquella resolución se declaró favorable el EIA. La impugnación fue fundada en el artículo 17 N°8 de la Ley N° 20.600. La solicitud de invalidación de la resolución fue rechazada a través de la Resolución N°238. En consecuencia, las reclamantes se dirigieron al Tribunal Ambiental a fin de obtener la anulación de la resolución administrativa²¹ el 13 de marzo de 2020.

Ante el Tribunal Ambiental las reclamantes acusaron vicios en el procedimiento administrativo y de la Resolución N°238, las cuales mencionaban las omisiones y el fundamento de la nulidad invocada: razones técnicas de la Resolución (“componente indígena insuficiente” consulta a una asociación indígena y no a todas; divinidades protectoras no consideradas y una zona, humedal Rocuant, de recolección de lawen además de su “significación espiritual y cultural”; ubicación de faenas de construcción en lugar que son “relictos dunarios de la Bahía de Concepción”), no se propusieron medidas de mitigación (porque los sitios ceremoniales y territorios de los reclamantes se encuentran dentro del área de influencia del proyecto”; personas indígenas que al dedicarse a la pesca artesanal y recolección de orilla se verán afectados por el daño a los “recursos naturales renovables” marinos) y excluyeron a los reclamantes y afectación de intereses y derecho por ausencia de consulta indígena en la Resolución N°238 que aprobó el EIA.²² En el proceso de consulta indígena se reclamó la alteración significativa de los sistemas de vida y costumbre de los seres humanos, según las reclamantes provocándose una afectación significativa al ubicarse el proyecto cerca de poblaciones indígenas protegidas por Ley.²³ Además, en las alegaciones se acusó discriminación por exclusión de las comunidades en un proceso legal,

²⁰ Instrumento que se utiliza para llevar a cabo el EIA, en base al reglamento del Decreto N°40, 2013.

²¹ Decreto 66, de 2014.

²² Artículo 54, Ley N° 19.880, de 2003.

²³ Artículo 11 letra c), Ley N° 19.300, y Artículo 8, Decreto N°40 de 2013.

por lo cual se estima inaplicable el principio de “confianza legítima”.²⁴ Es decir, se vulneró la garantía del ámbito público, que consiste en la defensa de los derechos del ciudadano frente al Estado, en la especie, otras comunidades indígenas no consultadas poseedoras de legitimación activa para accionar ante el tribunal.²⁵ En consecuencia, la presunción de legalidad de los actos administrativos se vería obstruida por los vicios alegados.

Por otro lado, la COEVARB indicó la improcedencia de realizar un proceso de consulta indígena. Su principal argumento fue la lejana proximidad de los lugares considerados importantes por las comunidades indígenas. En consecuencia, solicitaron rechazar el recurso de reclamación y una declaración (por parte del Tribunal Ambiental) de la legalidad de la resolución reclamada.

Asimismo, se hizo parte del proceso judicial el SEA en su calidad de ente evaluador,²⁶ solicitando el rechazo del recurso de reclamación por falta de competencia del Tribunal Ambiental. La solicitud está argumentada en la norma de competencia de los Tribunales Ambientales, a saber, reclamaciones en un procedimiento administrativo de invalidación de un acto administrativo ambiental contra la resolución que lo resuelve. Es decir, en los casos en los cuales se ha abierto un proceso de participación ciudadana, debe preferirse la vía recursiva especial del artículo 20 y 29 de la Ley N° 19.300. Dicha norma tiene por fin evitar duplicidad y contradicción de decisiones. Aún más, el SEA señaló como improcedente realizar un proceso de consulta indígena, debido a la inexistencia de susceptibilidad de afectación directa. Lo anterior, en virtud del artículo 11 letra c), d) y f) de la Ley N° 19.300. Es decir, no se han configurado los impactos significativos establecidos en el artículo 11 letra c), d) y f) de la Ley N° 19.300. Por lo anterior, el SEA desestimó las alegaciones sobre la intervención o restricción al acceso de los recursos naturales por parte del proyecto, no vulnerando en consecuencia su sustento cultural y económico.

Finalmente, el Tribunal Ambiental acoge el recurso de reclamación y anula la Resolución N°238 (resolución que rechazó la solicitud de invalidación administrativa). Lo anterior tiene como efecto la obligación de efectuar nuevamente el EIA.

²⁴ Al respecto, véase BERMÚDEZ, Jorge, “El principio de confianza legítima en la actuación de la administración como límite a la potestad invalidatoria”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, 2005, Vol. 18, N° 2, pp. 83-105.

²⁵ Tercer Tribunal Ambiental, cit. (n. 2), considerandos 41 y 42.

²⁶ Es preciso recordar que el SEA evaluó ambientalmente de modo favorable el proyecto. Véase PHILLIPS, Jaime, “La Invalidación impropia: Control administrativo y judicial de una resolución de calificación ambiental”, *Revista de Derecho Ambiental*, 2021, Vol. 1, N°15, pp. 95-121.

1.4.3.- La competencia del Tribunal para conocer la omisión de la consulta indígena

La Ley que crea los tribunales ambientales²⁷ establece su competencia,²⁸ a saber, la potestad invalidatoria en contra de la “resolución que resuelva un procedimiento administrativo de invalidación de un acto administrativo de carácter ambiental”²⁹ este caso la COEVARB. Sin perjuicio de lo anterior, la reclamante alegó que existe una norma de clausura³⁰ al abrirse un proceso de participación ciudadana debe preferirse una vía recursiva administrativa.³¹

1.4.4.- La legitimación activa de los reclamantes

En los escritos se limitaron a justificar la supuesta afectación con los intereses de las organizaciones, por lo que no habiéndose justificado según el artículo 21 de la Ley N°19.880, el Tribunal Ambiental rechaza esta reclamación.

En cuanto a la resolución reclamada, los solicitantes cuentan con legitimación para la interposición de la solicitud de invalidación. El Tribunal indica que la realización de actividades en el área cercana al proyecto (el cual puede resultar nocivo para la vida de comunidades indígenas) es motivo suficiente para recurrir. Esto, sin perjuicio que durante el proceso de evaluación ambiental del proyecto se descartó impactos significativos sobre los grupos humanos indígenas, sus actividades económicas, sociales y espirituales. Por esto, el tercero independiente cuestiona en sede judicial la legitimación activa para solicitar la legitimación administrativa, estimando que las reclamantes no se vieron afectadas en sus derechos e interés por el acto que impugna.

1.4.5.- Procedencia del recurso

En la resolución número IV de la sentencia, el Tribunal Ambiental acogió el reclamo anulando las resoluciones de 2019 y 2017 ya referidas más arriba en contra de GNL Talcahuano SpA.

El tribunal basó su resolución en que el Estudio de Impacto Ambiental no cumplía con los requisitos formales necesarios para satisfacer cabalmente lo determinado por el Sistema de Evaluación Ambiental.³² Además, las personas

²⁷ Ley 20.600 de 2012.

²⁸ Artículo 17 de la Ley 20.600.

²⁹ Artículo 17 N° 8 de la Ley 20.600.

³⁰ Artículo 17 N° 8 inciso final de la Ley 20.600.

³¹ Artículos 20 y 29 a 30 bis de la Ley N°19.300.

³² Ley N° 19.300, Sobre Bases Generales del Medio Ambiente. Ley N° 20.417, que crea el Ministerio,

indígenas alegaron sobre la afectación de sus actividades espirituales, de extracción, comercial, ya que esta podría haber sido vulnerada por la construcción del gasoducto. Además, se señala por el tribunal en la parte expositiva que el Convenio 169 de la OIT en su artículo 6.1 letra a) es requisito consultar a los “pueblos interesados” conforme a “procedimientos apropiados” poniendo énfasis en acudir a las “instituciones representativas” de los mismos cuando se les afecte “directamente” por “medidas (...) administrativas” que es el caso.³³

A su vez, la sentencia hace referencia al artículo 6 numeral 2 del citado Convenio respecto a las consultas efectuadas para llegar a acuerdos y adoptar las medidas apropiadas. La resolución referida a la calificación ambiental en los proyectos respecto a indígenas requiere de consulta a estas comunidades a fin de respetar los principios de protección medioambiental de la Ley N° 19.300. A estos efectos se dictó el “Decreto Supremo 66” de 2013 del Ministerio de Desarrollo Social al cual hace referencia la sentencia en comentario. En este decreto, expresamente se indica la consulta conforme a la normativa del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental conforme a sus plazos, pero respetando el artículo 15 del Decreto Supremo referido.³⁴ La sentencia indica los requisitos a cumplir a fin de determinar si habrá o no de efectuarse la consulta indígena. En este sentido el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental indica los hechos jurídicos que de cumplirse obligan la consulta. Así podemos mencionar: “(...) alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos”, “localización y valor ambiental del territorio”, “alteración del patrimonio cultural” (artículos 7, 8 y 10 del reglamento indicado) obligando a una consulta de “buena fe”.³⁵

De acuerdo con las normas, para que un proyecto deba someterse a consulta indígena es necesario que genere ciertos efectos adversos significativos en relación a uno o más grupos humanos pertenecientes a los pueblos indígenas de las referidas. Esto es base para los sentenciadores a fin de juzgar el asunto controvertido referido.

Sobre la deficiente línea de base del componente indígena de la comuna de Talcahuano, las reclamantes señalaron que la línea de base del componente indígena habría sido deficitariamente establecida. Indicaron que en el EIA sólo se habría reconocido la agrupación Talcahueño Ñi Folil, y en la Adenda Complementaria

el Servicio de Evaluación y la Superintendencia del Medio Ambiente. Ley N° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado. DFL N° 1-19.653, Fija Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. D.S. N° 95, de 2001, del Ministerio de Secretaría General de la República. D.S. N° 40, de 2012, del Ministerio de Medio Ambiente, Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

³³ Tercer Tribunal Ambiental, cit. (n. 2), considerando 50.

³⁴ Tercer Tribunal Ambiental, cit. (n. 2), considerando 50.

³⁵ Tercer Tribunal Ambiental, cit. (n. 2), considerando 51.

a la agrupación Wepu Repü, ignorándose al Centro Cultural Kimche Urbano. Añadieron que los sitios ceremoniales y territorios de la Asociación Mapuche reclamante sí se encuentran dentro del Área de Influencia. Adicionalmente señalan que las obras terrestres del Proyecto se localizan en relictos dunarios pertenecientes al Humedal Marisma Rocuant-Andalién, no aledañas a él como se habría afirmado, que no se habrían evaluado los impactos sobre éste y que la intervención alteraría significativamente el sistema de protección natural del humedal, como también generaría afectación directa a la cultura, espiritualidad, acceso a los recursos naturales y al patrimonio ambiental.

Por otra parte, el SEA, informando la Reclamación, señala que el componente indígena fue correctamente evaluado. Añade que la sección 3.10 del Capítulo 3 del EIA, en relación con la caracterización del componente medio humano se identifica a la Asociación Indígena “Talcahueñu Ñi Folil”. Por tanto, que durante la evaluación no se consideró al Centro Cultural Kimche Urbano Newen Mapu, dado que esta agrupación se constituyó con posterioridad a la calificación ambiental del Proyecto impugnado.

El tribunal excluyó al Centro Cultural Kimche Urbano Newen Mapu del procedimiento porque su constitución es posterior a la evaluación de calificación ambiental del Proyecto. Excluye al titular o autoridad administrativa la ausencia de consideración de esta Asociación en el procedimiento de evaluación.³⁶ Sin embargo, el tribunal hace presente la carga de la prueba establecidas por la ley en cuanto es el titular de proyecto quien debe adjuntar o incorporar al Proyecto que somete a consideración de la autoridad administrativa “información suficiente” descartando efectos del artículo 11 de la Ley N°19.300. Luego de que la autoridad administrativa ha “valorado y ponderado” dicha información como suficiente de la ausencia de afectación son los reclamantes quienes deben alegar “falta de fiabilidad o insuficiencia de esa información, incorrecta valoración o falta o insuficiencia en la “motivación” en la Resolución de Calificación Ambiental o presentar antecedentes para desvirtuar la conclusión en la misma, todo en sede judicial.³⁷

Por lo anterior, el Tribunal revisó la información de la evaluación para efectos de determinar si existe impacto significativo adverso que pueda determinar la necesidad de PCI como fue alegado en autos. En este sentido el Tribunal asume que debe proteger a las personas indígenas sin afectar la interpretación jurídica y, por cierto, empleando todos los razonamientos y argumentaciones propias del Derecho procesal y administrativo, así como ambiental e internacional en el sentido proteger a los seres humanos. El Tribunal Ambiental controla actos administrativos, cuestión previsible en la sentencia analizada, sino que entrega razones de su competencia

³⁶ Tercer Tribunal Ambiental, cit. (n. 2), considerando 48.

³⁷ Tercer Tribunal Ambiental, cit. (n. 2), considerando 49.

y fundamentos de su resolución, por consiguiente, no sólo, conoce y juzga por los fundamentos argüidos para proteger los derechos conculcados.

II. COMENTARIO. POSIBLES EFECTOS EN LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL

Desde el punto de vista del fondo, lo más relevante es el fundamento de la sentencia acogida, omisión de consulta jurídicamente establecida tanto por tratado, ley y reglamento como aparece en la interpretación sistemática empleada por el tribunal (Cons. quincuagésimo). Lo interesante es que el tribunal acoge una reclamación, los efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables al producirse en lugares con presencia de grupos humanos pertenecientes a los pueblos indígenas (Cons. septuagésimo noveno) por las pruebas presentadas (Cons. octogésimo a octogésimo quinto). Una omisión considerada un vicio de procedimiento esencial por el tribunal dado que no se consultó a los pueblos indígenas estos efectos sobre un grupo, pequeños (menos de veinte personas) pero que cumplen los requisitos legales a obedecer (Cons. octogésimo sexto). Una cuestión relevante para la interpretación jurídica y poner en el centro la relación entre el medio ambiente, los pueblos indígenas y su alimentación, si recursos naturales renovables para la alimentación de miembros de pueblos indígenas es fundamental no sólo la consulta sino la consideración a sus necesidades.

Asimismo, se sancionan la violación de derechos donde las comunidades integradas por personas indígenas son titulares y las omisiones al cumplimiento de obligaciones nacionales o internacionales. Esto trae consecuencias jurídicas, a saber, en la elaboración de un proyecto, se debe evitar el atentar contra: el reasentamiento de comunidades indígenas,³⁸ la localización y valor ambiental del territorio³⁹ o la alteración del patrimonio cultural conforme a la sentencia.⁴⁰ Para ello se debe realizar la consulta a los pueblos indígenas.⁴¹ Este trámite es esencial para evitar la afectación de los pueblos indígenas. La consulta se considera una nueva forma de expresión de la democracia más allá de la votación y con énfasis en lo ambiental con críticas planteadas a dicha visión.⁴² En consecuencia, se les reconoce el derecho para tener la capacidad de participar e influir en el EIA siguiendo ideas

³⁸ Artículo 7, Decreto N°40, 2013.

³⁹ Artículo 8, Decreto N°40, 2013.

⁴⁰ Artículo 10, Decreto N°40, 2013.

⁴¹ Artículo 85, Decreto N°40, 2013.

⁴² HENRÍQUEZ, Alfonso, "Participación indígena: desarrollo y alcances en torno a la participación ambiental", *Ius et Praxis*, 2013, Vol. 19, N°2, pp. 251-300.

fundadas en el Convenio 169.⁴³ El proceso de consulta indígena es exclusivo para aquellos pueblos de los cuales el proyecto podría afectarlos aunque han habido discusiones al respecto.⁴⁴ La sentencia indica, en este sentido, la obligación o deber de efectuar tal consulta y es necesario indicar que aquello es parte del SEIA y existen sentencias previas con un razonamiento similar pero no por vía recursiva sino por acción de protección.⁴⁵

En consecuencia, al comprobarse la omisión de la consulta indígena al proyecto y en particular a indígenas que desarrollan extracción de recursos naturales renovables de carácter hidrobiológico incumpléndose con el requisito legal de la realización de la consulta indígena. La responsabilidad respecto a la omisión de la consulta indígena es de la COEVARB. Esta fue determinada en función de la publicación por parte de la COEVARB de la Resolución N° 204 de 2 de agosto de 2017. Ésta aprobó el proyecto aun cuando el EIA tenía un vicio en cuanto a la mencionada omisión. Además, la COEVARB argumentó, en base a los antecedentes del proyecto sometido a la evaluación ambiental lo siguiente: “*no eran susceptibles de consulta indígena*”. A su vez, la COEVARB descartó los impactos significativos respecto a: el reasentamiento, la localización y el valor ambiental. Estos argumentos fueron desestimados por el tribunal conforme a las pruebas aportadas en el juicio y los requisitos establecidos en todo el marco regulatorio vinculando al caso. En definitiva, el Tribunal Ambiental determinó, sobre la omisión de realizar consulta indígena, es de un carácter esencial del procedimiento administrativo (el EIA) en relación a recursos naturales renovables hidrobiológicos.

Esta invalidación sigue la idea que los beneficios de una inversión deben ser compartidos con las comunidades cumpliendo con los requisitos legales de participación de las comunidades.⁴⁶

BIBLIOGRAFÍA CITADA

a) Doctrina

AGUILAR, Gonzalo; ALFARO, Jennifer, “Los recursos naturales de los pueblos indígenas y las empresas: Estándares interamericanos y jurisprudencia chilena”, *Anuario de Derechos Humanos*, 2015, N° 11, pp. 183–193.

⁴³ HENRÍQUEZ, cit. (n. 39), pp. 275-276.

⁴⁴ HENRÍQUEZ, cit. (n. 39), pp. 286-287.

⁴⁵ HENRÍQUEZ, cit. (n. 39), pp. 288, 289-293.

⁴⁶ AGUILAR, Gonzalo; ALFARO, Jennifer, “Los recursos naturales de los pueblos indígenas y las empresas: Estándares interamericanos y jurisprudencia chilena”, *Anuario de Derechos Humanos*, 2015, N° 11, pp. 183-193.

- BERMÚDEZ, Jorge, “El principio de confianza legítima en la actuación de la administración como límite a la potestad invalidatoria”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, 2005, Vol. 18, N° 2, pp. 83-105.
- DE OLIVEIRA ELISSAMA; LEM, Melissa, “Liquefied Natural Gas: The 21st Century Myth of Green Fossil Fuel for the Shipping Industry”, *The Magazine for Environmental Managers*, 2022, en línea: https://saynotolng.org/wp-content/uploads/2023/04/Menezes-E.-Lem-M.-2022.-The-21st-Century-Myth-of-Green-Fossil-Fuel-for-the-Shipping-Industry.-The-Magazine-for-Environmental-Managers-_-Copyrighted-Publication-of-AWMA.pdf
- FAUNDES, Juan; CAMPOS, Patricia; ARAYA, Valentina, “Peritaje antropológico, evaluación ambiental y pueblos indígenas”, *CUHSO (Temuco)*, 2024, Vol. 34, N°1, p. 635.
- HENRÍQUEZ, Alfonso, “Participación indígena: desarrollo y alcances en torno a la participación ambiental”, *Revista Ius et Praxis*, 2013, Vol. 19, N°2, pp. 251-300.
- INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION, “Guías sobre medio ambiente, salud y seguridad para las plantas de gas natural licuado (GNL)”, 2007, en línea: <https://www.ifc.org/content/dam/ifc/doc/2000/spanish-Ing.pdf>.
- LAFKEN MAWIDA, “Comunicado organizaciones qué se oponen al devastador proyecto GNL Talcahuano en la bahía de concepción Coordinadora chorerá”, 2022, en línea: <https://www.lafkenmawida.org/noticia/comunicado-organizaciones-que-se-oponen-al-devastador-proyecto-gnl-talchahuano-en-la-bahia-de-concepcion/>.
- LILLO, Diego; BERRÍOS, Antonia, “Entendiendo la regla general de la invalidación de actos de carácter ambiental: más allá de la invalidación impropia”, *Revista de Derecho Ambiental*, 2020, N° 12, pp. 303-340.
- LUJÁN RUIZ, Roger O., “Gestión de riesgos en el sistema de distribución de gas natural de Lima y Callao según lineamientos ‘Recommendations on transmission and distribution practice’ y la gestión de los riesgos del proyecto del PMI (2008)”, *Revista Industrial Data (UNM San Marcos)*, 2014, Vol. 17, n° 1, pp. 88-96.
- MINISTERIO SECRETARIA GENERAL DE GOBIERNO, “Nomina beneficiarios de programas sociales en ejecución”, 2012, en línea: https://transparencia.msgg.gob.cl/2012/4/subsidio_nominas-2.html.
- MUNICIPALIDAD DE TALCAHUANO, “Plan municipalidad de cultura comuna de Talcahuano” 2022, en línea: <https://www.cultura.gob.cl/redcultura/wp-content/uploads/sites/69/2023/06/pmc-talcahuano-2022-2026.pdf>.
- PEÑA, Sergio, “Global Hydrogen Politics”, en KURNIAWAN, T.; VARA PRASAD, M. (Coords.), *Accelerating the Transition to a Hydrogen Economy. Achieving Carbon Neutrality*, Vol. III, Elsevier, 2024.
- PHILLIPS, Jaime, “La Invalidación impropia: Control administrativo y judicial de una resolución de calificación ambiental”, *Revista de Derecho Ambiental*, 2021, Vol. 1, N°15, pp. 95-121.

b) Normativa

Convenio OIT N° 169, 2008.

Ley N° 19.300, 1994.

Ley N° 19.880, 2003.

Ley N° 20.600, 2012.
Decreto N°40, 2013.
Decreto N° 66, 2013.
Resolución N° 204, 2017.

c) Jurisprudencia

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de febrero de 2020, Serie C, n°400
Corte Interamericana de Derechos Humanos, 31 de agosto de 2001, Serie C, n° 79.
Corte Interamericana de Derechos Humanos, 23 de noviembre de 2010, Serie C, n°
214.
Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 de junio de 2005, Serie C, n° 125.
Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1 de febrero de 2006, Serie C, n° 146.
Corte Interamericana de Derechos Humanos, 27 de junio de 2012, Serie C, n° 245.
Corte Suprema, 30 de abril de 2021, Rol N° 28663-2021.
Corte Suprema, 16 de abril de 2021, Rol N° 5413-2021.
Corte Suprema, 28 de mayo de 2019, Rol N° 5888-2019.
Corte Suprema, 26 de septiembre de 2022, Rol N° 5295-2022.
Corte Suprema, 23 de marzo de 2021, Rol N° 131140-2020.
Corte Suprema, 21 de enero de 2022, Rol N° 78670-2021.
Corte Suprema, 18 de enero de 2021, Rol N° 72198-2020.
Corte Suprema, 01 de junio de 2022, Rol N° 99-2022.
Corte Suprema, 01 de junio de 2022, Rol N° 8507-2022.
Tercer Tribunal Ambiental, 29 de octubre de 2021, R-6-2020.

