

Valdivia, veintisiete de noviembre de dos mil diecinueve.

VISTOS:

1. A fs. 1 y ss., el 23 de julio de 2019, los abogados **Sres. DIEGO LILLO GOFFRERI** y **NELSON PÉREZ ARAVENA**, en representación de la Sra. **MARCELA ISABEL CARO LONCUANTE**, consejera del pueblo Kawésqar (en adelante «la Reclamante» o «la Observante»), domiciliados en calle Mosquito N° 491, Oficina 312, Santiago, interpusieron reclamación del art. 17 N° 6 de la Ley N° 20.600, contra la Res. Ex. N° 0681, de 31 de mayo de 2019 (en adelante «la Resolución Reclamada»), dictada por el **DIRECTOR EJECUTIVO DEL SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL** (en adelante «la Reclamada»), que acogió parcialmente la reclamación interpuesta por la Sra. Caro conforme al art. 30 bis de la Ley N° 19.300 en contra de la Res. Ex. N° 135, de 09 de noviembre de 2018, de la Comisión de Evaluación de Magallanes y la Antártica Chilena, que calificó favorablemente el Proyecto «Piscicultura de Recirculación Lago Balmaceda» —en adelante «el Proyecto»—, cuyo titular es Sealand Aquaculture S.A. El Proyecto consiste en la construcción e implementación de una piscicultura que se ubicará en el sector de la desembocadura del río Hollemberg, en la comuna de Natales, Región de Magallanes y Antártica Chilena. El Proyecto producirá 3000 toneladas al año de smolts a partir de ova con ojo en dos etapas; la primera alcanzará 1.080 toneladas al año y la producción total se alcanzará en la segunda. La piscicultura utilizará un área de 12,9 hectáreas.
2. La Sra. Caro Loncuante solicitó al Tribunal dejar sin efecto la Resolución Reclamada, por falta de consideración a las observaciones ciudadanas.

A. Antecedentes del acto administrativo reclamado

3. De los antecedentes administrativos presentados en autos, a fs. 88 y ss., en lo que interesa, consta:
 - a) A fs. 88, que el Proyecto ingresó al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante «SEIA»), por medio de una Declaración de Impacto Ambiental (en adelante «DIA»),



REPÚBLICA DE CHILE
TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

- el 18 de abril de 2016; y a fs. 1351, que la Comisión de Evaluación de la Región de Magallanes y de la Antártica Chilena («COEVA de Magallanes») admitió a trámite dicha DIA.
- b) A fs. 1413, que el 18 de mayo de 2016, el Servicio de Evaluación Ambiental de la Región de Magallanes y de la Antártica Chilena («SEA de Magallanes») ordenó la realización de un proceso de participación ciudadana (en adelante «PAC»), por un plazo de 20 días.
- c) A fs. 1416, que el 24 de mayo de 2016, el SEA de Magallanes elaboró el Informe Consolidado de Solicitud de Aclaraciones, Rectificaciones y/o Ampliaciones (en adelante «ICSARA»).
- d) A fs. 1527, que la Reclamante Sra. Caro efectuó observaciones ciudadanas al Proyecto.
- e) A fs. 1538, que el 25 de julio de 2016, el SEA de Magallanes remitió al Titular el Anexo al ICSARA, incluyendo observaciones ciudadanas.
- f) A fs. 1605, que el Titular acompañó la Adenda N° 1 de la DIA del Proyecto, en respuesta al ICSARA.
- g) A fs. 2643, que el 26 de enero de 2018, el SEA de Magallanes elaboró ICSARA complementario.
- h) A fs. 2660, que el 10 de septiembre de 2018, el Titular presentó Adenda complementaria de la DIA del Proyecto.
- i) A fs. 3019 y ss., que se elaboró e ingresó el Informe Consolidado de la Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante «ICE»), que recomendó la aprobación del Proyecto.
- j) A fs. 3343 y ss., que por Res. Ex. N° 135/2018, de 9 de noviembre de 2018, la COEVA de Magallanes calificó ambientalmente favorable el Proyecto.
- k) A fs. 3716, que el 2 de enero de 2019, la Reclamante interpuso reclamación administrativa ante el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, solicitando dejar sin efecto la RCA del Proyecto, por no haber sido debidamente consideradas sus observaciones ciudadanas.
- l) A fs. 3725, que el 10 de enero de 2019, el Director Ejecutivo del SEA admitió a trámite el recurso de reclamación, ordenando notificar al Titular e instruyendo al SEA de Magallanes informar al tenor del recurso.

REPÚBLICA DE CHILE
TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

- m) A fs. 3755, que el 31 de enero de 2019, el Titular del Proyecto solicitó el rechazo de la reclamación y a fs. 3891, que el 9 de mayo de 2019 el SEA de Magallanes informó según lo ordenado.
- n) A fs. 3782, que el 15 de febrero de 2019, el Director Ejecutivo del SEA ofició al Sr. Subsecretario del Medio Ambiente para que informe si durante la evaluación ambiental se presentaron antecedentes suficientes para descartar los efectos del art. 11 letra b) de la Ley N° 19.300 con relación a la especie vegetal «junquillo», presente en la desembocadura del río Holleberg. A fs. 3799, consta la respuesta del Subsecretario del Medio Ambiente.
- o) A fs. 3787, que el 15 de febrero de 2019, el Director Ejecutivo del SEA ofició al Director Nacional de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (en adelante «Conadi») para que informe fundadamente si durante la evaluación del Proyecto se presentaron antecedentes suficientes que permitieran justificar la inexistencia de los efectos, características y circunstancias del art. 11 de la Ley N° 19.300, en especial respecto a las actividades de la comunidad Aswaal Lajep perteneciente al pueblo Kawésqar, dentro de la propiedad del Sr. Arnoldo Caro Loncuante; y también sobre la posible afectación al maritorio utilizado ancestralmente por dicho pueblo y la actividad de subsistencia consistente en confección de artesanía con junquillo. A fs. 3797, consta la respuesta de Conadi.
- p) A fs. 3810 y ss., que el 31 de mayo de 2019, por medio de Res. Ex. N° 0681/2019, el Director Ejecutivo del SEA acogió parcialmente la reclamación, modificando el contenido del Considerando N° 10.2.2.1.1 de la RCA del Proyecto.

B. Antecedentes del proceso de reclamación

- 4. En lo que respecta a la reclamación y el proceso jurisdiccional derivado de aquella, en autos consta que:
 - a) A fs. 1 y ss., se inició el proceso mediante reclamación interpuesta el 23 de julio de 2019. Previo a proveer el escrito, el Tribunal ordenó acompañar copia autorizada del mandato de fs. 32.

REPÚBLICA DE CHILE
TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

- b) A fs. 66, el Tribunal tuvo por cumplido lo ordenado y admitió a trámite la reclamación, disponiendo se oficiara a la Reclamada, a fin de que informe y acompañe copia autenticada del expediente que dio lugar al acto administrativo reclamado, incluyendo el de evaluación ambiental del Proyecto. Además, el Tribunal confirió traslado respecto a una medida cautelar solicitada al segundo otrosí de la reclamación, consistente en la suspensión de los efectos de la RCA del Proyecto.
- c) A fs. 67, se remitió oficio a la Reclamada para lo indicado en el número anterior.
- d) A fs. 76, la Reclamada evacuó el traslado relativo a la medida cautelar, solicitando su rechazo, y acompañó copia del expediente administrativo de evaluación ambiental del Proyecto.
- e) A fs. 3656, compareció el Titular del Proyecto, Sealand Aquaculture S.A., solicitando aceptar su comparecencia como tercero coadyuvante de la Reclamada. Previo a proveer, el Tribunal ordenó cumplir con el art. 1 inciso 1° de la Ley 18120, accediendo a la comparecencia solicitada, a fs. 3679.
- f) A fs. 3682, la Reclamada evacuó informe, solicitando el rechazo de la reclamación, y acompañó copia autenticada del expediente administrativo de reclamación administrativa. A fs. 3826, el Tribunal tuvo por evacuado el informe, y por acompañados los documentos.
- g) A fs. 3827, el Tribunal rechazó la medida cautelar del segundo otrosí de la reclamación; decisión que la Reclamante repuso a fs. 3829, rechazando el Tribunal el recurso, a fs. 3835.
- h) A fs. 3834 se certificó estado de relación; y a fs. 3836 se decretó autos en relación y se fijó la audiencia de alegatos para el 8 de octubre de 2019, a las 09:00 horas.
- i) A fs. 3840, el Tribunal tuvo por anunciado a los comparecientes, por treinta minutos.
- j) A fs. 3843, consta presentación del tercero coadyuvante solicitando se tenga presente las consideraciones que indica relativas al rechazo de la reclamación; lo que el Tribunal tuvo presente, a fs. 3908

REPÚBLICA DE CHILE
TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

- k) A fs. 3909 consta acta instalación del Tribunal y a fs. 3910 certificación de haberse llevado a efecto la audiencia de alegatos el día y hora fijados.
- l) A fs. 3911, consta certificación de acuerdo, y a fs. 3912, designación de Ministro redactor.
- m) A fs. 3915, el Tribunal rechazó, por extemporánea, presentación de la Reclamada a fs. 3913 solicitando tener presente ciertas consideraciones.

CONSIDERANDO:

I. Discusión de las partes

A. Argumentos de la Reclamante

PRIMERO. Que la Reclamante alegó que la Resolución Reclamada es contraria a derecho, por cuanto, si bien acogió parcialmente su reclamación administrativa del art. 30 bis de la Ley N° 19.300 y modificó la RCA del Proyecto, no consideró debidamente sus observaciones formuladas en la evaluación del Proyecto, limitando la decisión a una problemática vinculada al flujo vehicular. Indicó que sus observaciones fueron agrupadas en la RCA del Proyecto con los números 3, 4, 5 y 6. Describió que la observación N° 3 guarda relación con la exclusión del área de influencia del Proyecto del Predio N° 8 lote C, Colonia Isabel Riquelme, de propiedad del Sr. Arnoldo Caro Pérez; la observación N° 4, con la disminución del junquillo y su utilización para confección de artesanía propia del pueblo Kawésqar; la observación N°5, con el art. 23 del Convenio 169 de la OIT relativo a las actividades tradicionales y la economía de subsistencia; y la observación N°6, con que los compromisos ambientales propuestos en la DIA se encuentran bajo el estándar del Convenio 169 porque no hubo consulta ni participación de los pueblos indígenas. A juicio de la Reclamante, al no haberse considerado debidamente sus observaciones, resultan afectados los sistemas de vida de la comunidad Kawésqar y vulnerada la normativa del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

SEGUNDO. Que, en lo relativo a la observación N°3 y la afectación de los sistemas de vida de la comunidad Kawésqar, la Reclamante

REPÚBLICA DE CHILE
TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

alegó la exclusión de grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, en particular, de la comunidad Aswaal Lajep existente en el Predio N°8 lote C, Colonia Isabel Riquelme, de propiedad del Sr. Arnoldo Caro Pérez, este último perteneciente a dicho pueblo; lugar donde sus miembros efectuarían sus reuniones. La Reclamante reprochó que el predio y comunidad en referencia no se consideraron como parte del área de influencia del Proyecto, por lo que la información sobre el medio humano descrita por el Titular resulta insuficiente para descartar los efectos, circunstancias o características del art. 11 de la Ley N° 19.300. A su juicio, la Resolución Reclamada consideró para su decisión un informe de Conadi que sería insuficiente e incompleto, carente de parámetros objetivos. Según la Reclamante, con el pronunciamiento de Conadi, la Resolución Reclamada se limitó a descartar cualquier tipo de afectación al medio humano, reduciendo el análisis únicamente a una problemática vinculada al flujo de camiones como impacto vial, sin cuestionar la información del Titular para determinar el impacto real sobre el medio humano.

TERCERO. Que respecto de las observaciones N°4 y 5, la Reclamante indicó que la RCA del Proyecto otorgó respuestas vagas e imprecisas a sus observaciones, no vinculadas a lo planteado en ellas, que decían relación con la afectación del territorio y maritorio constituido como tierra ancestral indígena. De igual forma, a la observación N°6, la Reclamante afirmó que la RCA reitera que no se producen los efectos o circunstancias del art. 11 de la Ley N° 19.300. Dichas omisiones persistirían en la Resolución Reclamada, que decidió incorporar al Predio N°8 mediante una convalidación de la información disponible de manera inorgánica en el expediente de evaluación.

CUARTO. Que respecto a las observaciones N°5 y 6, la Reclamante agregó que debido a la afectación de los usos y costumbres de la comunidad Kawésqar, conforme el art. 7 del Convenio N° 169 de la OIT, art. 4 de la Ley N° 19.300, y arts. 85 y 86 del Reglamento del SEIA, entre otros, existía la necesidad de contar con un proceso de consulta por medio de reuniones con grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas. A su juicio, no existió un estándar que permita descartar los efectos, características o circunstancias del art. 11 de la Ley N° 19.300, teniendo presente que el territorio y maritorio señalado por la Reclamante constituye parte

REPÚBLICA DE CHILE
TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

del territorio ancestral del pueblo Kawésqar, donde sus integrantes han logrado mantener vivas sus prácticas tradicionales, de manera que limitar o afectar su acceso al mar y a los servicios ecosistémicos importa desprender a dicho pueblo de su historia ancestral. Por tales razones, la Reclamante concluyó que las observaciones N°5 y 6 no fueron debidamente consideradas, alegando que el Proyecto debió ser evaluado conforme a un Estudio de Impacto Ambiental.

QUINTO. Que sobre la infracción a la normativa del SEIA, la Reclamante acusó la inobservancia de los arts. 12 bis, 18 bis y 19 de la Ley N° 19.300. Lo anterior, fundado en que la no inclusión del Predio N°8 en el área de influencia del Proyecto constituye una omisión de información relevante que debió ser incorporada previo a la dictación de la RCA, sea al inicio de la evaluación o por medio de una adenda, para luego obtener el pronunciamiento de los organismos competentes. No verificado lo anterior, a su juicio no es posible predecir los efectos del Proyecto en el medio ambiente, elementos socioeconómicos y sistemas de vida. Agregó que la inclusión del Predio N°8 en la fase recursiva de la evaluación ambiental carece de razonabilidad en relación a la naturaleza del procedimiento de evaluación ante el SEIA, porque solo procede analizar la información del Titular en relación a la ponderación que de ella hagan los organismos sectoriales. En lugar de ello, según la Reclamante, existió durante la fase de reclamación ante el Director Ejecutivo una convalidación de información para dar por cumplido el art. 12 bis letra b) por parte del Titular, no obstante que ya se configuraba la causal de falta de información esencial del art. 18 bis por cuanto la falencia indicada nunca pudo ser subsanada por adenda, sino que fue completada artificialmente por la autoridad ambiental. Por lo anterior, correspondía el rechazo del Proyecto de acuerdo a lo indicado en el art. 19 inciso 3° de la Ley N° 19.300. Por último, por las mismas razones, la Reclamante denunció la infracción al principio preventivo, estimando ineficaz para su cumplimiento la inclusión del Predio N°8 en la fase recursiva y la medida decretada en la Resolución Reclamada sobre registro de camiones y deber de informar a la Superintendencia del Medio Ambiente, ya que, sin haberse efectuado la evaluación completa y real del área de influencia, es imposible a su juicio predecir y asegurar la eficacia de dicha medida.

REPÚBLICA DE CHILE
TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

B. Argumentos de la Reclamada

SEXTO. Que, en su informe de fs. 3682, la Reclamada solicitó el rechazo de la reclamación. En primer término, manifestó que las observaciones de la Reclamante fueron debidamente consideradas tanto en la evaluación del Proyecto como en su RCA. Explicó que si bien el Predio N°8 no fue incluido de manera expresa en el área de influencia durante la evaluación del Proyecto, sí se incorporó en la etapa recursiva, existiendo toda la información disponible en el expediente administrativo para descartar una afectación a los sistemas de vida de la comunidad Kawésqar vinculada al impacto vial del Proyecto sobre el Predio N°8. Relativo a la observación N°3, indicó que cada elemento del medio ambiente comprende su propia área de influencia, de manera que no es admisible que por el solo hecho de ubicarse el Predio N°8 en una de las áreas de influencia del Proyecto, le alcancen los efectos de los demás componentes. Añadió que la sola presencia de grupos humanos indígenas en el área de influencia no implica su afectación, considerando que la Reclamante no indicó cómo se habría producido la alteración a los sistemas de vida en un predio distante a 9,5 kilómetros del Proyecto, ignorándose la frecuencia de las reuniones aludidas por la Reclamante. Respecto al maritorio, la Reclamada descartó una afectación significativa del uso y acceso por parte de comunidades indígenas. Al respecto, indicó que de acuerdo a las características del Proyecto y a la información del expediente de evaluación, no hay infraestructura que pueda causar interferencia en la navegación, que el área de playa y borde costero del Proyecto no es área de pesca tradicional por pescadores artesanales, y que tampoco el lugar presenta singularidades del punto de vista ecosistémico. Hizo presente en este sentido, que los ductos que considera el Proyecto son soterrados, con cañería de 440 metros, emisiones tratadas en planta de Riles previo a descarga según la Tabla 4 del DS 90, y existe Plan de Vigilancia Ambiental del Titular. Preciso que el traslado de smolts sería por vía marítima. Respecto de las observaciones N° 4 y 5, informadas respecto del junquillo, la Reclamada también descartó una afectación, ya que la disminución del recurso obedecería a causas ajenas al Proyecto toda vez que este no se ha iniciado, y salvo una bocatoma lateral,

REPÚBLICA DE CHILE
TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

el Proyecto no considera edificaciones en la ribera del río Høllenberg, no afectando su biota. Por último, relativo a la observación N°6, la Reclamada descartó la procedencia de una consulta indígena, indicando que las respuestas de las observaciones 3, 4, y 5 analizan los componentes necesarios para descartar una afectación significativa al medio humano indígena.

SÉPTIMO. Que, en segundo lugar, la Reclamada denunció desviación procesal e infracción al principio de congruencia entre la reclamación administrativa y la de autos. Señaló que la Reclamante planteó una nueva alegación en la reclamación judicial, relativa a las reuniones con grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas (art. 86 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental -en adelante «RSEIA»-), es decir, argumentos no vertidos ni en la reclamación administrativa ni en las observaciones planteadas en la evaluación del Proyecto; por lo que a su juicio se desnaturalizaría el carácter revisor del Tribunal. El SEA alegó indefensión y solicitó al Tribunal circunscribir su competencia a las alegaciones correctamente formuladas, reservándose el derecho a informar sobre todos los argumentos sostenidos por la Reclamante.

OCTAVO. Que, según la Reclamada existe información suficiente producida en la evaluación para descartar los efectos del art. 11 letra c) de la Ley N° 19.300, por cuanto el Titular habría utilizado metodologías para la caracterización de grupos humanos indígenas y no indígenas validadas por el SEA. Respecto al informe de Conadi, este habría sido analizado en su propio mérito y complementado con la información remitida por la Subsecretaría del Medio Ambiente durante la reclamación administrativa y la información existente en la evaluación ambiental. La Reclamada indicó la existencia de dos reuniones en el marco de actividades de participación ciudadanas (1 y 15 de junio de 2016), con dirigentes del pueblo Kawésqar, que permitieron modificar el emplazamiento del Proyecto para no afectar patrimonio arqueológico identificado, manteniendo la improcedencia de una consulta indígena por no existir impactos ambientales significativos sobre la comunidad Kawésqar. El SEA reconoció que, si bien dichas reuniones no se realizaron en el marco del art. 86 RSEIA, en los hechos cumplieron el mismo objetivo, o sea, relevar información que permita aplicar el término anticipado del Proyecto. Tampoco existiría afectación significativa al tránsito y flujo vehicular, al maritorio y acceso al borde

REPÚBLICA DE CHILE
TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

costero, o a la manifestación de tradiciones o intereses comunitarios, ya que las obras del Proyecto se ejecutarán en un predio privado con uso industrial, ubicado a 23 km de Natales y 9,5 km del Predio N°8. La Reclamada señaló que la extensión del área de influencia del Proyecto al Predio N°8 estaría dado por el aumento de tránsito vehicular que este conlleva, el cual se encuentra descrito y evaluado, no siendo a su juicio significativo; concluyendo que la debida ponderación de las observaciones en la evaluación dice relación con que efectivamente el proceso de evaluación se haya hecho cargo de la materia observada.

NOVENO. Que tampoco existiría falta de información relevante y esencial, reiterando la Reclamada sus alegaciones anteriores. Sin embargo, puntualizó que el Capítulo IV de DIA refiere a la comunidad aludida por la Reclamante, y que su Anexo 3 indica que solo dos familias se reconocerían como indígenas y una sola estaría acreditada en Conadi. Explicó que si bien el error inicial de la RCA consistió en no incorporar al área de influencia el Predio N°8 del Sr. Caro, lo que ocasionó que no se realizaran las reuniones del art. 86 RSEIA, dicho error no configuraría un vicio esencial, ni causaría perjuicio al interesado, por lo que no corresponde dejar sin efecto el procedimiento. Al respecto, explicó que el art. 86 no se refiere a una debida consideración de las observaciones ciudadanas sino que tiene como fin determinar la falta de información relevante o esencial, lo que pudo ser subsanado con los antecedentes de la evaluación ambiental. A su juicio, retrotraer el procedimiento incluyendo dentro del área de influencia el predio del Sr. Caro no modificaría el resultado de la evaluación, porque fue posible descartar los efectos del art. 11 letra c) de la Ley N° 19.300, de manera que procede mantener el procedimiento de evaluación en virtud del principio de trascendencia, eficiencia, eficacia y economía procesal. La Reclamada alegó también que el Director Ejecutivo puede resolver la reclamación administrativa no solo rechazando el proyecto sino estableciendo requisitos o condiciones, pudiendo examinar aspectos de mérito, oportunidad o conveniencia limitado a la debida cautela del bien jurídico protegido, según jurisprudencia que cita.

DÉCIMO. Que, por último, no existiría infracción al principio preventivo, por haberse efectuado en el SEIA una adecuada predicción y evaluación de los impactos, considerando adecuadamente la

REPÚBLICA DE CHILE
TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

afectación al grupo humano indígena y dando respuesta fundada a las observaciones de la Reclamante tanto en la RCA como en la Resolución Reclamada. Por estas razones, además, dichos actos administrativos se encontrarían debidamente fundados.

C. Argumentos del tercero coadyuvante

UNDÉCIMO. Que el tercero coadyuvante de la Reclamada, en su escrito de fs. 3843, sostuvo similares argumentos a la Reclamada relativos a la debida consideración de las observaciones, apoyando sus alegaciones en la ubicación, importancia, tecnología y proceso productivo del Proyecto. Sin perjuicio, descartó la procedencia de la consulta indígena, la infracción al Convenio de la OIT, la infracción al principio de congruencia, a la normativa del SEIA y al principio preventivo, ilustrando su postura por medio de la jurisprudencia que indica. En el caso particular del junquillo, señaló que las instalaciones del Proyecto no afectarán el libre escurrimiento de las aguas y el caudal ecológico del río Hollemberg. En base a una encuesta efectuada a los artesanos de Puerto Natales que trabajan con junquillo, concluyó que dichas personas no extraen el recurso de dicho río, no siendo posible afirmar que el proyecto puede afectar la economía de subsistencia del pueblo Kawésqar por una supuesta merma del junquillo.

II. Hechos no controvertidos

DUODÉCIMO. Que, para un cabal entendimiento del asunto que debe resolver este Tribunal, cabe dejar consignados los siguientes antecedentes del proceso, como hechos incontrovertidos:

- 1) A fs. 88, el 18 de abril de 2016, Sealand Aquaculture S.A. ingresó el Proyecto «Piscicultura de Recirculación Lago Balmaceda», por medio de una DIA al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, y a fs. 3343 y ss., por Res. Ex. N° 135/2018, de 9 de noviembre de 2018, la COEVA de Magallanes lo calificó ambientalmente favorable;
- 2) A fs. 1413, dentro del procedimiento de evaluación, el 18 de mayo de 2016, SEA de Magallanes ordenó la realización de un proceso de participación ciudadana, por un plazo de

REPÚBLICA DE CHILE
TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

- 20 días; y a fs. 1527, la Reclamante presentó observaciones ciudadanas, enumeradas por la autoridad en el acápite 10.2.2. de la RCA del Proyecto, con los números 3, 4, 5 y 6, respectivamente.
- 3) A fs. 3716, el 2 de enero de 2019, la Reclamante interpuso reclamación administrativa ante el Director Ejecutivo del SEA, solicitando dejar sin efecto la RCA del Proyecto, por no haber sido debidamente consideradas sus observaciones ciudadanas, pidiendo que el Proyecto ingrese al SEIA por medio de un EIA.
 - 4) A fs. 3810 y ss., el 31 de mayo de 2019, por medio de Res. Ex. N° 0681/2019, el Director Ejecutivo del SEA acogió parcialmente el recurso de reclamación de la Sra. Caro Loncuante y modificó el contenido del Considerando N° 10.2.2.1.1 de la RCA del Proyecto. En virtud de ello, incorporó al área de influencia el Predio N°8 Lote C, Colonia Isabel Riquelme y ordenó mantener un registro de los camiones en el ingreso al Proyecto, con el deber de informar a la Superintendencia del Medio Ambiente cuando se realizara transporte terrestre de smolts.
 - 5) A fs. 1 y ss., el 23 de julio de 2019, la Reclamante presentó reclamación del art. 17 N°6 de la Ley N° 20600, solicitando a este Tribunal dejar sin efecto la Resolución Reclamada por falta de consideración a las observaciones ciudadanas formuladas por la Reclamante.
 - 6) A fs. 3704 de su informe de 23 de agosto de 2019, la Reclamada reconoció la ausencia de reuniones con grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas del art. 86 RSEIA, calificándolo como un error, sin perjuicio de las demás alegaciones que ésta planteó pidiendo el rechazo de la reclamación de autos.

III. Determinación de las controversias

DECIMOTERCERO. Que, de acuerdo a los argumentos y escritos de las partes, se identifican las siguientes controversias, que el Tribunal, para la mejor resolución de la reclamación de autos, ordenará de la siguiente manera:

REPÚBLICA DE CHILE
TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

- a) Desviación procesal e infracción al principio de congruencia.
- b) Debida consideración de las observaciones ciudadanas y afectación a los sistemas de vida de la comunidad Kawésqar.

DECIMOCUARTO. Que, la resolución de la primera de las controversias permitirá determinar si corresponde que el Tribunal se pronuncie sobre la legalidad de la decisión de no haber puesto término anticipado al procedimiento según el art. 18 bis de la Ley N° 19.300, por falta de información relevante o esencial. Por tal razón, se hará referencia a la desviación procesal o incongruencia, para luego analizar si el SEA dio cumplimiento al estándar de ponderación de las observaciones PAC.

a) Acerca de la desviación procesal e infracción al principio de congruencia

DECIMOQUINTO. Que, corresponde pronunciarse respecto de la alegación planteada por la Reclamada acerca de la infracción de los principios de congruencia y contradictoriedad. Sobre este punto denunció desviación procesal e infracción al principio de congruencia entre la reclamación administrativa y la de autos. Señaló que la Reclamante planteó una nueva alegación en la reclamación judicial, relativa la infracción a la obligación de reunirse con grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas (art. 86 RSEIA), es decir, argumentos no vertidos ni en la reclamación administrativa ni en las observaciones planteadas en la evaluación del Proyecto. Por esta razón, el SEA alegó que esto provocaría indefensión y solicitó al Tribunal circunscribir su competencia a las alegaciones correctamente formuladas, y vinculadas con las observaciones.

DECIMOSEXTO. Que, la Reclamante indicó en sede administrativa que, en el procedimiento de participación ciudadana, el pueblo Kawésqar manifestó la necesidad de que el proyecto ingrese por vía de un EIA, y que las observaciones no fueron debidamente consideradas ya que se entregaron respuestas vagas e impertinentes (fs.7). Luego, en sede jurisdiccional, señaló que la falta de la debida consideración de sus observaciones tuvo como consecuencia la vulneración al artículo 86 del RSEIA, indicando que el SEA debió

REPÚBLICA DE CHILE
TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

finalizar el procedimiento de evaluación por falta de información relevante y esencial. Lo anterior lo sustenta en que se habría excluido del área de influencia del proyecto al predio del señor Arnoldo Caro Pérez.

DECIMOSÉPTIMO. Que, las alegaciones relacionadas con el cumplimiento del art. 86 RSEIA serán desestimadas, por tratarse de cuestiones nuevas, planteadas únicamente en la Reclamación judicial, y que no guardan conexión con las alegaciones acerca de la falta de consideración de sus observaciones realizada en sede administrativa. Esto no quiere decir que los Reclamantes no puedan agregar en la reclamación argumentos o antecedentes adicionales para respaldar sus alegaciones, o que eventualmente puedan reforzar la argumentación fáctica o jurídica, pero siempre que queden circunscritas a las observaciones planteadas en la PAC o al menos en la reclamación administrativa.

DECIMOCTAVO. Que, en este sentido, el acto que resuelve la reclamación administrativa no solo es un presupuesto procesal sin el cual no se abre la vía jurisdiccional, sino además sirve de marco para definir el objeto del proceso judicial, su extensión y contenido. Por tal motivo, no pueden plantearse ante este Tribunal cuestiones sobre las que la resolución que resuelve el reclamo administrativo no se haya pronunciado, por no haberse planteado en sede administrativa. Similar razonamiento se puede observar en la sentencia de la Excmá. Corte Suprema, «Johannes Jacobus Hendrikus Van Dijk con Comité de Ministros», Rol N° 34.281-2017, de 9 de abril de 2018, donde se indicó que: «[...] no se debe olvidar que, por su propia naturaleza, el contencioso-administrativo requiere que la Administración haya tenido la posibilidad de enmendar una eventual ilegalidad, de lo que se sigue que, para que el recurrente en sede administrativa pueda interponer, a su vez, reclamación ante el Tribunal Ambiental, es imprescindible que el Comité haya estado en condiciones de pronunciarse sobre la materia impugnada, cuestión que, en la especie, no acaeció, desde que el asunto de que se trata fue planteado en sede judicial, mas no a través de la vía recursiva administrativa».

DECIMONOVENO. Que, en este sentido, se debe precisar que el vicio invocado ante este Tribunal, acerca de la omisión de las reuniones a que hace referencia del artículo 86 del RSEIA, no solo es una alegación nueva introducida recién en esta sede, sino que además

REPÚBLICA DE CHILE
TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

involucra una pretensión nueva, como es la de retrotraer el procedimiento para ponerle término por falta de información relevante y esencial, mientras que en la reclamación administrativa, sólo se habría solicitado la nulidad de la RCA por falta de consideración de las observaciones ciudadanas. La doctrina ha indicado: "el carácter revisor de la jurisdicción contencioso se evidencia en la vinculación entre las pretensiones deducidas en vía judicial y las que se ejercieron frente a la Administración, que impide que puedan plantearse judicialmente cuestiones no suscitadas, con anterioridad, en vía administrativa" (Escuin, Vicente y Belando, Beatriz, *Los recursos administrativos*, Thomson Reuters, Madrid, 2011, p. 37). La vinculación entre recurso administrativo y judicial resulta particularmente intensa cuando se trata de recursos administrativos de ejercicio obligatorio y previo al acceso a la jurisdicción, pues ahí la actividad recursiva asume no solo una función de garantía para el administrado, sino que además es un mecanismo de control interno de la Administración. De esta manera, el legislador obliga al administrado a recurrir previamente ante la autoridad administrativa con la finalidad de que ésta reflexione acerca de la legalidad de sus actuaciones, para lo cual deberá atenerse a los vicios que son invocados y alegados en el recurso. Carecería de sentido establecer una vía perentoria de reclamación administrativa -que busca evitar la intervención del aparato jurisdiccional-, si posteriormente el administrado puede alegar vicios nuevos, que no ha sometido al análisis y consideración previa de la Administración. Es esta una característica esencial de los procesos contenciosos de revisión de decisiones administrativas. En la especie, la supuesta infracción al art. 86 RSEIA no fue parte de la observación ni del recurso administrativo ante el Director Ejecutivo y, por tal motivo, no puede ser motivo de análisis por el Tribunal.

VIGÉSIMO. Que, por todo lo anterior, estas alegaciones serán desestimadas por improcedentes y, en consecuencia, el Tribunal omitirá pronunciamiento sobre la legalidad de la decisión de no poner término anticipado al procedimiento por una eventual infracción al art. 86 RSEIA.

b) Acerca de la debida consideración de las observaciones

REPÚBLICA DE CHILE
TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

VIGÉSIMO PRIMERO. Que, la Reclamante planteó en su Reclamación, a fs. 3, que la sistematización de las observaciones y la respuesta técnica realizada por el SEA no darían cumplimiento a un estándar aceptable de debida consideración.

VIGÉSIMO SEGUNDO. Que, respecto de lo primero, se debe señalar que en la reclamación a fs. 4, al momento de describir las observaciones, la Reclamante las agrupa y sistematiza de la misma forma en que lo hizo la autoridad administrativa. Además, ni en el recurso ante el Director Ejecutivo que rola a fs. 3716, ni en la reclamación judicial de fs. 1 y siguientes, se explica o fundamenta en qué sentido la sistematización efectuada por el SEA sería incorrecta. Cabe señalar que la sistematización y edición de las observaciones ciudadanas tiene por finalidad separar y ordenar los diferentes aspectos involucrados en la consulta, comentario o inquietud que formula una persona natural o jurídica, de manera de facilitar el tratamiento y respuesta, tanto del titular del proyecto como del SEA en la RCA. Ni la Ley N° 19.300 ni el RSEIA establecen un deber para el SEA en tal sentido, y nada impide que, bajo un estándar de buen servicio y sin alterar el contenido de las observaciones, se haga una ordenación de ellas para cumplir con la debida consideración.

VIGÉSIMO TERCERO. Que, en este sentido, la Reclamante no alegó que el SEA haya alterado el contenido de sus observaciones. Más bien el reproche se formula a las respuestas, que calificó de vagas e impertinentes. En consecuencia, lo que corresponde verificar es si las observaciones efectuadas por la Reclamante han sido debidamente consideradas en la RCA.

VIGÉSIMO CUARTO. Que, en efecto, el inciso 5° del artículo 30 bis de la Ley N° 19.300, señala que: "*Cualquier persona, natural o jurídica, cuyas observaciones no hubieren sido debidamente consideradas en los fundamentos de la resolución de calificación ambiental establecida en el artículo 24, podrá presentar recurso de reclamación de conformidad a lo señalado en el artículo 20, el que no suspenderá los efectos de la resolución*" (cursiva es del Tribunal). A su vez, de lo resuelto por la autoridad administrativa, se podrá reclamar ante el Tribunal Ambiental conforme al artículo 17 N° 6 de la Ley N° 20.600, que en lo pertinente señala que los tribunales ambientales serán competentes para: "6) Conocer de las reclamaciones que interponga cualquier persona natural o jurídica

REPÚBLICA DE CHILE
TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

en contra de la determinación del Comité de Ministros o Director Ejecutivo que resuelva el recurso administrativo cuando sus *observaciones no hubieren sido consideradas* en el procedimiento de evaluación ambiental, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 29 y 30 bis de la Ley N° 19.300, en relación con el artículo 20 de la misma ley" (cursiva es del Tribunal).

VIGÉSIMO QUINTO. Que, conforme lo preceptuado, el eje por el que discurre esta vía especial de impugnación para quienes han realizado observaciones en el procedimiento de evaluación ambiental, es la determinación de si ellas han sido o no debidamente consideradas. En este sentido, no existe ni en la Ley N° 19.300 ni en el RSEIA un concepto o definición de qué debe entenderse por debida consideración. En un sentido negativo, es evidente que "debida consideración" de la observación no es sinónimo de adoptar "*una posición favorable a lo observado, pero sí obliga a la autoridad a motivar adecuadamente su respuesta, no siendo suficiente una mera descripción que se limite únicamente a la reproducción de las opiniones del titular o de los organismos sectoriales, sino que deberá contener una revisión acuciosa de todos los elementos tenidos en cuenta en la evaluación*" (Sentencia Segundo Tribunal Ambiental, de 18 de febrero de 2016, Rol N° R-35-2014, acumulada R-37-2014 y Rol N° R-60-2014).

VIGÉSIMO SEXTO. Que, en este aspecto el SEA, el 1 de abril de 2013, dictó el Oficio Ordinario N° 130.528, que contiene el "Instructivo Consideración de las Observaciones Ciudadanas en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental". En este Ordinario se precisa el alcance del deber de evaluar técnicamente las observaciones y de dar respuesta fundada a ellas, estableciendo un estándar mínimo que debe contener toda respuesta a las observaciones ciudadanas.

VIGÉSIMO SÉPTIMO. Que, el referido Ordinario establece que "considerar" las observaciones implica "*hacerse cargo de la materia observada durante el proceso de evaluación ambiental o, en otras palabras, incorporar al proceso respectivo la preocupación ambiental levantada por el observante, para luego, a la luz de lo anterior, dar respuesta a los requerimientos presentados por la ciudadanía durante el proceso formal de participación ciudadana de los proyectos sometidos a evaluación*". Al respecto se debe considerar que "*tan importante como la respuesta a las observaciones,*

REPÚBLICA DE CHILE
TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

es el tratamiento que la autoridad les haya dado durante todo el proceso de evaluación antes de dar respuesta formal, donde la autoridad tiene el deber de incorporar a dicha evaluación, con la mayor antelación posible, las observaciones de la ciudadanía, lo que le permitirá adoptar, si corresponde, decisiones oportunas que también constituyen una expresión de una debida consideración de ellas" (Sentencia Segundo Tribunal Ambiental, de 18 de febrero de 2016, Rol N° R-35-2014, acumulada R-37-2014 y Rol N° R-60-2014)

VIGÉSIMO OCTAVO. Que, por otra parte, en cuanto a los criterios que se deben seguir al momento de dar respuesta a las observaciones, se señalan en el Instructivo los siguientes: i) completitud y precisión en cada uno de los temas observados; ii) autosuficiencia, que implica dar respuestas completas, evitando las remisiones genéricas al EIA, DIA y/o Adendas; iii) claridad en la respuesta, tanto en su redacción como en el lenguaje; iv) sistematización y edición, evitando alterar las observaciones presentadas; y, v) independencia de la respuesta entregada por el titular en la Adenda, la que sólo debe servir de referencia, debiendo evitar basarse únicamente en ella.

VIGÉSIMO NOVENO. Que, conforme lo expuesto, para determinar si las observaciones ciudadanas fueron debidamente consideradas, se debe realizar un examen: i) del procedimiento de evaluación ambiental, desarrollado ante el SEA de la Región de Magallanes y de la Antártica chilena, y la COEVA de la misma Región, como ante el Director Ejecutivo del SEA; ii) de los fundamentos de la RCA y de la resolución del Director Ejecutivo del SEA.

TRIGÉSIMO. Que, para tal efecto, el Tribunal realizará un examen del tratamiento de la observación materia de esta reclamación, tanto en sus aspectos procedimentales, como en la respectiva RCA 135/2018 y en la Resolución Exenta N° 0681, de 31 de mayo de 2019, impugnada en autos. Al mismo tiempo, este Tribunal omitirá referirse a los vicios del procedimiento alegados a fs. 17 y siguientes por la Reclamante, por tratarse de asuntos ajenos a las observaciones promovidas.

TRIGÉSIMO PRIMERO. Que, de fs. 1527 a 1531, consta la **observación efectuada con fecha 30 de junio de 2016, por doña María Isabel Caro Loncuante.** Esta observación es separada por el SEA en cuatro partes, que se resumen, en las siguientes ideas: **i) Afectación de predio utilizado por la comunidad Kawésqar para reuniones.** Indica

REPÚBLICA DE CHILE
TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

la observante que dentro del área de influencia se encuentra un predio ubicado a 13,5 km de Puerto Natales, denominado Parcela N°8 lote c, Colonia Isabel Riquelme, de propiedad de don Arnoldo Caro Pérez, perteneciente al pueblo Kawésqar, lugar que es utilizado por los miembros de la comunidad Aswaal Lajep como sitio de reunión. Agrega que este predio fue adquirido a través del concurso de tierras para indígenas Conadi el día 21 enero 2015. Añade que el acceso al predio se logra por la ruta Y-340 que va de Puerto Natales a Seno Obstrucción lo que lo deja dentro del área de influencia del proyecto, el que además afecta directamente a la comunidad indígena Kawésqar, antes mencionada (fs. 1528); **ii) Afectación del recurso natural junquillo.** Se señala que en la desembocadura del río Hollelberg, se encuentra un área rica en junquillo, producto de materia vegetal que es utilizado por los miembros de las comunidades para la confección de artesanía propia de la cultura Kawésqar; añade que la disminución del caudal del río mencionado ha provocado una merma importante de este recurso lo que genera un impacto en su actividad económica y deja a las comunidades y artesanos del pueblo en una clara vulneración de sus derechos a producir un bien cultural y a trascenderlo dentro de la comunidad (fs. 1529); **iii) Vulneración al art. 23 del Convenio 169 de la OIT.** 1. La artesanía, las industrias rurales y comunitarias y las actividades tradicionales y relacionadas con la economía de subsistencia de los pueblos interesados, como la caza, la pesca, la caza con trampas y la recolección, deberán reconocerse como factores importantes del mantenimiento de su cultura y de su autosuficiencia y desarrollo económicos. Con la participación de esos pueblos, y siempre que haya lugar, los gobiernos deberán velar por que se fortalezcan y fomenten dichas actividades. 2. A petición de los pueblos interesados, deberá facilitárseles, cuando sea posible, una asistencia técnica y financiera apropiada que tenga en cuenta las técnicas tradicionales y las características culturales de esos pueblos y la importancia de un desarrollo sostenido y equitativo (fs. 1529 y 1530), y; **iv) Compromisos ambientales voluntarios que implican reconocer la existencia de impactos.** Se indica que en el capítulo VII de la DIA, se establecieron compromisos ambientales voluntarios, los que suponen reconocer un impacto, cuestión coincidente con la entrada del proyecto al SEIA.

REPÚBLICA DE CHILE
TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

De esta forma, ese sólo impacto debería dar pie a la consulta indígena (fs. 1530 y 1531).

TRIGÉSIMO SEGUNDO. Que a fs. 2250, consta la **respuesta del titular en la Adenda Complementaria sobre Informe Consolidado de Aclaraciones, Rectificaciones y Ampliaciones de observaciones ciudadanas del Proyecto** (en adelante, Adenda Ciudadana). De esta respuesta se puede destacar lo siguiente: i) el titular asegura a fs. 2252 que el predio del señor Caro Pérez se encuentra fuera del área de influencia del proyecto, y que, por tal razón, la comunidad Aswaal Lajep puede continuar sus actividades sin interrupción; ii) señala que el proyecto solo utilizará un caudal de 70 l/s que captará con una bocatoma lateral con una intervención acotada de la ribera del río, salvaguardando siempre el caudal ecológico del río Hollemberg. Agrega que se pudo constatar en el pueblito de artesanos un puesto con artesanía de junquillo, pero que éste es traído desde Chiloé. Lo anterior es coherente con el levantamiento de biodiversidad de flora y fauna realizado en el mes de octubre en toda la ribera norte del río en que se constata la existencia de junquillo, pero no se encuentra en condiciones de ser utilizado como materia prima al estar seco. Por último, el titular responde que se implementarán tres alternativas frente a una disminución del caudal del río Hollemberg. Estas alternativas corresponden al sistema de "cero descargas", al estanque de acumulación de agua y a los equipos de desalinización y/o osmosis inversa (fs. 2254 y 2255); iii) el titular afirma que el proyecto no generará afectación a las actividades de artesanía, industrias rurales y comunitarias, y que corresponde al gobierno (y no al titular) velar por el fortalecimiento de esas actividades. Agrega que, para otros proyectos similares, Sealand Aquaculture S.A., ha realizado una serie de actividades comunitarias enmarcadas dentro de la Responsabilidad Social Empresarial (fs. 2256 y 2257). Por último, indica que el proyecto reconoce el traslado de smolts vía marítima, sin embargo se utilizarán las vías marítimas de tipo comercial, por lo que no se prevé que se genera un efecto significativo en los canales de la Patagonia; iv) en relación a esta observación el titular señala que se realizó una inspección visual en los predios en que se emplazará el proyecto, y fueron encontrados hallazgos considerados por éste como "no monumentos"; por tal razón, el titular decidió modificar el emplazamiento del proyecto para no

REPÚBLICA DE CHILE
TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

afectar esos hallazgos. Por último, señala el titular que no prevé excavaciones, y en todo caso, dará cumplimiento a los artículos 22 y 23 de la ley 17.288 sobre Monumentos Nacionales (fs. 2261).

TRIGÉSIMO TERCERO. Que, a fs. 3063 y siguientes, consta la evaluación técnica de las observaciones efectuada por el SEA y **su incorporación en el ICE.** En esta se puede destacar lo siguiente: i) el SEA indica que el predio del señor Caro se encuentra a 9,5 km aproximadamente del emplazamiento del proyecto y su área de influencia. Agrega que se estaría minimizando la utilización de la Ruta Y-340, pero que, en todo caso, la evaluación del proyecto permitió descartar la presencia de efectos adversos significativos en los tiempos de desplazamiento con ocasión de la referida ruta (fs. 3067 y 3068); ii) respecto del junquillo señala que efectivamente en el levantamiento de biodiversidad de flora y fauna se detectó su presencia pero es de baja calidad en términos de materia prima para su procesamiento, cuestión que, no obstante, no sería atribuible al proyecto. Agrega que el titular solo utilizará 70 l/s de los 100 permitidos, el que será captado por una bocatoma lateral cuya intervención en la ribera es acotada. Sin perjuicio lo anterior indica que el titular implementará tres alternativas de uso del agua: a) sistema de uso llamado "cero descargas", tecnología utilizada en países como Canadá que reduce la demanda de agua de cambio de la piscicultura mediante la desnitrificación y desfosforización; b) abastecer el proyecto con un estanque de acumulación de agua que se mantendrá oxigenado, cuya capacidad es de 2.500 metros cúbicos; c) abastecer el proyecto con equipos de desalinización y/o equipos de osmosis inversa (fs. 3071 y 3072); iii) respecto de la aplicación del art. 23 del Convenio 169 OIT, señala el SEA que las actividades tradicionales y relacionadas con la economía de subsistencia de los pueblos interesados (especialmente la artesanía) no se verán afectadas ya que se están adoptando medidas suficientes para impedir cualquier degradación ambiental. Señala que, respecto del uso de los canales de la Patagonia, el proyecto reconoce el traslado de smolts por mar siendo las vías utilizadas las de tipo comercial que indique la autoridad marítima. Sobre la presencia de restos arqueológicos se indica que se identificaron hallazgos según se detalla en la DIA, pero el titular decidió modificar el emplazamiento del proyecto con la finalidad de no afectarlos (fs. 3072 y 3073); iv) señala el SEA que se han

REPÚBLICA DE CHILE
TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

descartado los efectos del art. 11 de la Ley N° 19.300, dado que el proyecto se emplaza en un terreno que no tiene la calidad de indígena y no se afectarán las especies o vegetación del río. Agrega que la existencia de compromisos voluntarios si bien supone reconocer un impacto, ello no importa entender que éstos tengan un carácter significativo (fs. 3073 y 3074).

TRIGÉSIMO CUARTO. Que a fs. 3374 y siguientes, en el **considerando 10.2.2 de la RCA del Proyecto**, el SEA de la Región de Magallanes incorpora la respuesta a la observación de la Reclamante, pudiendo destacarse: i) se señala que el predio del señor Caro Pérez se encuentra a 9,5 Km aproximadamente del emplazamiento proyecto y su área de influencia. Agrega que el proyecto podría considerar el uso de la Ruta Y-330 Puerto Natales-Colonia Isabel Riquelme, a la que se accede antes del ingreso a la ciudad de Puerto Natales y converge a la Ruta Y-340 a la altura de punta Dumestre. No obstante, a partir del flujo vehicular de las fases de construcción y operación y el catastro vial, se pudo descartar la presencia de efectos adversos significativos, referidos a la obstrucción o restricción a la libre circulación, conectividad o el aumento significativo en los tiempos de desplazamiento, con ocasión del uso de la Ruta Y-340 (fs. 3375 y 3376); ii) en relación a la afectación al recurso junquillo, señala que el titular del proyecto realizó un levantamiento de biodiversidad de flora y fauna en toda la ribera norte de río, constatando la presencia de junquillo de baja calidad, en términos de materia prima para su procesamiento artesanal (se encontraba seco), no obstante, aquello no es atribuible al proyecto evaluado (fs. 3381). Agrega que el titular implementará tres alternativas de uso de aguas para el caso de una baja en el caudal del río y/o ante un estado crítico de este: a) Sistema de uso de aguas, llamado "cero descargas", tecnología utilizada en países como Canadá, que reduce la demanda de agua de cambio (Make-up) de la piscicultura, es decir de los 70L/s señalados en la Declaración de Impacto Ambiental, a 4L/s, todo ello mediante una tecnología de desnitrificación y desfosforización; b) un estanque de acumulación de agua, que se mantendrá oxigenado, cuya capacidad será de 2.500m³; c) Se abastecerá el proyecto, con equipos de desalinización y/o equipos de osmosis inversa (fs. 3382); iii) en lo relativo al art. 23 del Convenio 169 OIT, se señala que las actividades como artesanía, industrias rurales y comunitarias de

REPÚBLICA DE CHILE
TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

las actividades tradicionales y relacionadas con la economía de subsistencia de los pueblos interesados, como la caza con trampas y la recolección, no se verán afectados ya que se están tomando medidas suficientes, para impedir cualquier degradación ambiental, siendo absolutamente viable que continúen con las actividades que se realizan en la zona aledaña al proyecto. Además, el proyecto reconoce el traslado de los smolts vía marítima; sin embargo, se usarán las indicadas por la autoridad marítima de tipo comercial, utilizadas también por otras actividades productivas, incluido las actividades turísticas (fs. 3383). En lo que respecta a la arqueología, se realizó una Inspección Visual Arqueológica, ejecutada por Doina Munita C. Licenciada en Antropología mención en Arqueología Magíster en Planificación y Gestión Territorial y el Arqueólogo Rodrigo Mera, para los predios de 10 hás y de 1,4 hás; y por el arqueólogo Francisco Cornejo en el predio de 1,5 hás. A partir de ello, se generó un Informe Arqueológico que compila ambas inspecciones y que se encuentra disponible en el Anexo 3 de la DIA. En los predios de 10 hás y de 1,4 hás donde se identificaron los hallazgos, el titular modificará el emplazamiento del proyecto, con la finalidad de no afectar los hallazgos. La inspección en todos los sitios fue visual, descartándose excavación o remoción (fs. 3383); iv) Se indica que la adopción de Compromisos Ambientales Voluntarios (CAV) por parte del proponente, si bien puede implicar el reconocimiento de impactos, ello no importa el reconocimiento de impactos significativos, o de efectos, características o circunstancias, establecidos en el artículo 11 de la ley N° 19.300. Los CAV tienen por objetivo, precisamente, hacerse cargo de los impactos no significativos y los asociados a verificar, que no se generan impactos significativos, conforme a lo establecido en la letra e) del artículo 19 del Reglamento del SEIA. En razón de lo anteriormente expuesto, es posible concluir que no procede decretar la realización de un Proceso de Consulta Indígena (fs. 3385).

TRIGÉSIMO QUINTO. Que, a fs. 3616 y siguientes consta **el recurso de reclamación administrativa interpuesto por la Reclamante en conformidad a los artículos 30 bis y 20 de la Ley N° 19.300.** El recurso se fundamentó en que las observaciones no fueron debidamente consideradas en los fundamentos de la RCA, tanto en su sistematización como en su evaluación técnica. En primer lugar, alegó

REPÚBLICA DE CHILE
TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

que las respuestas fueron vagas e impertinentes, relativas a temas conexos, pero no directos. Así, respecto de la **observación número tres**, indicó que ésta hacía hincapié en la existencia de tierras y comunidades protegidas en el área de influencia por lo que la DIA carecía del contenido mínimo; sin embargo, la respuesta del SEA versó sobre los impactos de los camiones en la ruta, detallando medidas y flujos, cuestión relevante pero que no está relacionado con la observación (fs. 3721 y 3722). En relación a la **observación número cuatro**, indicó que existe preocupación por la afectación a la materia prima vegetal cuya utilización forma parte de la economía de subsistencia; la respuesta del SEA, ignoraría los factores socioeconómicos y culturales que implica la intervención, descartando la afectación sobre el río Hollemborg (fs. 3722). En cuanto a la **observación número cinco** señaló la impugnante que la respuesta se dirige en un sentido totalmente diverso a lo pretendido por la observación, pues en ningún caso se pretendía una explicación de los alcances arqueológicos de la actividad sino demostrar los factores relevantes que debe tener el Estado para establecer las condiciones y funcionamiento de las actividades en el territorio indígena. Agrega que la observación cinco, evidencia la nula participación en el proceso de evaluación ambiental, y que ello conculca gravemente las disposiciones internacionales que rigen la materia (fs. 3722). Finalmente indicó que el proyecto afecta tierras utilizadas para realizar reuniones como además el uso ancestral del territorio marino, amenazando el entorno del borde costero (fs. 3723).

TRIGÉSIMO SEXTO. Que a fs. 3797, consta el Ord. **240/2019, emitido por la Dirección Nacional de la Conadi de 19 de marzo de 2019**, en respuesta al ordinario 190267, de 15 de febrero de 2019. En este último ordinario se solicitó a la autoridad sectorial informar: i) acerca de la posible afectación a las actividades que la comunidad Aswaal Lajep pertenecientes al pueblo Kawésqar realizaría en el predio de don Arnoldo Caro; ii) posible afectación al maritorio utilizado ancestralmente por el pueblo Kawésqar y la actividad de subsistencia de la Comunidad Indígena Aswaal Lajep, consistente en la confección de artesanía con el "junquillo" existente en la desembocadura del río Hollemborg.

TRIGÉSIMO SÉPTIMO. Que a fs. 3798, la Conadi, mediante el Ord. 240 ya citado, informó haciendo suya las conclusiones del titular,

REPÚBLICA DE CHILE
TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

señalando que el predio de don Arnoldo Caro Pérez se encontraría fuera del área de influencia del proyecto. Agregó que, de acuerdo a la información contenida en la DIA (cuatro entrevistas, de un total de nueve viviendas ya que cinco se encontraban sin moradores) solo dos entrevistados se reconocen como indígenas y que realizan actividades ligadas a la agricultura y ganadería en terrenos propios. En atención a lo anterior finalizó indicando que no se producirían alteraciones significativas en sus costumbres o formas de vida, por lo que dicho órgano ya se habría pronunciado conforme mediante Ordinario N° 229, de 02 de mayo de 2016 (fs. 1363).

TRIGÉSIMO OCTAVO. Que a fs. 3799, consta el **Ord. 191706, de 02 de mayo de 2019, de la Subsecretaría del Medio Ambiente**, en que informó que el "junquillo" no fue listado en el levantamiento realizado por el proponente en las líneas de base presentadas, pero sí es mencionado en el punto 1.3.6.8 Caracterización Flora y Vegetación del Capítulo 1 de la DIA, y además reconoce su presencia en la respuesta a la observación N°4 del PAC (punto 11.1.2.2.2 ICE). Al respecto agregó que se trata de un junquillo de baja calidad para su procesamiento artesanal, lo que no es atribuible al proyecto. Agregó que el titular proyectó su instalación a más de 100 metros de distancia de la ribera, la que será intervenida solo para la implementación de la bocatoma lateral. Junto a ello, añadió que el Titular implementará tres alternativas de uso de aguas, que permita que ante una baja en el caudal del río y/o ante un estado crítico de éste, no se extraiga agua. Concluyó señalando que se descartó la afectación significativa a las actividades económicas de la cultura Kawésqar.

TRIGÉSIMO NOVENO. Que a fs. 3810, consta la **Res. Exenta N° 0681/2019, de 31 de mayo de 2019, del Director Ejecutivo del SEA** que **resolvió el recurso de reclamación**. En esta resolución, impugnada en autos, se señalaron los siguientes antecedentes relevantes en relación a las observaciones formuladas: i) en el considerando 8.1.4, se indica: *"en relación a la letra d), del artículo 7 del RSEIA, en la Adenda reconoció que a lo largo de la señalada ruta principal existirían emplazamientos de parceleros, haciendo referencia expresa a que existirían tierras que habrían sido adquiridas por CONADI y entregadas a integrantes de la comunidad Kawésqar, dentro de las cuales estaría el citado predio del señor Caro, a 9,5 km del Proyecto, utilizado como lugar de reunión*

REPÚBLICA DE CHILE
TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

por la Comunidad. No obstante, aseguró que no existiría afectación significativa sobre las costumbres de la población, por cuanto el Proyecto no colindaría con la ribera del río Hollemborg, de forma tal que no se afectaría su libre acceso y tampoco contemplaría represarlo. Asimismo, indicó que no se afectarían las reuniones que realizaría la Comunidad en el predio del señor Caro, ya que estaría a 9,5 km del emplazamiento del Proyecto" (fs. 3813); ii) No obstante ello, la referida resolución en el considerando 8.1.5 (fs. 3813), reconoce que el titular en la Adenda Ciudadana respondió que el predio del señor Caro se encontraba fuera del área de influencia del Proyecto, y que dicha respuesta fue incorporada por la COEVA en el Considerando 10.2.2.1. al contestar la observación de la Reclamante; iii) Por tal razón se agregó en el considerando 8.1.6 lo siguiente: "en base a la información que consta en el expediente ambiental del Proyecto, lo informado por el SEA Regional y CONADI en esta instancia recursiva, y lo dispuesto en el artículo 19, letra b), del RSEIA, esta Dirección Ejecutiva estima que, efectivamente, el predio del señor Caro se encuentra dentro del área de influencia específica para el componente medio humano, considerando que la ruta Y-340 es el acceso principal al Proyecto y al predio utilizado por la Comunidad para sus reuniones, de forma tal que correspondía analizar el potencial impacto del Proyecto sobre dicho sector, incluyendo el predio del señor Caro. En efecto, el mismo Proponente al considerar un track de 10 km hacia el Norte para caracterizar este componente ambiental, debió haber incluido el predio impugnado, ya que éste se ubica a 9,5 km al norte del Proyecto".

CUADRAGÉSIMO. Que, en relación a la afectación el "junquillo", la Resolución Reclamada señaló lo siguiente: i) que efectivamente el titular acompañó al Anexo N° 6 de la Adenda, un estudio sobre la biodiversidad del río Hollemborg, identificándose la existencia de esta especie, no obstante, de acuerdo a la figura N°6, el junquillo se encontraría seco en esa zona. Agregó que lo anterior es concordante con la respuesta N°4 de la "Adenda Ciudadana"; ii) El proponente cuenta con derechos de aprovechamiento de aguas de 100 l/s sobre el río Hollemborg de los que sólo ocuparía 70 l/s, los que se captarían de una bocatoma lateral que permitirá libre flujo de las aguas al río, sin afectar el cauce, por lo que no existirá afectación significativa a su ecosistema. Agregó que el Titular

REPÚBLICA DE CHILE
TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

implementaría otras alternativas de uso de aguas ante una baja en el caudal del río y/o ante un estado crítico del mismo, por lo que ante una eventual disminución del caudal del río Hollemborg se podría incluso llegar a prescindir de sus aguas, utilizando las alternativas antes mencionadas, hasta que las condiciones del mismo se restablecieran. El Director Ejecutivo concluyó señalando: *"considerando la observación de la Reclamante, que liga la merma del junquillo a la disminución actual del caudal del río, esta Dirección Ejecutiva estima adecuado y suficiente que el análisis realizado por la Comisión se haya centrado en los posibles impactos al caudal del río por parte del Proyecto"*.

CUADRAGÉSIMO PRIMERO. Que, respecto de la vulneración del art. 23 del Convenio 169 OIT, señala el Director Ejecutivo que las respuestas no se limitaron a las cuestiones arqueológicas sino también a las actividades económicas como parte de su cultura y a los canales de navegación utilizados por el pueblo Kawésqar (fs. 3818), determinando en todos estos casos que no existirá afectación significativa. Culmina indicando que, a mayor abundamiento, el proponente compromete un "Plan de Vigilancia Ambiental" con el objeto de monitorear la fauna acuática y la calidad del agua, de manera de asegurar las condiciones medio ambientales (considerando 8.3.6, fs. 3818).

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO. Que, conforme los antecedentes reseñados, se puede indicar lo siguiente en relación a las observaciones y su ponderación en las instancias administrativas:

- a) **Afectación predio utilizado por la comunidad Kawésqar para reuniones**

CUADRAGÉSIMO TERCERO. Que, la observación formulada por doña **María Isabel Caro Loncuante** no se vinculó a la exclusión del predio del señor Caro Pérez del área de influencia, sino que se refirió a la posible afectación de la comunidad Kawésqar con la ejecución del proyecto. Esta controversia solo se produjo con motivo del recurso de reclamación ante el Director Ejecutivo, pues se entendió que la RCA dejaba al referido predio fuera del área de influencia. No obstante, la RCA del proyecto a fs. 3375 y siguientes no es tajante en excluir al predio del señor Caro Pérez del área de influencia, pues vuelve a insistir de que éste se encuentra aproximadamente a

REPÚBLICA DE CHILE
TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

9,5 km del emplazamiento del proyecto (fs. 3375). Tampoco señala expresamente que éste se encuentre dentro de la misma. Se trata de un asunto que no quedó bien estructurado en la RCA, faltando claridad.

CUADRAGÉSIMO CUARTO. Que, el SEA en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 91 inciso 1° RSEIA, incorpora su respuesta a las observaciones ciudadanas en el ICE del Proyecto rolante a fs. 3063. Cabe señalar que el ICE es poco claro, ya que no señala que el predio de don Arnoldo Caro Pérez se encuentre emplazado fuera del área de influencia del proyecto, aunque tampoco se afirma que está dentro. En este sentido, asegurar que el predio del señor Caro Pérez estaba emplazado fuera del área de influencia del proyecto es claramente un error, que se motiva -seguramente- por la respuesta otorgada por el titular en la Adenda Complementaria sobre Informe Consolidado de Aclaraciones, Rectificaciones y Ampliaciones de observaciones ciudadanas del Proyecto. En esta Adenda ciudadana, como se aprecia a fs. 2252, el titular indica que el predio ubicado a 13,5 km de Puerto Natales de propiedad de don Arnoldo Caro Pérez no está en el área de influencia del proyecto.

CUADRAGÉSIMO QUINTO. Que, la conclusión a la que se arriba en la referida Adenda ciudadana tampoco es coherente con la respuesta entregada por el titular en la Adenda del Proyecto. En efecto, en el primer ICSARA, el SEA le solicita al titular ampliar información fundamentando debidamente la no generación de efectos significativos en los grupos humanos cercanos al proyecto identificados por el Titular, en lo referido particularmente a: *"dificultad o impedimento para el ejercicio o la manifestación de tradiciones, asociadas al uso comunitario y deportivo (pesca) del Río Hollemborg, su desembocadura y al borde costero por parte de la comunidad natalina y los grupos humanos cercanos al proyecto"* (fs. 1420 y 1421). Sobre el particular, el titular respondió: *"Sin perjuicio de lo anterior, en la ruta Y-340 hay tierras que fueron adquiridas por CONADI y entregadas a integrantes de la comunidad Kawéskar, dentro de las cuales se identifica el predio del señor Caro, correspondiente al lote 8c Colonia Isabel Riquelme (emplazada a 9,5 km del proyecto), en donde la comunidad Aswaal lajep utiliza como sitio de reunión. Al respecto es importante aclarar que la implementación del proyecto no prevé una afectación significativa sobre las costumbres de vida de la población (...) Respecto del predio del*

REPÚBLICA DE CHILE
TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

señor Caro en donde se realizan reuniones de la comunidad Aswaal lajep, éste se ubica en el kilómetro 13,5 de la ciudad de Natales, es decir, a 9,5 kilómetros del emplazamiento del proyecto y distante del área de influencia del proyecto, por lo que no se prevé afectación de la comunidad, la que podrá seguir realizando sus actividades y reuniones con normalidad" (fs. 1680). En esta Adenda el titular reconoce expresamente la existencia del predio del señor Caro Pérez, a la comunidad *Aswaal Lajep* y la realización de reuniones, de lo que se puede inferir que nunca han sido excluidos de la evaluación ambiental.

CUADRAGÉSIMO SEXTO. Que, no obstante, se debe considerar que según consta en la DIA, Anexo 3, "Informe sobre Comunidades: Informe Técnico sobre Sistemas de Vida" (fs. 1087 y siguientes), el titular definió el área de influencia del proyecto para el medio humano en 10.000 metros (fs. 1090 y 1093). El predio del señor Caro Pérez, de acuerdo al titular, está a 9,5 km de las obras del proyecto, por lo que difícilmente la respuesta del SEA en la RCA -más allá del error del titular en la Adenda ciudadana- pudo ser interpretada en el sentido de intentar excluirlo del área de influencia.

CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO. Que, según ha resuelto de manera reiterada la Excmá. Corte Suprema, la competencia del Director Ejecutivo o del Comité de Ministros cuando conoce de un recurso de reclamación por observaciones PAC es amplio, y le permite, basado en los elementos de juicio del expediente administrativo, revisar no sólo formalmente la decisión reclamada sino que, además, desde el punto de vista del mérito de los antecedentes, circunstancia que le habilita, a su vez, para aprobar un proyecto inicialmente rechazado, aplicándole, si lo estima necesario, condiciones o exigencias que, a su juicio, resulten idóneas o adecuadas para lograr los objetivos propios de la normativa de protección medioambiental (Corte Suprema, 22 de octubre 2018, Rol N° 2653-2018. En el mismo sentido: Roles N° 6563-2013, N° 32.368-2014 y N° 34.281-2017). De esta manera, la Dirección Ejecutiva del SEA al momento de reconocer expresamente al predio de don Arnoldo Caro Pérez dentro del área de influencia para el medio humano (considerando 8.1.9.3.), e incorporar medidas de control para el cumplimiento de las condiciones (considerando 8.1.9.4.), subsanó el defecto o error que pudo haberse incurrido en la RCA y la evaluación ante la Dirección Regional del SEA de la Región de Magallanes.

REPÚBLICA DE CHILE
TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

CUADRAGÉSIMO OCTAVO. Que, en consecuencia, corresponde determinar si la observación fue debidamente considerada en los fundamentos de la RCA, para lo cual se hará un análisis de los antecedentes que respaldan la RCA y luego en la resolución impugnada.

CUADRAGÉSIMO NOVENO. Que, a juicio de este Tribunal, el análisis y ponderación que realizó el SEA a la observación es el correcto atendido los antecedentes proporcionadas por la Observante. En efecto, la señora Marcela Caro Loncuante se limitó a indicar que el proyecto afectaría a la comunidad Aswaal Lajep dado que el predio del señor Caro Pérez es un sitio de reunión, sin hacer ninguna precisión adicional. En este sentido, siendo la observación la preocupación que realiza una persona acerca de los impactos o riesgos de un proyecto, no requiere que sea formulada por un afectado, lo que no excluye que la observación indique, al menos en términos aproximados, en qué medida o forma el proyecto sometido a evaluación causa un impacto a una actividad en particular. Esto no se indicó por la Observante al momento de formular su observación, ni cuando interpuso su reclamación administrativa del art. 30 bis de la Ley N° 19.300 ante el Director Ejecutivo, como tampoco cuando interpuso su reclamación ante este Tribunal Ambiental.

QUINCUAGÉSIMO. Que, si bien la Observante indica que el proyecto afecta a una comunidad en específico sin señalar antecedente adicional, es correcto que el SEA haga un análisis en torno a los impactos que razonablemente el proyecto puede generar en la actividad que se dice perjudicar. Por lo anterior el análisis que realizó el SEA para ponderar la observación se basó en la posible afectación que el proyecto puede generar en la comunidad Aswaal Lajep, considerando la alteración de formas de vida y costumbres de grupos humanos de acuerdo al art. 7 RSEIA. Teniendo presente que es un hecho indiscutido que el predio del señor Caro Pérez se ubica a 9,5 km del emplazamiento del proyecto, la única forma de afectación que se puede inferir razonablemente de tal circunstancia es por la obstrucción o restricción a la libre circulación, conectividad o al aumento significativo de los tiempos de desplazamiento (art. 7 letra b) RSEIA).

QUINCUAGÉSIMO PRIMERO. Que, el SEA descartó en la evaluación de impacto ambiental la presencia de efectos adversos significativos referidos a la obstrucción o restricción a la libre circulación,

REPÚBLICA DE CHILE
TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

conectividad o el aumento significativo en los tiempos de desplazamiento, con ocasión del uso de la Ruta Y-340. Al respecto se consideraron los siguientes antecedentes: a) La situación de base es el censo vial que se encuentra contenido en la Declaración de Impacto Ambiental (tabla 7). Este censo mostró que, en un periodo de 12 horas, circularon en total por la Ruta Y-340, 120 vehículos livianos (automóviles y camionetas), y se contabilizaron 70 vehículos pesados de dos o más ejes. Considerando estos dos tipos de vehículos, se tiene un promedio de 15,8 vehículos hora (dato que se obtiene de la suma de los 120 vehículos livianos más los 70 vehículos pesados que equivale a un total 190 vehículos en 12 horas de medición). Por su parte se indica que no se observaron vehículos asociados a locomoción colectiva (fs. 3317); b) La situación con proyecto se divide en dos partes: **i) fase de construcción:** durante esta fase se espera un flujo vehicular a razón de 1 a 4 vehículos hora durante el periodo de 36 meses (18 meses de construcción para cada etapa), dado que se pueden sobreponer ciertas actividades. De acuerdo a la programación de esta fase, no todos los vehículos coinciden en un mismo horario y, por ende, se distribuirán de manera uniforme durante un día normal de construcción. Respecto de las maquinarias, se indica en la RCA que el flujo asociado a éstas, corresponde a flujos vehiculares, toda vez que son trasladadas al lugar al inicio de la faena y una vez terminada la actividad, son retiradas de la misma manera. **ii) fase de operación:** se considera un máximo total de 18 camiones día y una frecuencia horaria de cuatro camiones por hora, incluyendo el traslado de *smolt* por vía terrestre. Cabe señalar que este último traslado sólo se realizará cuando se produzcan eventos climatológicos que no permitan las operaciones de barcasas o naves en el salmducto; o en su defecto, cuando se presente algún tipo de avería. En consecuencia, este flujo está supeditado solo a estas condiciones, y es el peor escenario, es decir, corresponde al máximo tránsito posible, pero no es el que normalmente se espera para la operación del proyecto.

QUINCUAGÉSIMO SEGUNDO. Que, conforme lo anterior se concluye: *"En definitiva, si sólo se considera la cantidad de vehículos pesados observados durante el censo vehicular efectuado en la ruta Y-340, el aporte de flujo del proyecto representa aproximadamente un 24% del total de vehículos contabilizados. No obstante lo anterior, este escenario se presentaría sólo si se concentraran todos*

REPÚBLICA DE CHILE
TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

los viajes de personal e insumos en un solo día (excluyendo el traslado de smolts ya que se considera por vía marítima), situación que operacionalmente no se podría dar, por lo tanto, a partir del promedio de 15,8 vehículos por hora calculado en el censo vehicular realizado, si se considera que en condiciones de operación habitual del proyecto, se pueda incrementar en un 25% el flujo de la ruta, lo que significa 4 vehículos/hora adicionales" (fs. 3378). Adicional a lo anterior, en considerando 10.2.2.1.1. de la RCA se dispuso la humectación de la ruta en cinco zonas dos veces al día, durante la fase de construcción en período estival, en aquellas zonas donde se concentre la mayor cantidad de casas habitación, de manera de minimizar el polvo en suspensión (fs. 3379).

QUINCUAGÉSIMO TERCERO. Que, a juicio del Tribunal, el SEA ha realizado un ejercicio correcto al momento de descartar el posible efecto del proyecto en la saturación u obstrucción de la Ruta Y-340, estableciendo que no hay afectación a las comunidades Kawésqar al no haber mayores tiempos de desplazamiento a causa del proyecto. Por otro lado, este Tribunal no visualiza cómo el aumento en el tránsito de cuatro vehículos por hora puede afectar la realización de las reuniones en el predio del señor Caro Pérez, considerando que este se encuentra a 9,5 km de las instalaciones, y que además la Observante no proporcionó mayores antecedentes para ser ponderados.

QUINCUAGÉSIMO CUARTO. Que, en virtud de lo anterior, el Tribunal estima que el tratamiento y consideración de la observación en el contexto de la RCA del proyecto y la Resolución 0681/2019 del Director Ejecutivo es la adecuada y correcta atendida la información y preocupación proporcionada por la observante en relación a las reuniones que se hacen en el predio.

b) Afectación del recurso natural "junquillo"

QUINCUAGÉSIMO QUINTO. Que, en la DIA del Proyecto (fs.123) se reconoce expresamente la existencia del junquillo como recurso natural, sin embargo, se indica que es de baja calidad y que no se encuentra en condiciones de ser explotado económicamente por encontrarse seco. Esto es consistente con el tenor literal de la observación cuando indica que "la disminución del caudal del río antes mencionado ha provocado una merma importante de este recurso

REPÚBLICA DE CHILE
TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

lo que genera un impacto en su actividad económica deja (sic) a las comunidades y artesanos del pueblo en una clara vulneración de sus derechos a producir un bien cultural y a trascenderlo dentro de la comunidad" (fs. 1529). Se puede apreciar a partir de lo señalado, que la merma en el recurso natural no es un impacto del proyecto, pues éste aún no entra en ejecución y el referido recurso no es apto para el desarrollo de la artesanía. Se trata de una condición basal del medio ambiente que debe considerarse en la evaluación pero que en caso alguno puede ser anudado a un impacto del proyecto.

QUINCUAGÉSIMO SEXTO. Que, no obstante, en la Adenda Ciudadana del Proyecto (fs. 2253) el titular indica a fs. 2254 y 2255 que se implementarán otras alternativas de uso de aguas, con la finalidad de hacer frente a posibles disminuciones del caudal del río Hollelberg. Estas opciones fueron las que se detallaron en el considerando trigésimo segundo.

QUINCUAGÉSIMO SÉPTIMO. Que, en el ICSARA de la DIA, de 26 de enero de 2018, a fs. 2645, se le solicita al titular: "explicitar y clarificar la disposición expresada en la siguiente afirmación: "(...) cuando la situación así lo amerite (...)", formulada en el contexto de "(...) así también considera la implementación de estanques pulmón y sistemas de osmosis inversa y/o desalinización, todo ello con la finalidad de generar tranquilidad a la comunidad de que, aun cuando por derecho la empresa cuenta con 100L/s sobre las aguas superficiales y corrientes del río Hollelberg, solo hará uso de 4L/s cuando la situación así lo amerite e incluso no utilizarlas ante un caudal crítico del río haciendo uso de las otras alternativas antes descritas, hasta que las condiciones del río se restablezcan (...)". En la Adenda Complementaria del Proyecto, en respuesta a esa observación, el titular se limita a repetir lo indicado en la Adenda Ciudadana, respuesta que, a su vez, se replica en el ICE y en la RCA. Lo único que se aclara es que el sistema de "cero descargas" se utilizará cuando el caudal del río disminuya de manera tal que impida la captación de agua de la bocatoma lateral que se realiza a través de bombas (fs. 2680 a 2683).

QUINCUAGÉSIMO OCTAVO. Que, al respecto se debe señalar que no existe una evaluación ambiental de las alternativas propuestas por

REPÚBLICA DE CHILE
TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

el titular en caso de disminución de caudal, como tampoco se presentaron antecedentes técnicos que lo respaldaran como los dimensionamientos, balances o descripción detallada de los equipos asociados, ni la forma en cómo se produciría la operación. En rigor, además, si la bocatoma no puede captar agua, los sistemas de reemplazo descritos por el titular funcionan como una forma adicional de abastecer de agua al proyecto más que evitar impactos en la disponibilidad del recurso.

QUINCUGÉSIMO NOVENO. Que, por lo anterior, es posible advertir que efectivamente la observación no fue debidamente evaluada, dado que el SEA se limitó a reproducir la respuesta del titular, y los órganos sectoriales con competencia ambiental dieron su conformidad, sin entregar razones para justificar la efectividad de los sistemas propuestos por el titular. De esta forma no se dio cumplimiento estricto a lo dispuesto en el art. 91 inciso 1° RSEIA. Lo expuesto configura un vicio del procedimiento en la medida que puede considerarse que el SEA no evaluó técnicamente la respuesta del titular a la observación.

SEXAGÉSIMO. Que, no obstante lo anterior, según lo indicado en el art. 13 inciso 2° de la Ley N° 19.880: *"El vicio de procedimiento o de forma sólo afecta la validez del acto administrativo cuando recae en algún requisito esencial del mismo, sea por su naturaleza o por mandato del ordenamiento jurídico y genera perjuicio al interesado"*. La Corte Suprema, en sentencia de 10 de diciembre de 2014, Rol N° 16.706-2014, señaló: "Que a propósito del principio de conservación del acto administrativo que refleja la disposición legal precedentemente citada, la jurisprudencia de esta Corte ha sostenido en forma reiterada que revistiendo la nulidad el carácter de remedio excepcional frente a la ilegalidad de un acto administrativo, ella sólo será procedente si el vicio es grave y esencial. Subyacen a este principio de conservación otros principios generales del Derecho como la confianza legítima que el acto genera, así como la buena fe de los terceros, el respeto a los derechos adquiridos y la seguridad jurídica. Efectivamente, no cualquier irregularidad o defecto justifica la declaración de nulidad, sino cuando dicha anomalía conculque las garantías de los administrados". (CS roles 5815-2011; 57-2011; 274-2010; 3078-2013). Así también y coherente con lo resuelto, la Corte Suprema entendió que es *"relevante acudir a lo señalado en el artículo 53 de la Ley N°*

REPÚBLICA DE CHILE
TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

19.880 en relación al artículo 13 del mismo cuerpo legal, toda vez que de su interpretación armónica fluye que el vicio que permite anular un acto o procedimiento administrativo, debe ser grave y esencial, pues éste es un remedio excepcional que opera frente a la ilegalidad de un acto administrativo” (CS, Rol N° 21192-2015). Por lo anterior es necesario verificar si el vicio señalado genera un perjuicio reparable con la declaración de nulidad del acto.

SEXAGÉSIMO PRIMERO. Que, como se pudo constatar anteriormente, la misma Observante reconoce que el recurso natural junquillo se encuentra seco, por lo que no puede ser un impacto atribuible al proyecto; en consecuencia, cualquier vicio que se constate en la evaluación no resulta esencial ni causa perjuicio desde que la disminución existente del recurso no resulta imputable al proyecto evaluado. Por ende, si bien se dejó de evaluar los sistemas que emplearía el titular ante la disminución del caudal del río Hollenberg, tal situación no afecta la conclusión a la que se arribó en orden a que el proyecto no generará el impacto del art. 11 letra b) de la Ley N°19.300, específicamente en lo relativo a la disponibilidad del junquillo, que, a estas alturas, no existe discusión que se encuentra afectado por causas ajenas al proyecto. Además, el titular pudo determinar que la artesanía que ocupa como materia prima el junquillo era traída desde Chiloé, porque el de la zona se encuentra en malas condiciones (fs. 2253). De esta forma no existen otros antecedentes para ponderar pues incluso consultado en estrado el letrado que representa a la Reclamante y Observante acerca de cuántos de los 12 miembros de la comunidad practicaban la cestería, señaló desconocer tal información.

SEXAGÉSIMO SEGUNDO. Que, adicional a lo anterior, el titular acompañó a fs. 3870 y 3876, los resultados del informe “Reporte Cuestionario Aplicado a Artesanos de Puerto Natales”, realizado por Luis Catalán Maldonado, Antropólogo Social. De este informe se puede apreciar que: (a) de los 16 artesanos que operan en Puerto Natales, solo 10 venden artesanías cuya materia prima es el junquillo; (b) de esos 10 artesanos, ocho no confeccionan su artesanía sino que la adquieren de una familia Kawésqar de Puerto Edén (ubicado a más de 300 kilómetros de Puerto Natales) y (c) solo dos artesanos confeccionan sus propias artesanías, extrayendo la materia prima de un lugar llamado “Estancia Lago Pinto” ubicado a más de 17 kilómetros de la captación de agua del Proyecto. De lo

REPÚBLICA DE CHILE
TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

anterior se puede colegir que no existen antecedentes que permitan presumir que las comunidades indígenas Kawésqar extraen el junquillo del río Hollemberg como materia prima para la comercialización y fabricación de su artesanía, por lo que el proyecto, bajo ninguna circunstancia, les generaría impactos significativos. A mayor abundamiento, a fs. 1378, consta el Ord. 178, de 10 de mayo de 2016, de la DGA de la Región de Magallanes y Antártica chilena, en la que junto con dar su conformidad al proyecto indica que el diseño de la obra de captación deberá dejar pasar el caudal ecológico mínimo, lo que debiese permitir la preservación de la naturaleza y la protección del medio ambiente.

c) Vulneración al art. 23 del Convenio 169 de la OIT

SEXAGÉSIMO TERCERO. Que, respecto de esta observación se puede apreciar que ella consiste en la transcripción de una disposición del Convenio 169 OIT, y no tiene una existencia autónoma sino que deriva de la preocupación de la observante por las actividades económicas de subsistencia (junquillo), tradicionales (reunión en el predio del señor Caro Pérez y utilización de las vías marítimas), y hallazgos arqueológicos del proyecto. Por tal razón el SEA en el considerando 10.2.2.3.1., de la RCA y posteriormente el Director Ejecutivo en el considerando 8.3 de la resolución impugnada, hacen referencia a que no se producirían impactos significativos en la economía de subsistencia de los pueblos interesados, especialmente de la artesanía, remitiéndose al efecto a la respuesta entregada para la observación N°4. En cuanto las vías marítimas, se descartó cualquier impacto dado que se utilizarán las vías comerciales que señale la autoridad. Por último, el titular modificó el trazado del proyecto para no afectar los hallazgos arqueológicos, descartándose la excavación o remoción.

SEXAGÉSIMO CUARTO. Que, de acuerdo al Tribunal, la observación fue debidamente considerada por el SEA en la RCA desde que atendida su amplitud y falta de precisión, solo podía estar referida a los posibles impactos del proyecto, los que fueron descartados, indicándose las piezas del expediente administrativo en que se respaldó la respuesta. Además, la observante tampoco aporta en su reclamación de fs. 1 y siguientes, antecedentes o argumentos para que el

REPÚBLICA DE CHILE
TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

Tribunal pueda saber en qué aspecto se discrepa con la ponderación efectuada por la autoridad.

d) **Compromisos ambientales voluntarios que implican reconocer la existencia de impactos**

SEXAGÉSIMO QUINTO. Que, la Observante indicó que en el Capítulo VII de la DIA, se establecieron compromisos ambientales voluntarios, los que suponen reconocer un impacto, cuestión coincidente con la entrada del proyecto al SEIA. De esta forma, ese sólo impacto debería dar pie a la consulta indígena.

SEXAGÉSIMO SEXTO. Que, en primer lugar, se debe señalar que en el Capítulo VII de la DIA (fs. 265), se puede constatar que el titular asumió tres compromisos voluntarios: a) **En relación a los hallazgos arqueológicos:** cercado perimetral a los sitios y presencia de un arqueólogo durante la fase de construcción; realizar un programa de monitoreo arqueológico durante la etapa de construcción del proyecto; la implementación de charlas de inducción patrimonial a todo el personal que ingrese a las faenas durante el desarrollo del proyecto; el establecimiento de un protocolo de manejo de hallazgos arqueológicos no previstos; reunión informativa con la comunidad con la finalidad de mostrar el hallazgo y explicar el alcance que esto implica; b) **En relación a la fragilidad visual:** se implementará como medida de protección el uso de colores acordes al entorno natural para disminuir el impacto visual que generaría el proyecto, aprovechando la capacidad de absorción del medio natural frente a las obras proyectadas; c) **En relación a la circulación de vehículos:** se implementará como medida de protección la instalación de letreros que regularicen la circulación de maquinarias y vehículos a 20 km/h en todo el trayecto de la Piscicultura para disminuir la generación de material particulado.

SEXAGÉSIMO SÉPTIMO. Que, a juicio del Tribunal, la observación fue adecuadamente ponderada en el considerando 10.2.2.4.1. de la RCA (fs. 3384 y siguientes). En efecto, conforme el artículo 6° del Convenio N° 169 de la OIT, la consulta a los pueblos indígenas es procedente cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, afectación que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7° del mismo Convenio se produce cuando se ven modificadas sus vidas, creencias,

REPÚBLICA DE CHILE
TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

instituciones y bienestar espiritual, las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y la posibilidad de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Esta afectación directa se determina en el contexto de la evaluación ambiental de proyectos de acuerdo a lo que dispone el art. 85 RSEIA, esto es, cuando se produce alguno de los efectos, características o circunstancias de los artículos 7 (reasentamiento, alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos) 8 (localización y valor ambiental del territorio), y 10 (alteración del patrimonio cultural) del Reglamento, y se afecte a uno o más grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas.

SEXAGÉSIMO OCTAVO. Que, en el caso concreto, el SEA descartó los efectos en los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos, especialmente toda posible restricción a la libre circulación, conectividad o el aumento significativo de los tiempos de desplazamiento (fs. 3378). De igual manera, según se descartó afectación significativa en las poblaciones, recursos y áreas protegidas, como también que exista una alteración significativa en el patrimonio cultural (fs. 2359). De igual forma, en la reclamación administrativa y judicial tampoco aportan elementos que permitan cuestionar la ponderación realizada por el SEA, desde que no señalan de qué forma el proyecto o actividad sí produce esos efectos y cuáles serían.

SEXAGÉSIMO NOVENO. Que, por otro lado, la existencia de compromisos voluntarios en el contexto de una DIA no supone necesariamente reconocer que un proyecto genera impactos significativos. Este reconocimiento es solo un antecedente que deberá ponderar el SEA al momento de definir si se han descartado los efectos, características o circunstancias el art. 11 de la Ley N° 19.300. En caso alguno supone reconocer la necesidad de que el proyecto o actividad sea evaluado ambientalmente mediante un EIA. En otros términos, el titular de un proyecto, asumiendo que éste generará impactos no significativos, puede asumir voluntariamente la obligación de mitigarlos o eliminarlos. Estos compromisos si bien se parecen a las medidas de mitigación propias de un EIA en cuanto tienen por finalidad evitar o disminuir los efectos adversos del proyecto o

REPÚBLICA DE CHILE**TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL**

actividad, resultan aplicables cuando el impacto no posee los umbrales de significancia que amerite una evaluación ambiental a través de un EIA.

SEPTUAGÉSIMO. Que, en este sentido, de la lectura de los referidos compromisos el Tribunal no advierte que éstos hayan sido destinados a mitigar efectos o impactos que hacen procedente la Consulta Indígena conforme al art. 85 RSEIA y 6 del Convenio 169 OIT. En efecto, de los tres compromisos voluntarios, uno de ellos está destinado a hacerse cargo del impacto visual que generaría el proyecto. Este eventual impacto, aun en el evento de ser significativo (que no lo es), no hace procedente la realización de una consulta indígena. Otro de los compromisos consistente en la instalación de letreros que regularicen la circulación de maquinarias y vehículos a 20 km/h en el trayecto hacia la Piscicultura, buscaba disminuir la generación de material particulado, cuestión relacionada con el art. 5 RSEIA, por lo que tampoco se hace exigible la Consulta Indígena. Por último, el compromiso referido a los hallazgos arqueológicos no está destinado a hacerse cargo de impactos del proyecto, sino a prever medidas de prevención y seguimiento durante su ejecución ante eventuales hallazgos. En la RCA a fs. 3360, se descarta la existencia de impactos significativos, habiendo además el titular modificado el trazado del proyecto para no afectar los hallazgos encontrados.

SEPTUAGÉSIMO PRIMERO. Que, por lo anterior, no resulta procedente la alegación relativa a la procedencia de la consulta en los términos exigidos por el Convenio 169 de la OIT, toda vez que el artículo 6 N° 1 letra a) de ese instrumento dispone que ella procede respecto de los pueblos interesados tratándose de la adopción de medidas "susceptibles de afectarles directamente". Y en la especie, y según consta de la respuesta la observación, tal circunstancia no ha resultado establecida.

SEPTUAGÉSIMO SEGUNDO. Que, por las razones anteriores, la reclamación de autos no podrá prosperar.

Y TENIENDO PRESENTE, además, lo dispuesto en los arts. 17 N°6, 18 N°5, 20, 25, 27, 29, 30 y 47 de la Ley N° 20.600; 20, 29 y 30 bis de la Ley N° 19.300; 9 y 13 de la Ley N° 19.880; 158, 160, 161 inciso 2°, 164, 169 y 170 del Código de Procedimiento Civil; el Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema de Justicia sobre la forma

REPÚBLICA DE CHILE
TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

de las sentencias, de 30 de septiembre de 1920; y las demás disposiciones pertinentes;

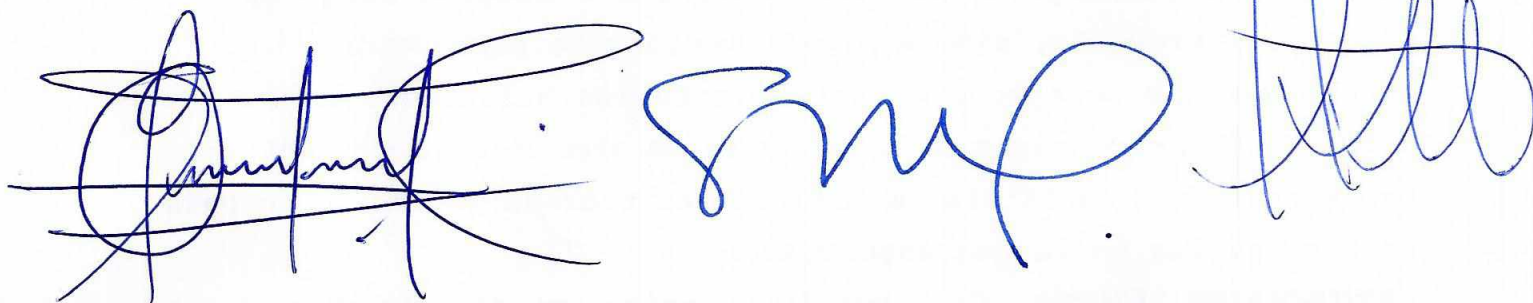
SE RESUELVE:

1. **Rechazar** la reclamación de fs. 1 y ss., por las razones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia.
2. **No condenar** en costas a la Reclamante, por haber tenido motivos plausibles para litigar.

Adoptada con el voto concurrente de la Ministra Sra. Villalobos, quien previene que no comparte los fundamentos contenidos en el considerando sexagésimo noveno.

Notifíquese y regístrese.

Rol N° R 9-2019



Pronunciada por el Ilustre Tercer Tribunal Ambiental, integrado por los Ministros Sr. Iván Hunter Ampuero, Sra. Sibel Villalobos Volpi, y Sr. Jorge Retamal Valenzuela.

Redactó la sentencia el Ministro Sr. Iván Hunter Ampuero.

Autoriza el Secretario Abogado (S) del Tribunal, Sr. José Hernández Riera.



En Valdivia, a veintisiete de noviembre de dos mil diecinueve, se anunció por el Estado Diario.