

Santiago, veintidós de febrero de dos mil veintiuno.

Vistos:

En estos autos rol CS N° 36.919-2019, sobre reclamación del artículo 17 N° 6 de la Ley N° 20.600, la actora Marcela Caro Loncuante, Consejera del pueblo Kawésqar, dedujo recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia del Tercer Tribunal Ambiental que rechazó la reclamación deducida respecto de la Resolución Exenta N° 681 de 31 de mayo de 2019 del Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación, que acogió parcialmente la reclamación interpuesta en contra de la Resolución N° 135 de 09 de noviembre de 2018, de la Comisión de Evaluación Ambiental (COEVA) de Magallanes y la Antártica Chilena, que calificó favorablemente el Proyecto "Piscicultura de Recirculación Lago Balmaceda" cuyo titular es Sealand Aquaculture S.A.

I.- Antecedentes relevantes de la Etapa Administrativa.

a) El Proyecto consiste en la construcción e implementación de una piscicultura que se ubicará en el sector de la desembocadura del Río Hollemborg, en la comuna de Natales, Región de Magallanes y Antártica Chilena. Producirá 3000 toneladas al año de smolts a partir de ova con ojo, en dos etapas. La piscicultura utilizará un área de 12,9 hectáreas.



b) El Proyecto ingresó al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), por medio de una Declaración de Impacto Ambiental (DIA), el 18 de abril de 2016.

c) La Reclamante efectuó observaciones ciudadanas al Proyecto.

d) Por Resolución N° 135/2018, de 9 de noviembre de 2018, la COEVA de Magallanes calificó ambientalmente favorable el Proyecto.

e) La actora interpuso reclamación administrativa ante el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, solicitando dejar sin efecto la Resolución de Calificación Ambiental (RCA) del Proyecto, por no haber sido debidamente consideradas sus observaciones ciudadanas.

f) El 31 de mayo de 2019, por medio de Resolución N° 681, el Director Ejecutivo del SEA acogió parcialmente la reclamación descrita en el literal precedente, modificando el contenido del Considerando N° 10.2.2.1.1 de la RCA del Proyecto.

II.- Reclamación Judicial.

a) Reclamación: Se esgrimió que la Resolución reclamada es contraria a derecho, por cuanto, si bien acogió parcialmente su reclamación administrativa del artículo 30 bis de la Ley N° 19.300 y modificó la RCA del proyecto, lo cierto es que no consideró debidamente las observaciones formuladas en la etapa de evaluación,



limitando la decisión a una problemática vinculada al flujo vehicular, soslayando que las observaciones daban cuenta de aspectos que no fueron debidamente considerados.

Refiere que las observaciones, manteniendo la agrupación realizada por la sentencia y su numeración, se relacionaban: 3) con la exclusión del área de influencia del Proyecto del Predio N° 8 Lote C, Colonia Isabel Riquelme, de propiedad de Arnoldo Caro Pérez; 4) con la disminución del junquillo y su utilización para confección de artesanía propia del pueblo Kawésqar; 5) con el incumplimiento del artículo 23 del Convenio 169 de la OIT relativo, a las actividades tradicionales y la economía de subsistencia; 6) compromisos ambientales propuestos en la DIA se encuentran bajo el estándar del Convenio 169, puesto que no hubo consulta ni participación de los pueblos indígenas.

En lo relativo a la afectación de los sistemas de vida de la comunidad Kawésqar, la reclamante 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 de Arnoldo Caro Pérez, este último perteneciente a dicho pueblo, enfatizando que en este lugar los miembros de la comunidad efectúan sus reuniones. Puntualiza que el predio y comunidad 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 artículo 11 de la Ley N° 19.300.

Agregó, respecto de los aspectos referidos a las observaciones N° 4 y 5, que se ofrecieron respuestas vagas e imprecisas, no vinculadas a lo planteado en ellas, que decían relación con la afectación del territorio y maritorio constituido como tierra ancestral indígena.

En relación a la materia vinculada a observación N° 6, sostiene que la RCA reitera que no se producen los efectos o circunstancias del artículo 11 de la Ley N° 19.300, omisiones que 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.

Existe una afectación de los usos y costumbres de la comunidad Kawésqar, conforme con los artículos 7 del Convenio N° 169 de la OIT, 4° de la Ley N° 19.300 y 85 y 86 del Reglamento del SEIA, entre otros, toda vez que existía la necesidad de contar con un proceso de consulta por medio de reuniones con grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas.



Esgrime que no existió un estándar que permita descartar los efectos, características o circunstancias del artículo 11 de la Ley N° 19.300, teniendo presente que el territorio y maritorio señalado por la reclamante constituye parte 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.

Puntualiza 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, de lo contrario, 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 sólo procede analizar la información del Titular en relación a la ponderación que de ella hagan los organismos sectoriales.



Así, sostiene, existió durante la fase de reclamación ante el Director Ejecutivo una convalidación de información para dar por cumplido el artículo 12 bis letra b) por parte del Titular, no obstante que se configuró la causal de falta de información esencial del artículo 18 bis, puesto que la falencia indicada no fue subsanada por adenda, sino que fue completada artificialmente por la autoridad ambiental.

Por lo anterior, sostuvo, correspondía el rechazo del Proyecto de acuerdo a lo indicado en el artículo 19 inciso 3° de la Ley N° 19.300, puntualizando que 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.

b) Informe SEA: las observaciones de la reclamante fueron debidamente consideradas, toda vez 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 referido predio.

Agrega que la sola presencia de grupos humanos indígenas en el área de influencia no implica su



afectación, que por lo demás descarta, pues su ubicación es a 9,5 km. de las instalaciones, los ductos del Proyecto son soterrados, con cañería de 440 metros, emisiones tratadas en planta de Riles previo a descarga según la Tabla 4 del D.S. N°90, esgrimiendo que, además, existe un Plan de Vigilancia Ambiental del Titular, precisando que el traslado de smolts sería por vía marítima.

Respecto de las observaciones, descartó una afectación al junquillo, 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, el Proyecto no considera edificaciones en la ribera del río Hollemberg, no afectando su biota.

Además, señaló que se descartó la procedencia de una consulta indígena, indicando que las respuestas de las observaciones, analizan los componentes necesarios para descartar una afectación significativa al medio humano indígena.

Esgrime que existe una desviación procesal e infracción al principio de congruencia entre la reclamación administrativa y la de autos, pues en esta sede se incorpora una nueva alegación, relativa a las reuniones con grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas en relación a lo establecido en el artículo 86 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto



Ambiental, argumentos no vertidos ni en la reclamación administrativa ni en las observaciones planteadas en la evaluación del Proyecto.

Sostiene que existe información suficiente en el proceso de evaluación que descarta que se produzcan los efectos del artículo 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. Agrega que hay un informe de Conadi, que fue 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.

Puntualiza que existieron 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, siendo improcedente la consulta indígena por no existir impactos ambientales significativos sobre la comunidad Kawésqar. Reconoce que, si bien dichas reuniones no se realizaron en el marco del artículo 86 Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (RSEIA), en los hechos cumplieron el mismo objetivo, o sea, relevar



información que permita aplicar el término anticipado del Proyecto.

Agrega que el Capítulo IV de DIA hace referencia a la comunidad aludida por la reclamante, y su Anexo N° 3 indica que sólo 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 artículo 86 RSEIA, dicho error no configuraría un vicio esencial, ni causaría perjuicio al interesado, por lo que no corresponde dejar sin efecto el procedimiento.

III.- Sentencia:

a) Hechos no controvertidos:

1) 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 por Resolución N° 135/2018, de 9 de noviembre de 2018, la COEVA de Magallanes lo calificó ambientalmente favorable.

2) El 18 de mayo de 2016, SEA de Magallanes ordenó la realización de un proceso de participación ciudadana, por un plazo de 20 días.

3) 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.

4) 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.

5) El 31 de mayo de 2019, por medio de Resolución N° 681/2019, el Director Ejecutivo del SEA acogió parcialmente el recurso de reclamación administrativa 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.

b) Falta de congruencia: para determinar la legalidad de la decisión de no haber puesto término anticipado al procedimiento según el artículo 18 bis de la Ley N° 19.300, por falta de información relevante o esencial, constata que aquello no fue esgrimido en sede administrativa, sino que solo fueron planteadas en la reclamación judicial, sin que exista conexión con las



alegaciones acerca de la falta de consideración de las observaciones realizada en sede administrativa.

Agrega que el vicio invocado, no solo es una alegación nueva introducida recién en esta sede, sino que además 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, razón por la que no puede ser motivo de análisis por el Tribunal.

c) Debida consideración de las observaciones: luego de exponer el contenido de la observación, la respuesta del titular, el contenido de la RCA N° 135 y de Resolución N° 681/2019, que resolvió el recurso de reclamación, señala:

a) Afectación predio utilizado por la comunidad Kawésqar para reuniones (OBS N° 3): refiere que la observación formulada por la reclamante 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: la RCA no es tajante en excluir al predio del señor Caro Pérez del área de influencia, pues vuelve a señalar que éste se encuentra aproximadamente a 9,5 km del emplazamiento del proyecto, no obstante, tampoco refiere



expresamente que éste se encuentre dentro de la misma. Así, se trata de un asunto que no quedó bien estructurado en la RCA, faltando claridad.

Señala que 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 que indica que el predio se encuentra ubicado a 13,5 km.

No obstante, señala, constatado aquello, 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 e incorporar medidas de control para el cumplimiento de las condiciones subsanó el defecto o error en que pudo haberse incurrido en la RCA y la evaluación ante la Dirección Regional del SEA de la Región de Magallanes.

Concluye que el análisis y ponderación que realizó el SEA, es el correcto, atendido los antecedentes proporcionados por la observante, toda vez que ésta 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 aspecto sostiene que la observante



indica que el proyecto afecta a una comunidad en específico, pero no señala ningún antecedente adicional, por lo que es correcto que el análisis realizado por SEA en torno a los impactos que razonablemente el proyecto puede generar en la actividad que se dice perjudicar.

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, conforme con el artículo 7 letra b) del RSEIA.

El SEA descartó, correctamente, en la evaluación de impacto ambiental, 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, los que se descartan sobre la base de antecedentes y estudios contenidos en el expediente de evaluación ambiental.

Por otro lado, agrega el fallo impugnado, no se 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.



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 N° 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" (OBS N° 4): luego de describir la DIA, ICSARA, las medidas voluntarias propuestas para hacer frente a la disminución de caudal del Río Holleberg y el contenido de la RCA N° 135, antecedentes que dan cuenta que la disminución del junquillo no atribuible al proyecto, refiere que no existe una evaluación ambiental de las alternativas propuestas por 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. 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, sin dar cumplimiento estricto a lo dispuesto en el



artículo 91 inciso 1° RSEIA, cuestión que configura un vicio del procedimiento.

No obstante lo anterior, según lo indicado en el artículo 13 inciso 2° de la Ley N° 19.880, la nulidad del acto administrativo sólo será procedente si el vicio es grave y esencial. Lo anterior es relevante, toda vez que como se pudo constatar, 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.

Por ende, si bien se dejó de evaluar los sistemas que emplearía el titular ante la disminución del caudal del río Holleberg, tal situación no afecta la conclusión a la que se arribó en orden a que el proyecto no generará el impacto del artículo 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 y el titular acompañó 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 aguas del Proyecto.

De lo 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, consta el Ordinario N° 178, 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 artículo 23 del Convenio 169 de la OIT: la observación consiste en la transcripción de una disposición del Convenio 169 OIT, sin que tenga 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 la RCA y posteriormente el Director Ejecutivo en el considerando 8.3 de la Resolución reclamada, 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.

Así, 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 antecedentes o argumentos para que el 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:

El titular asume tres compromisos voluntarios:

i) 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;

ii) 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;

iii) 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.

La observación del reclamante fue adecuadamente ponderada, toda vez que, 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, 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 artículo 85 RSEIA.

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. 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.



Agrega que en la reclamación administrativa y judicial no 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.

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 artículo 11 de la Ley N° 19.300. Así, en caso alguno supone reconocer la necesidad de que el proyecto o actividad sea evaluado ambientalmente mediante un EIA.

Estos compromisos que, 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 actividad, resultan aplicables cuando el impacto no posee los umbrales de significancia que amerite una evaluación ambiental a través de un EIA. 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 artículo 85 RSEIA y 6 del Convenio 169 OIT.



En contra de la referida sentencia la reclamante dedujo recurso de casación en el fondo.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando.

Primero: Que, en el primer capítulo de casación, se acusa la infracción del Convenio 169 OIT y las normas del artículo 86 del Reglamento SEIA, toda vez que la sentencia recurrida hace suyos los argumentos de la reclamada y del tercero coadyuvante en torno a una supuesta infracción al principio de congruencia, entorno a que las alegaciones no habrían sido incorporadas en la sede recursiva administrativa.

Tal conclusión es errónea. En efecto, el Convenio N° 169 es un tratado sobre derechos humanos y, según el artículo 5 inciso segundo de la Constitución Política de la República, es ley para el Estado de Chile. Refiere que la Consulta Indígena es, por una parte, un derecho de los pueblos indígenas a ser consultados en la toma de decisiones relacionadas con medidas administrativas o legislativas que sean susceptibles de afectarles directamente, y por otra, una obligación del Estado de efectuarla. Destaca que estas disposiciones son concordantes con lo establecido en el artículo 4 de la Ley N° 19.300.

En línea con el Convenio 169 de la OIT y del D.S. N° 66, la Ley N 19.300, contempla dentro de sus bases la



participación de las comunidades indígenas en su artículo 4, la Consulta indígena. Asimismo reglamento del SEIA regula en específico este procedimiento en su artículo 85. Conforme a tal normativa, las reuniones de grupos humanos contempladas en el estatuto de protección de pueblos originarios constituyen una manifestación del cumplimiento de los estándares establecidos en la OIT para considerar la opinión de las comunidades indígenas afectadas por el proyecto. A través de estos mecanismos, el Estado y la institucionalidad ambiental ejecutan las obligaciones establecidas en dichos instrumentos.

En vista de ello, no se advierte cómo podrían las observaciones formuladas en sede administrativa carecer de la congruencia suficiente en relación a lo reclamado en sede judicial, puesto que el contenido de las observaciones, se refieren efectivamente a la procedencia en la aplicación de instrumentos que la institucionalidad ambiental detenta para efectos de consagrar debida participación a las comunidades indígenas.

Hay una conexión significativa entre lo observado por la reclamante y lo reclamado en sede judicial, pues una forma en que hay ausencia de consulta y participación para la comunidad Aswal Lajep, formulada de manera amplia en la observación, se manifiesta de manera concreta en la reclamación al referirse a la ausencia de las reuniones



de grupo humano como una manifestación de dicha participación.

Segundo: Que, en el siguiente capítulo, se acusa una errónea aplicación del artículo 11 letra b) de la Ley N° 19.300, en relación incisos 3°, 4° letra a) y final del artículo 6° del RSEIA, en relación con la afectación del recurso natural junquillo, toda vez que el proyecto se emplaza en un lugar con presencia de grupos humanos pertenecientes al pueblo Kawésqar, en el análisis de la generación de efectos adversos significativos sobre el junquillo, se debe tener en consideración la susceptibilidad de afectar a estos grupos humanos en los términos del artículo 8 del RSEIA, y deberá ser especialmente analizada la posible afectación a sus sistemas de vida de acuerdo a lo señalado en la letra a) del artículo 7 del mismo cuerpo legal.

Luego de transcribir las normas, refiere que una correcta aplicación del artículo 11 letra b) de la Ley N°19.300, para evaluar y, por ende, para descartar que se generen efectos adversos significativos sobre el recurso natural junquillo en lugares con presencia de grupos humanos pertenecientes al pueblo Kawésqar, precisamente la materia que es objeto de preocupación ambiental para la reclamante, la autoridad ambiental debe considerar la pérdida de la capacidad del suelo para sustentar biodiversidad por impermeabilización, así como evaluar



cómo la duración o magnitud de la intervención por parte del titular del recurso natural junquillo en estas características altera significativamente los sistemas de vida y costumbres de los grupos humanos pertenecientes al pueblo Kawésqar, que utilizan el junquillo como sustento económico y para otros usos tradicionales culturales.

Asimismo, por expreso mandato del artículo 17 N°6 de la Ley N°20.600, en relación con los artículos 20 y 30 bis de la Ley N°19.300, en ejercicio de sus potestades jurisdiccionales para controlar la motivación de la decisión de la autoridad reclamada, el Tribunal Ambiental debe determinar si la observación ciudadana que levanta la preocupación ambiental en relación con la afectación del recurso natural junquillo, fue debidamente considerada.

La sentencia incurre en un yerro jurídico al establecer que el proyecto no generará el impacto del artículo 11 letra b) de la Ley N°19.300, específicamente en lo relativo a la disponibilidad del junquillo, toda vez que olvida que para descartar los efectos adversos significativos sobre el junquillo la autoridad ambiental debió evaluar la condición basal del medio ambiente que dice relación con la pérdida de la capacidad del suelo para sustentar biodiversidad por impermeabilización, así como la manera en que la duración o magnitud de la intervención por parte del titular del recurso natural



junquillo en estas características altera significativamente los sistemas de vida y costumbres de los grupos humanos pertenecientes al pueblo Kawésqar, que utilizan el junquillo como sustento económico y para otros usos tradicionales culturales.

Refiere que la propia sentencia establece que la observación relativa a la afectación del recurso natural junquillo no había sido debidamente considerada. Pues bien, la aplicación de la norma antes referida, implica que se deben determinar las razones para justificar la efectividad de los sistemas propuestas por el titular en caso de disminución de caudal, para efectos de evitar impactos en la disponibilidad del recurso natural junquillo, más aún considerando la condición basal del medio ambiente, esto es, que se encuentra seco, y cómo esta característica altera significativamente los sistemas de vida y costumbres de los grupos humanos pertenecientes al pueblo Kawésqar.

Tercero: Que, en el siguiente apartado del recurso, se acusa la infracción de los artículos 11, 13 inciso 2° y 41 inciso 4° de la Ley N°19.880, en relación con los artículos 11 letra b), 20 y 30 bis de la Ley N°19.300, y con el artículo 17 N°6 de la Ley N°20.600, en relación a la posible afectación al caudal del río Hollemborg.

Luego de describir la diferencia entre vicios formales y sustanciales a la luz de la Ley N° 19.880,



señala que a partir de las normas transcritas del RSEIA, que fijan la interpretación que se le debe dar al artículo 11 letra b) de la Ley N°19.300, para evaluar y, por ende, para descartar que se generen efectos adversos significativos sobre el caudal del río Hollemberg, la autoridad ambiental debe considerar el impacto generado por el volumen o caudal de recursos hídricos a intervenir, incluyendo el generado por descenso de los niveles de aguas superficiales.

Asimismo, por expreso mandato del artículo 17 N°6 de la Ley N°20.600, en relación con los artículos 20 y 30 bis de la Ley N°19.300, en ejercicio de sus potestades jurisdiccionales para controlar la motivación de la decisión de la autoridad reclamada, el Tribunal debe determinar si la observación fue debidamente considerada por la autoridad ambiental en el procedimiento de evaluación, así como en los fundamentos de la RCA y de la resolución del Director Ejecutivo del SEA.

Agrega que, la falta de evaluación de las alternativas propuestas por el titular en caso de disminución de caudal, la falta de antecedentes técnicos que lo respaldaran, como los dimensionamientos, balances o descripción detallada de los equipos asociados, o la falta de indicación de la forma en cómo se produciría la operación, advertidas en el fallo, constituyen circunstancias que no fueron ponderadas por la resolución



reclamada y que, por tanto, dan cuenta de un vicio de fondo de ésta, al no contener la suficiente motivación para descartar los efectos adversos significativos sobre el caudal del río Holleberg, de conformidad con los artículos 11 y 41 inciso 4° de la Ley N°19.880, en relación con el artículo 11 letra b) de la Ley N°19.300.

De esta manera, en la especie la sentencia no debía calificar al vicio identificado como un vicio de forma, ni aplicar en este sentido el artículo 13 inciso 2° de la Ley N°19.880. Por el contrario, lo que correspondía en autos era que calificara la falta de evaluación técnica de la observación ciudadana como un vicio de fondo de la resolución reclamada, y aplicara en este sentido los artículos 11 y 41 inciso 4° de la Ley N°19.880, pues faltó que la autoridad ambiental ponderara las circunstancias detectadas por la sentencia, careciendo la resolución reclamada de la motivación necesaria.

Cuarto: Que, en el último acápite, se acusa la infracción del artículo 11 letra c) de la Ley N° 19.300, los incisos 6° letras b) y d) y final del artículo 7° del RSEIA en relación al impacto vial, toda vez que para evaluar y, por ende, para descartar que se genere una alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos, la autoridad ambiental debe considerar la generación de efectos adversos significativos sobre la calidad de vida de éstos,



analizando en cada caso no sólo la duración o magnitud de la obstrucción o restricción a la libre circulación, conectividad o el aumento significativo de los tiempos de desplazamiento, y de la dificultad o impedimento para el ejercicio o la manifestación de tradiciones, cultura o intereses comunitarios, que puedan afectar los sentimientos de arraigo o la cohesión social del grupo, sino también de la alteración de las formas de organización social particular, en los casos como los de autos, en que se trata de grupos humanos pertenecientes al pueblo Kawésqar.

En esta materia, la sentencia no aplica debidamente el artículo 11 letra c) de la Ley N°19.300, al olvidar que para descartar la alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos, así como los efectos adversos significativos sobre la calidad de vida de éstos, no sólo se debe considerar la obstrucción o restricción a la libre circulación, conectividad o el aumento significativo de los tiempos de desplazamiento, sino también la dificultad o impedimento para el ejercicio o la manifestación de tradiciones, cultura o intereses comunitarios, que puedan afectar los sentimientos de arraigo o la cohesión social del grupo, y sobre todo la duración y magnitud por parte del titular de la alteración en las formas de organización social particular de la Comunidad Indígena Aswal Lajep.



Si la sentencia hubiese considerado su aplicación, habría acogido la reclamación en esta parte, dejando sin efecto la resolución reclamada y ordenando a la autoridad ambiental retrotraer el procedimiento de evaluación para efectos de evaluar la afectación a las comunidades Kawésqar considerando no sólo un mayor tiempo de desplazamiento a causa del proyecto, sino además la dificultad o impedimento que significa el aumento en el tránsito de cuatro vehículos por hora en la ruta Y-340, que es la única vía de acceso al predio utilizado por la comunidad Kawésqar para reuniones, para el ejercicio o la manifestación de tradiciones, cultura o intereses comunitarios y que, también, pueda afectar los sentimientos de arraigo o la cohesión social de estas comunidades, tomando especialmente en consideración la duración y magnitud del emplazamiento del proyecto y de sus etapas en su forma de organización social particular.

Quinto: Que, previo al análisis concreto de los errores de derecho denunciados, se debe recordar que esta Corte ha señalado que el principio de participación ciudadana, entre otros, orienta la Ley N° 19.300, que regula el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, reconocido como una garantía constitucional en el numeral 8 del artículo 19 de la Constitución Política de la República. Respecto de este principio, el Mensaje con el que el Presidente de la



República envió el proyecto de ley señala: "(...) el proyecto establece el principio participativo. Este principio es de vital importancia en el tema ambiental, puesto que, para lograr una adecuada protección del medio ambiente, se requiere de la concurrencia de todos los afectados en la problemática. Por ello, el principio de la participación ciudadana se encuentra presente en todo el desarrollo del proyecto (...).

El principio de la participación se puede apreciar en muchas de las disposiciones. En primer término, procurando que las organizaciones locales puedan informarse y, en definitiva, hasta impugnar los nuevos proyectos en proceso de autorización por causar un impacto ambiental significativo y negativo sobre el ambiente. Se pretende que terceros distintos de los patrimonialmente afectados puedan accionar para proteger el medio ambiente, e incluso obtener la restauración del daño ambiental (...)".

En este aspecto, el inciso primero del artículo 4° de la ley citada expresa: "Es deber del Estado facilitar la participación ciudadana y promover campañas educativas destinadas a la protección del medio ambiente, mientras que el artículo 26, dispone: "...Corresponderá a las Comisiones de Evaluación o el Director Ejecutivo, según el caso, establecer los mecanismos que aseguren la participación informada de la comunidad en el proceso de



calificación de los Estudios de Impacto Ambiental y de las Declaraciones cuando correspondan...".

A su turno, el mensaje del proyecto de ley que más tarde se convertiría en la Ley N° 20.417, señaló como uno de los ejes estructurantes de su propuesta la participación ciudadana, indicando: "una de las críticas habituales al actual modelo institucional es la insuficiencia de participación ciudadana. (...) Un sistema de participación ciudadana transparente, informado y público puede contribuir a una mejor calidad de las decisiones, pero también a una adecuada gobernabilidad ambiental".

En doctrina, la participación ciudadana ha sido definida como "(...) el conjunto de directrices, principios y normas dispuestas por la ley y la autoridad competente que permiten a las personas, naturales y jurídicas, y a las organizaciones sociales y comunitarias afectadas o interesadas en alguna forma por distintos eventos de relevancia ambiental ser incorporadas formalmente al proceso decisonal que lleva a la adopción de políticas y medidas de carácter medioambiental, a la autorización de actividades que importan un compromiso ambiental, a la dictación de regulaciones pertinentes y a la resolución de los conflictos que se presenten (...)" (Moreno Santander, Carlos, Participación ciudadana en la Ley N°



19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, LexisNexis, Santiago, 2004, p.47).

En el procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental, el referido principio se traduce en el ejercicio, por parte de la comunidad: a) del derecho a la información, que se manifiesta en la obligación legal que pesa sobre el proponente a publicar, a su costa, un extracto del proyecto o actividad sometida a la Evaluación de Impacto Ambiental, tanto en el Diario Oficial como en algún periódico de circulación nacional o regional, según corresponda (artículos 27, 28 y 31); b) del derecho a opinar responsablemente, que se traduce en las observaciones fundadas que las personas naturales directamente afectadas como los representantes de las entidades ciudadanas con personalidad jurídica pueden realizar al proyecto o actividad sometida al Estudio de Impacto Ambiental (artículo 29) y; c) del derecho a reclamar, que surge cuando la autoridad ambiental no cumple con su deber de ponderar debidamente las observaciones que la ciudadanía formuló en tiempo y forma, y que se materializa mediante la interposición del recurso de reclamación consagrado en el artículo 29 de la ley en comento.

Se ha referido que la participación ciudadana en el procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental constituye "(...) una concreción del principio de



cooperación de los ciudadanos con la Administración, puesto que en ocasiones la acción de ésta resulta insuficiente para la tutela efectiva del ambiente, de modo que a la ciudadanía corresponde un activo rol de colaboración en dicha función de interés público...Desde esta óptica, para algunos autores la participación ciudadana presenta carácter dual, esto es, constituye tanto un derecho como un deber de la ciudadanía (...)" . (Mirosevic Verdugo, Camilo, La participación ciudadana en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental y las reformas introducidas por la Ley N° 20.417, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVI (Valparaíso-Chile, 2011, 1er semestre, pág.282).

Sexto: Que es evidente la trascendencia reconocida a la participación de los ciudadanos en el procedimiento de Evaluación del Impacto Ambiental de los proyectos presentados al sistema pertinente, otorgando el legislador a estos terceros no sólo el derecho a realizar observaciones, obligando a la autoridad a pronunciarse fundadamente respecto de aquellas, sino que, además, entrega el derecho a deducir, primero, reclamación en sede administrativa, según se dispone en el artículo 29 de la Ley N° 19.300 en relación al artículo 20 del mismo cuerpo legal y, luego, en sede judicial, conforme lo



dispone el artículo 17 N° 6, en relación al artículo 18 N° 5, ambos de la Ley N° 20.600.

Séptimo: Que, por otro lado, nuestro ordenamiento jurídico contempla además la participación de los pueblos originarios que pueden verse afectados directamente por un proyecto, a través del procedimiento de Consulta Indígena obligatoria, que responde a la regulación internacional, contenida en el Convenio N° 169, ratificado por Chile, que constituye una norma obligatoria no sólo por aplicación del artículo 5 de la Carta Fundamental, sino que además tiene un desarrollo directo en la regulación interna que busca materializar en términos concretos la referida normativa internacional.

El artículo 6 N°1 del Convenio N°169 de la OIT dispone que *"Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:*

a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de



decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;

c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin".

Es la misma OIT la que ha establecido los estándares mínimos que debe cumplir un proceso de consulta para ser considerado adecuado, sosteniendo que: "los gobiernos deben garantizar que los pueblos indígenas cuenten con toda la información pertinente y puedan comprenderla en su totalidad" y que "será apropiado el procedimiento que genere las condiciones propicias para poder llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas, independientemente del resultado alcanzado" (Comprender el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169), Manual para los mandantes tripartitos de la OIT, página 16).

Así lo ha entendido también esta Corte, al señalar que "el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales establece para aquellos grupos con especificidad cultural propia, un mecanismo de participación que les asegura el ejercicio del derecho esencial que la Constitución Política consagra en su artículo primero a todos los integrantes de la comunidad nacional, cual es



el de intervenir con igualdad de condiciones en su mayor realización espiritual y material posible.

De ello se sigue que cualquier proceso que pueda afectar alguna realidad de los pueblos originarios, supone que sea llevado a cabo desde esa particularidad y en dirección a ella. Ha de ser así por cuanto las medidas que se adopten deben orientarse a salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, la cultura y el medio ambiente de los pueblos interesados" (CS Rol 11.040-2011, considerando Quinto).

Por su parte, el Tribunal Constitucional destaca en una de sus sentencias "la diferencia esencial que tiene la consulta a que se refiere el artículo 6º, Nº 1º, letra a), de la Convención Nº 169, con aquellas otras que se establecen en el actual ordenamiento positivo. Para demostrarlo baste señalar que si bien la respuesta a la consulta a que se refiere el tratado no tiene un carácter vinculante stricto sensu si tiene una connotación jurídica especial que se encarga de precisarla el Nº2º del mismo artículo 6º que dice: 'Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas'" (Rol 309-2000, considerando 7º). Agrega el fallo que "La participación a que se refiere el tratado, en esta parte,



debe entenderse en el marco de lo que dispone el artículo 1° de la Constitución, que consagra el deber del Estado de 'asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional'" (considerando 72°).

Octavo: Que el artículo 2° del Decreto Supremo N° 66 de 2013, del Ministerio de Desarrollo Social que establece el Reglamento que regula el Procedimiento de Consulta Indígena, dispone: *"La consulta es un deber de los órganos de la Administración del Estado y un derecho de los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados directamente por la adopción de medidas legislativas o administrativas, que se materializa a través de un procedimiento apropiado y de buena fe, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas susceptibles de afectarlos directamente y que debe realizarse de conformidad con los principios recogidos en el Título II del presente reglamento"*.

En lo pertinente, el artículo 8° refiere: *"La resolución de calificación ambiental de los proyectos o actividades que ingresan al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, de conformidad a lo establecido en el artículo 10 de la ley N° 19.300, y que requieran un proceso de consulta indígena según lo dispuesto en dicha normativa y su reglamento, se consultarán de acuerdo a la normativa del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental,*



dentro de los plazos que tal normativa establece, pero respetando el artículo 16 del presente instrumento en lo que se refiere a las etapas de dicha consulta". Agrega el inciso segundo: "La evaluación ambiental de un proyecto o actividad susceptible de causar impacto ambiental que deba cumplir con la realización de un proceso de consulta indígena acorde a la ley N° 19.300 y su reglamento, incluirá, en todo caso, las medidas de mitigación, compensación o reparación que se presenten para hacerse cargo de los efectos del artículo 11 de la Ley N° 19.300".

Noveno: Que, en consecuencia, el PCI permite la participación de los pueblos afectados por un proyecto, por cuanto estos son parte de un intercambio de información relevante acerca de las obras a realizar y la forma en que ellas influirán en sus sistemas de vida, la exposición de los puntos de vista de cada uno de los potenciales afectados de manera de determinar la forma específica en que el proyecto les perturba, el ofrecimiento de medidas de mitigación, compensación y/o reparación por parte del titular del proyecto, las que el Servicio de Evaluación Ambiental debe examinar en su mérito y, finalmente, la formalización de acuerdos en un plano de igualdad.

Sólo así es posible el cumplimiento de la obligación consagrada legalmente en el artículo 4° de la Ley N°



19.300, que dispone que "Los órganos del Estado, en el ejercicio de sus competencias ambientales y en la aplicación de los instrumentos de gestión ambiental, deberán propender por la adecuada conservación, desarrollo y fortalecimiento de la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y culturales de los pueblos, comunidades y personas indígenas, de conformidad a lo señalado en la ley y en los convenios internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes", otorgando a los pueblos indígenas la posibilidad de influir de manera real y efectiva en las decisiones públicas que sean de su interés.

Décimo: Que esta Corte ha reconocido que si bien ambas instituciones -Participación Ciudadana y Consulta Indígena-son distintas, no puede desconocerse que tienen un objeto común, esto es, permitir que la comunidad pueda plantear sus observaciones y cuestionamientos desde la perspectiva medioambiental respecto de proyectos que deben ser evaluados ambientalmente, y es en razón de aquello que esta Corte ha permitido que a través de la reclamación del artículo 17 N° 6 de la Ley N° 20.600, se revisen cuestiones promovidas en el periodo de participación ciudadana que se relacionen con la obligación de efectuar consulta indígena, toda vez que si bien existe una laguna legal, al no existir un mecanismo específico para llevar a cabo el control de legalidad



respecto de aquellas materias vinculadas a la Consulta Indígena, puesto que, a diferencia de lo que acontece con las observaciones del Proceso de Participación Ciudadana (PAC) que no fueran debidamente consideradas, lo relevante es que aquello debe ser superado a través de un proceso de integración legal, para efectos de entregar la tutela efectiva.

En esta última labor, se ha resuelto que resulta adecuado recurrir a la misma ley para llenar el vacío normativo, aplicando el principio de analogía, que permite establecer la regulación contemplada para un caso semejante, debido a que entre ambos existe identidad de objeto. En razón de lo anterior se ha señalado que resulta adecuado atender a las semejanzas que existen entre el proceso de Participación Ciudadana y el Proceso de Consulta Indígena, en relación a las razones que determinan su procedencia y los objetivos buscados, cuestión que determina la procedencia de la reclamación del artículo 17 N° 6 de la ley N° 20.600.

Undécimo: Que, asentadas las ideas anteriores, se debe señalar que existen dos cuestionamientos expuesto en la reclamación, resueltas en la sentencia impugnada, que se vinculan con la debida ponderación de las observaciones N°3 y N°6.

En efecto, a través de la Observación N° 3 se cuestiona la exclusión de la Parcela N° 8 lote C, Colonia



Isabel Riquelme, de propiedad de Arnoldo Caro, perteneciente al pueblo Kawésqar, utilizado como sitio de reunión de la comunidad Aswal Lejep, adquirido a través del concurso de tierras para indígenas, del área de influencia del proyecto, razón por la que se solicitó a la empresa amplíe información proporcionada en la Declaración de Impacto Ambiental.

En tanto, en la observación N° 6, si bien se cuestiona que se incorporen compromisos voluntarios que determinarían reconocer un impacto que debería dar pie para una consulta indígena en que se discutiera aquello, toda vez que tales compromisos están bajo el estándar de del Convenio N° 169, no sólo por la falta de consulta, sino porque no existe participación de los pueblos indígenas, lo cierto es que en ella subyace un cuestionamiento en torno a que el titular sostiene que no se producen los efectos o circunstancias del artículo 11 de la Ley N° 19.300, cuestión que, en el ámbito de la reclamación, se vincula con la circunstancia de reconocer que el Predio N°8 está dentro del área de influencia, reprochando que se convalida la RCA, al establecer que con la información disponible, de manera inorgánica, en el expediente de evaluación, se pueden descartar afectaciones de carácter socioambiental.

Así, estas dos Observaciones, en lo medular, denuncian la falta de consideración respecto de la



existencia de terrenos indígenas en el área de influencia del proyecto, cuestión que fue soslayada por el Titular del proyecto, de lo que derivó no sólo una falta de Consulta Indígena sino que la nula participación de los pueblos originarios, refiriendo, en específico, que el Predio N° 8, es tierra indígena, que su dueño pertenece a la etnia Kawésqar y que en él se realizan reuniones de una comunidad indígena denominada "Aswal Lejep", cuestión que fue tratada en términos amplios en la reclamación, sin perjuicio que además se particularizara, y también en torno a la falta de entrega de información esencial que determina el ejercicio de la facultad establecida en el artículo 18 bis de la ley N° 19.300, esto es, poner término anticipado al procedimiento.

Duodécimo: Que lo expuesto se vincula, en parte, con el primer y tercer capítulo de casación, pues a través de ellos se acusan, además de otros tópicos, las mismas cuestiones relacionadas con la observaciones antes referidas, debiendo señalar que esta Corte ha establecido que las observaciones ciudadanas no tienen por qué ser efectuadas en términos sacramentales, refiriendo normas específicas, sino que basta que la persona exponga la inquietud vinculada a la ejecución del proyecto y la eventual afectación de una variable ambiental, correspondiendo que la autoridad, en virtud del principio precautorio que debe guiar su actuar, establezca el marco



normativo que se aplica en relación al cuestionamiento realizado a través de la observación y bajo ese prisma analice la respuesta del titular.

En efecto, se ha resuelto con anterioridad que la participación ciudadana garantiza el derecho de la comunidad a opinar responsablemente, cuestión que se traduce en las observaciones que se formulan en los albores del proceso de evaluación. Es en relación a la protección de tal principio que se le otorga a los observantes el derecho a reclamar, si la autoridad ambiental no cumple con su deber de ponderar debidamente las observaciones que la ciudadanía formuló en tiempo y forma, cooperando así los ciudadanos con la Administración, cuestión que es reconocida por el legislador para concretar la tutela efectiva del medio ambiente.

Es así, como el principio de congruencia en la etapa administrativa del proceso de evaluación ambiental no puede ser entendido en los términos expuestos por los sentenciadores, restringiendo el análisis en demasía, toda vez que si bien, el observante no indicó que se debía aplicar la facultad del artículo 18 bis de la Ley N° 19.300 en sede administrativa, aquello no implica que se pueda excluir del análisis las cuestiones que son reglamentadas en el artículo 86 del Decreto Supremo N° 40, pues tal norma se vincula con aquellas cuestiones que



fueron objeto de observaciones, vinculadas, como se anunció, a la falta de consulta indígena y participación de pueblos originarios a pesar de que en el área de influencia del proyecto existen tierras indígenas en las que se realizan actividades por parte de una comunidad que tiene tal carácter.

Décimo tercero: Que, asentado lo anterior, resulta pertinente señalar que el Decreto Supremo N° 40 de 2012, del Ministerio del Medio Ambiente que establece el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, contiene una regulación del proceso de consulta indígena en términos concretos, como asimismo establece otras instancias de participación de los pueblos originarios.

En efecto, el artículo 7°, establece que el titular deberá presentar un Estudio de Impacto Ambiental si su proyecto o actividad genera reasentamiento de comunidades humanas o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos.

En su inciso sexto se consigna: "A objeto de evaluar la alteración significativa a los sistemas de vida y costumbres de los grupos humanos, se considerará la generación de efectos adversos significativos sobre la calidad de vida de éstos, en consideración a la duración o magnitud de cualquiera de las siguientes circunstancias:



a) La intervención, uso o restricción al acceso de los recursos naturales utilizados como sustento económico del grupo o para cualquier otro uso tradicional, tales como uso medicinal, espiritual o cultural.

b) La obstrucción o restricción a la libre circulación, conectividad o el aumento significativo de los tiempos de desplazamiento.

c) La alteración al acceso o a la calidad de bienes, equipamientos, servicios o infraestructura básica.

d) La dificultad o impedimento para el ejercicio o la manifestación de tradiciones, cultura o intereses comunitarios, que puedan afectar los sentimientos de arraigo o la cohesión social del grupo”.

En tanto, el artículo 8 refiere que el titular deberá presentar un Estudio de Impacto Ambiental si su proyecto o actividad se localiza en o próxima a, entre otros, poblaciones protegidas.

Refiere el inciso segundo: “Se entenderá que el proyecto o actividad se localiza en o próxima a población, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos, glaciares o a un territorio con valor ambiental, cuando éstas se encuentren en el área de influencia del proyecto o actividad”.

Añade el inciso tercero: “Se entenderá por poblaciones protegidas a los pueblos indígenas,



independiente de su forma de organización". Agrega su inciso penúltimo: "A objeto de evaluar si el proyecto o actividad es susceptible de afectar poblaciones protegidas, se considerará la extensión, magnitud o duración de la intervención en áreas donde ellas habitan".

En el mismo orden de ideas, el artículo 85 del referido Reglamento dispone: "En el caso que el proyecto o actividad genere o presente alguno de los efectos, características o circunstancias indicados en los artículos 7, 8 y 10 de este Reglamento, en la medida que se afecte directamente a uno o más grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, el Servicio deberá, de conformidad al inciso segundo del artículo 4° de la ley, diseñar y desarrollar un proceso de consulta de buena fe, que contemple mecanismos apropiados según las características socioculturales propias de cada pueblo y a través de sus instituciones representativas, de modo que puedan participar de manera informada y tengan la posibilidad de influir durante el proceso de evaluación ambiental. De igual manera, el Servicio establecerá los mecanismos para que estos grupos participen durante el proceso de evaluación de las aclaraciones, rectificaciones y/o ampliaciones de que pudiese ser objeto el Estudio de Impacto Ambiental".



Finalmente, el artículo 86 dispone: "Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo 2° de este Título, cuando el proyecto o actividad sometido a evaluación mediante un Estudio de Impacto Ambiental que indique la no generación o presencia de los efectos, características o circunstancias a que se refiere el artículo anterior, se emplace en tierras indígenas, áreas de desarrollo indígena o en las cercanías a grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, el Director Regional o el Director Ejecutivo del Servicio realizará reuniones con los grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas localizados en el área en que se desarrollará el proyecto o actividad, por un período no superior a treinta días contados desde la declaración de admisibilidad del proyecto, con el objeto de recoger sus opiniones, analizarlas y, si corresponde, determinar la procedencia de la aplicación del artículo 36 del presente Reglamento. El Servicio generará un acta de cada una de las reuniones en donde se recogerán las opiniones de los referidos grupos".

Agrega el inciso segundo, "cuando el proyecto o actividad sometido a evaluación mediante una Declaración de Impacto Ambiental, se emplace en tierras indígenas, áreas de desarrollo indígena o en las cercanías a grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, el Director Regional o el Director Ejecutivo del Servicio realizará



reuniones con aquellos grupos humanos localizados en el área en que se desarrollará el proyecto o actividad, por un período no superior a veinte días, con el objeto de recoger sus opiniones, analizarlas y, si corresponde, determinar la procedencia de la aplicación del artículo 48 del presente Reglamento. El Servicio generará un acta de cada una de las reuniones en donde se recogerán las opiniones de los referidos grupos”.

Continúa refiriendo: “Las actas de las reuniones a que se refieren los incisos anteriores podrán servir de motivación de las resoluciones fundadas de los artículos 36 y 48 del presente Reglamento, o bien a la Resolución de Calificación Ambiental según corresponda”.

Décimo cuarto: Que, asentado el marco normativo, se deben precisar dos cuestiones fácticas que resultan esenciales para resolver.

La primera, se vincula con que el Titular del proyecto, de forma reiterada señaló que el predio N° 8, se encontraba fuera del área de influencia, toda vez que estaba a 13,5 km de las instalaciones.

La segunda, tiene que ver con el hecho establecido por el fallo, reconocido por lo demás en la Resolución Exenta N° 681, respecto de que el referido predio, se encuentra a 9,5 Km de las instalaciones, dentro del área de influencia del proyecto.



Además, de los antecedentes, fluye que efectivamente tal predio fue adquirido a través de la licitación para adquisición de tierras indígenas, que su propietario además pertenece a la etnia Kewésqar y que, desde la primera observación realizada, se ha señalado que ahí se realizan reuniones de la comunidad indígena Aswaal Lajep. Lo anterior también ha sido reconocido en la Resolución Exenta N° 681, que fue impugnada a través de la reclamación incoada en autos, toda vez que realiza un examen en relación a la eventual afectación de los tiempos de viajes en virtud del aumento de tránsito vehicular en la ruta por la que se accede al predio, en razón de las reuniones que se realizan por la comunidad.

Décimo quinto: Que, en las condiciones descritas, esta Corte advierte que, efectivamente los sentenciadores incurren en el error de derecho denunciado a través del primer capítulo de casación, toda vez que, efectivamente, resultaba improcedente que el Director del Servicio de Evaluación Ambiental, a pesar que constatará que la observación N° 3 no fue debidamente ponderada, realizara un análisis de los antecedentes para determinar que no había una afectación directa y significativa del componente socioambiental, por lo que en la especie, de conformidad con el artículo 11 letras c) y d) de la Ley N° 19.300 y artículos 7 y 8 del Decreto Supremo N° 40, no



era obligatorio abrir un periodo de consulta indígena debiendo ingresar el proyecto a través de un EIA.

En efecto, el Sistema de Evaluación Ambiental impone al titular del proyecto, si éste pretende obtener su aprobación por medio de una Declaración de Impacto Ambiental, la carga de demostrar que el mismo no produce los impactos del artículo 11 letra c), d) de la Ley N° 19.300 en relación artículo 7 letras a), b) y d) y artículo 8 del Decreto Supremo N° 40. Lo anterior no es baladí, toda vez que, conforme a la normativa que ha sido transcrita en acápite precedentes, si un proyecto tiene impactos significativos en el componente socioambiental descrito en las referidas normas, debe ingresar al SEIA a través de un EIA. Pues bien, en el caso concreto, el titular negó que el predio individualizado como Parcela 8, estuviera dentro del área de influencia y, en consecuencia, no realizó el análisis pertinente en relación a la eventual afectación del componente humano indígena, ni de la actividad específica realizada por la comunidad Aswaal Lajep.

Lo anterior es relevante, en la medida que esta falta de información se vincula con la obligación de la autoridad administrativa de realizar las reuniones con los grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas que se encuentren en el área de influencia, en el caso de las Declaraciones de Impacto Ambiental, por un periodo de



veinte días, con el objeto recoger sus opiniones y analizarlas, cuestión que tiene por objetivo no solo la aplicación del artículo 48 del Reglamento, sino que nutrir al ente que debe evaluar el proyecto, de información necesaria el correcto desempeño de sus funciones, cuestión que se impone por el respeto irrestricto del principio preventivo y que, además, está previsto, como una forma de cumplimiento de los compromisos que surgen de la suscripción del Convenio 169 de la OIT.

En efecto, por tal razón es que se señala que el Servicio generará un acta de cada una de las reuniones, en donde se recogerán las opiniones de los referidos grupos y que además ella puede servir de base a la aplicación del artículo 48 antes referido o de la Resolución de Calificación Ambiental según corresponda.

El SEA reconoce que no efectuó las reuniones del artículo 86 del Decreto Supremo N° 40; sin embargo, pretende soslayar su omisión esgrimiendo la realización de reuniones en el marco de las actividades de participación ciudadana, cuestión inadmisibles, toda vez que las reuniones debe realizarse con el objetivo específico de protección de los pueblos originarios que pudieren verse afectados por la ejecución del proyecto a evaluar. Es así como los pueblos originarios que pudieran ser afectados por un proyecto, a través de este



mecanismo. entregan información relevante acerca de aprehensiones y cuestionamientos que les surjan vinculados a la realización de las obras y la forma en que ellas influirán en sus sistemas de vida, la exposición que permite determinar la forma específica en que el proyecto les perturba, cuestión relevante si se considera que, en el caso de la Declaración de Impacto Ambiental, no existe la obligatoriedad de una consulta indígena, en la medida que el titular del proyecto demuestre de forma exhaustiva que no se dan los efectos del artículo 11 letras c) y d) de la Ley N° 19.300.

En esta materia, la autoridad sostiene la existencia de una desviación procesal, por no haber esgrimido en sede administrativa que la autoridad debió poner término anticipado al proyecto por falta de información esencial, cuestión que tampoco puede ser oída, porque la recopilación de la información a través de las reuniones establecidas en el artículo 86 del Reglamento, como se señaló, no tienen como único objeto poner término anticipado al proyecto, sino que, además están previstas para que la autoridad cuente con información que le permita evaluar de mejor forma aquellos antecedentes que forman parte de la evaluación del proyecto, pues solo así podrá determinar, si existe una alteración significativa de los sistemas de vida o costumbres de las etnias indígenas (artículo 11 letra c) o una susceptibilidad de



afectación del elemento territorial (artículo 11 letra d).

En las condiciones descritas, al señalar el titular del proyecto que la Parcela N° 8 se encontraba fuera del área de influencia y al haber omitido el SEA las reuniones con los grupos humanos indígenas, resultaba improcedente que el Director del SEA analizara los antecedentes, verificando el vicio empero procediendo a evaluar los antecedentes reunidos en el expediente en relación a la afectación por un eventual aumento de tráfico en el camino de acceso, toda vez que, evidentemente, la evaluación debe ser más amplia, sin que sea procedente restringirla a ese posible efecto, por la sencilla razón que justamente es través de las reuniones omitidas que la autoridad podría establecer cuáles son los impactos que las personas de la etnia Kawésqar temen se puedan producir en relación al componente medioambiental y humano.

Así, por ejemplo, el Reglamento determina que la susceptibilidad de afectación directa referida en el artículo 8° se vincula con un elemento de índole territorial relacionado al área de influencia de un proyecto específico. En efecto, el artículo 2° del mencionado decreto define al área de influencia: "El área o espacio geográfico, cuyos atributos, elementos naturales o socioculturales deben ser considerados con la



finalidad de definir si el proyecto o actividad genera o presenta alguno de los efectos, características o circunstancias del artículo 11 de la Ley, o bien para justificar la inexistencia de dichos efectos, características o circunstancias”.

El área de influencia de un proyecto es el primer elemento, de índole geográfico, que permite determinar si en la especie se puede verificar una susceptibilidad de afectación, debiendo además determinarse si en esta área existe un grupo humano indígena o tierras indígenas o áreas de desarrollo indígena que puedan verse afectadas por la actividad que se pretende desarrollar al producir alguno de los efectos establecidos en el artículo 11 de la Ley N° 19.300 y artículos 7, 8 y 10 referido Reglamento.

Al respecto también se ha referido la doctrina, indicando que “lo que se requiere es que sea posible que la medida que se piensa adoptar tenga impactos en los derechos reconocidos a los pueblos indígenas, particularmente su integridad y supervivencia cultural y autonomía (...) si bien una interpretación literal de la norma conduciría a pensar que toda decisión pública debe ser consultada, pues de una u otra manera afectará a los pueblos indígenas, de lo que se trata es de garantizar los derechos de estos pueblos frente a cualquier 'decisión del Estado que pueda afectar a los pueblos



indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad', pues la consulta previa es un mecanismo de visibilización de impactos en un contexto de interculturalidad" (Meza-Lopehandía, Matías y otros, Los Pueblos Indígenas y el Derecho, Editorial LOM Ediciones, 2013, páginas 397 y 398).

Pues bien, asentado como está, que la Parcela N° 8 se encuentra dentro del área de influencia del proyecto y que la misma fue adquirida con dineros provenientes de la CONADI para adquisición de tierras indígenas, que su propietario pertenece a la etnia kawésqar y que en el predio se realizaban reuniones de la comunidad Aswaal Lajep, sin que se llevaran a cabo las reuniones del artículo 86 del Decreto Supremo N° 40, no es posible descartar la susceptibilidad de afectación directa que determina la necesidad de un EIA por ser imprescindible la consulta indígena, porque la omisión de antecedentes impiden conocer cuáles son los elementos concretos en relación a la afectación del territorio.

En este mismo orden de consideraciones, la ausencia de información que debió recabar el SEA en virtud de lo establecido en el artículo 86 del Reglamento antes referido, impide establecer si existe o no una alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos.



Décimo sexto: Que, lo hasta ahora expuesto, permite determinar que efectivamente los sentenciadores incurren en el yerro jurídico denunciado en el primer acápite de casación, toda vez que hay una vulneración del artículo 86 del Decreto Supremo N° 40, que redundando en una vulneración del artículo 11 letras c) y d) de la Ley N° 19.300 y 85 del referido Reglamento, puesto que el Director del SEA establece no se ponderaron debidamente las observaciones en relación a la existencia de tierras indígenas y de actividades realizadas por una comunidad de tal carácter, dentro de terrenos ubicados al interior del área de influencia del proyecto, determina que aquello no es relevante toda vez que descarta la existencia de los efectos establecidos en las normas de la Ley N° 19.300 antes referidos, que determinan la necesidad de un EIA y una consulta indígena, en circunstancias que, la falta de antecedentes derivada a la omisión de las reuniones previstas en la primera norma señalada impiden llegar a tal conclusión, produciéndose así un vicio en el procedimiento de evaluación ambiental del proyecto sub lite que fue indebidamente convalidado por la autoridad administrativa al pretender establecer determinadas condiciones vinculadas al tránsito de camiones que, a su juicio, permitirían aprobar desde la perspectiva medioambiental el proyecto, cuestión que, como se ha establecido, resultaba improcedente.



Décimo séptimo: Que, en virtud de lo señalado, el recurso de casación en el fondo será acogido.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 764, 767, 785 y 805 del Código de Procedimiento Civil, artículos 25 y 26 de la Ley N° 20.600, **se acoge** el recurso de casación en el fondo interpuesto en contra de la sentencia de veintisiete de noviembre de dos mil diecinueve del Tercer Tribunal Ambiental, la que, por consiguiente, es nula y se reemplaza por la que se dicta a continuación.

Regístrese.

Redacción a cargo del Abogado Integrante señor Lagos.

Rol N° 36.919-2019.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (a) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. María Eugenia Sandoval, Sra. Ángela Vivanco M., y los Abogados Integrantes Sr. Jorge Lagos G. y Sr. Julio Pallavicini M. No firman, no obstante haber concurrido al acuerdo de la causa, los Ministros señor Muñoz por estar con feriado legal y señora Sandoval por haber cesado en sus funciones.





MHKNTKEXXG

En Santiago, a veintidós de febrero de dos mil veintiuno, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

