TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL
05-03-2021
CHILE

Procedimiento: Reclamación

Materia: Reclamación Judicial del art. 29 de la Ley 19.300 y articulo 17 n.º 6 de la Ley 20.600

Reclamante 1: Comunidad Indígena Huayún Mapu

R.U.T.: 65.062.484-1

Representante: José Víctor Huenante Huirimilla

R.U.N.: 7.735.016-0

Reclamante 2: Carolina Natalia Guzmán Caimilla

R.U.N.: 19.502.320-4

Reclamante 3: Paulina Sara Ojeda Guerrero

R.U.N.: 15.288 .023-5

Domicilio: Sector Huayún Bajo, Comuna de Calbuco, Región de los Lagos.

Abogado Patrocinante: Hugo Andrés Castro Charles

R.U.N.: 13.517.069-0

Domicilio: Calle Pamplona N.º 665, Villa Cataluña, Ciudad y comuna de Temuco.

Correo electrónico: hugo.castro.charles@gmail.com

Reclamado: Comité de Ministros del Servicio de Evaluación Ambiental

R.U.T.: 72.443.600-5

Representante: Hernán Brücher Valenzuela

R.U.N.: 8.448.957-3

Domicilio: Miraflores n.º 222, Piso 7, 19 y 20, Santiago, Región Metropolitana

EN LO PRINCIPAL: Recurso de Reclamación del articulo 17 N.º 6 de la Ley 20.600**; PRIMER OTROSI:** Solicita media cautelar; **SEGUNDO OTROSI;** Acompaña documentos**; TERCER OTROSÍ:** Forma de notificación; **CUARTO OTROSÍ:** Téngase presente

ILUSTRE TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

HUGO ANDRÉS CASTRO CHARLES, cédula de identidad N.º 13.517.069-0, abogado, domiciliado en Calle Pamplona N.º 665, Villa Cataluña, Ciudad y comuna de Temuco en representación, por mandato judicial, de **COMUNIDAD INDÍGENA HUAYÚN MAPU,** Rol Único Tributario N.° 65.062.484-1, inscrita con el Número 837 en el Registro de Comunidades y Asociaciones Indígenas de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena; representada por don **JOSÉ VÍCTOR HUENANTE HUIRIMILLA**, cedula de identidad N.º 7.735.016-0, casado, agricultor; doña **CAROLINA NATALIA GUZMÁN CAIMILLA**, cedula de identidad N.º 19.502.320-4, soltera, agricultora; y doña **PAULINA SARA OJEDA GUERRERO,** cedula de identidad N.º 15.288.023-5, soltera, agricultora; todos domiciliados Sector Huayún Bajo, Comuna de Calbuco, Región de los Lagos; a S.S. Ilustre respetuosamente digo:

Que en tiempo y forma vengo a interponer Recurso de Reclamación del artículo 17 N.º 6 de la Ley 20.600, en contra de la **Resolución Exenta N.º 2021991013** del Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental, en su calidad de Secretario del Comité de Ministros (en adelante, "*la Resolución Reclamada*"), a través de la cual se resuelve recurso de reclamación interpuesto en contra de la **Resolución de Calificación Ambiental N.º 163, del 14 de octubre del año 2019** (en adelante la "*RCA N.º 163/2019*"), de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Los Lagos, que califico ambientalmente de forma favorable el Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto

denominado "*Parque Eólico Calbuco*", cuyo titular es Energías Calbuco S.A. (en adelante, el "*Titular*"). Esto, en virtud del artículo 29 de la Ley N.º 19.300 en relación con el artículo 20 y 24 del mismo cuerpo legal y el artículo 17 N.º 6 de la Ley N.º 20.600, que crea los Tribunales Ambientales, solicitando desde ya se acoja nuestra reclamación, dejando sin efecto la resolución recurrida, así como la RCA N.º 163/2019, con expresa condena en costas, por carecer de manifiesta falta de fundamento e incurrir en una serie de ilegalidades.

A continuación, pasamos a exponer los antecedentes de hecho y argumentos de derecho sobre los que se apoya el presente recurso de reclamación. Para facilitar su comprensión, se expondrán las materias de acuerdo con el orden establecido en el siguiente índice:

Índice

I. ADMISIBILIDAD. 4

I.1 Legitimidad activa 5

I.2. Plazo 6

II. ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE RECLAMACIÓN EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN EXENTA N.º 2021991013 Y DE LA RCA N.º 163/2019. 9

II.1 ANTECEDENTES DEL PROYECTO, ÁREA DE EMPLAZAMIENTO E IMPACTOS DEL "PARQUE EÓLICO CALBUCO". 9

II.2. OBSERVACIONES CIUDADADAS AL EIA "PARQUE EOLICO CALBUCO" 11

III. RESOLUCIÓN EXENTA N.º 2021991013 DEL 6 DE ENERO DEL AÑO 2021. ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN RECLAMADA Y LAS RESPUETAS DE LA AUTORIDAD AMBIENTAL. 13

III.2. FALTA DE FUNDAMENTO EN EL DESCARTE DE LOS IMPACTOS SIGNIFICATIVOS CONTEMPLADOS EN EL ARTÍCULO 7 LETRA A) DEL D.S. N.º 40/2012. 14

III.2.1. Reproches al descarte de los efectos, características o circunstancias del art 7 letra a) del D.S. 40/2012. 16

III.3. FALTA DE FUNDAMENTO EN EL DESCARTE DE LOS IMPACTOS SIGNIFICATIVOS CONTEMPLADOS EN EL ARTÍCULO 7 LETRA D) DEL D.S. N.º 40/2012.. 29

III.3.1. Reproches al descarte de los efectos, características o circunstancias del art 7 letra d) del D.S. 40/2012. 31

III.4.1. Reproches a la evaluación del impacto y del plan de medidas respecto de los efectos, características o circunstancias del art 8 letra d) del D.S. 40/2012. 40

III.4.2 Ilegalidad de la resolución reclamada por vulneración del derecho a consulta indígena. 46

III.5 FALTA DE DEBIDA CONSIDERACIÓN A LA OBSERVACIÓN SOBRE EL EMPLAZAMIENTO DEL PROYECTO EN TERRENOS Y TIERRAS INDÍGENAS. 49

III.5.1. Reproches a la falta de la debida consideración de la observación sobre tierras y territorio indígena. 50

IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA FALTA DE FUNDAMENTACIÓN E ILEGALIDADES DE LA RESOLUCIÓN EXENTA N.º 2021991013 DEL 6 DE ENERO DE 2021 56

IV.1. Incumplimiento del estándar de la debida consideración de una observación ciudadana 56

IV.2 Falta de la debida motivación 58

IV.3 no consideración de pronunciamientos de OAECAS. 62

IV.4 Infracciones al deber de consulta indígena. 63

IV.5 Infracción a los principios precautorio y preventivo. 67

I. ADMISIBILIDAD.

I.1 Legitimidad activa

El inciso 4° del artículo 29 de la Ley 19.300 establece: "*Cualquier persona, natural o jurídica, cuyas observaciones señaladas en los incisos anteriores 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."* Por tanto, todo aquel que, habiendo participado del proceso de evaluación de impacto ambiental a través de la interposición de observaciones, tiene derecho a impugnar la Resolución de Calificación Ambiental, cuando considere que sus observaciones no hayan sido debidamente consideradas en los fundamentos de dicha resolución.

A su vez el articulo 17 N.º 6 de la Ley 20.600 que crea los Tribunales Ambientales, señala que son competentes para "*Conocer de las reclamaciones que interponga cualquier persona natural o jurídica 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.º 19.300, en relación con el artículo 20 de la misma ley. Será competente para conocer de esta reclamación el Tribunal Ambiental del lugar en que haya sido evaluado el proyecto por la correspondiente Comisión de Evaluación o el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, en su caso".*

El día 5 de febrero del año 2016, la empresa Energías Calbuco S.A. ingreso al Servicio de Evaluación Ambiental de la Región de Los Lagos el Estudio de Impacto Ambiental del proyecto "*Parque Eólico Calbuco*". El titular realizó publicación del extracto del EIA en el Diario Oficial y el Diario El Llanquihue, el día 18 de febrero de 2016, iniciándose en

consecuencia el proceso de Participación Ciudadana (PAC) entre los días 19 de febrero el día 1 de junio de 2016.

En el marco de dicho proceso de Participación Ciudadana, las tres reclamantes, COMUNIDAD INDÍGENA HUAYÚN MAPU, doña CAROLINA NATALIA GUZMÁN CAIMILLA y doña PAULINA SARA OJEDA GUERRERO, dedujeron por escrito diversas Observaciones Ciudadanas, las cuales no fueron debidamente consideradas en la RCA N.º 163/2019. Por lo anterior interpusieron un recurso de reclamación administrativa el 3 diciembre del 2019, el cual fue rechazado mediante la Resolución Exenta N.º 2021991013 del Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental, de fecha 6 de enero del año 2021, en su calidad de secretario del Comité de Ministros.

Por consiguiente, las reclamantes COMUNIDAD INDÍGENA HUAYÚN MAPU, doña CAROLINA NATALIA GUZMÁN CAIMILLA y doña PAULINA SARA OJEDA GUERRERO, se encuentran legitimadas para interponer el presente recurso, al haber ejercido las acciones señaladas en el artículo 29, en relación con los artículos 20 y 24, todos de la Ley 19.300.

I.2. Plazo

Conforme a lo establecido por el artículo 20 de la ley 19.300, aplicable por remisión del artículo 29 del mismo cuerpo legal, "*se podrá para reclamar, dentro del plazo de treinta días contado desde su notificación, ante el Tribunal Ambiental*". El artículo 88 de la ley N.º 19.300, indica que los plazos establecidos en dicha ley son de días hábiles, entendiéndose por inhábiles los sábados, domingos y festivos.

La resolución impugnada es de fecha 6 de enero del año 2021, siendo publicada en el expediente administrativo el día 12 del mismo mes y año. Según consta en la resolución recurrida y en el expediente administrativo, para efectos de notificar válidamente a las reclamantes, el Director Ejecutivo del SEA ingreso a la oficina de Correos de Chile, de la Ciudad

de Santiago, carta certificada el día 12 de enero de 2021, la cual fue ingresada en la oficina de Correos de Chile del domicilio de los reclamantes, es decir en la oficina de la ciudad de Calbuco, el día 19 de enero de 2021, sin que hasta la fecha haya sido recibida en la dirección que indicaron las reclamantes en su recurso administrativo [1] (Calle Eulogio Goycolea N.º 89, comuna de Calbuco).

En virtud del artículo 46 inciso 2° Ley N.º 19.880, las notificaciones de los actos administrativos realizada mediante carta certificada se entenderán verificadas a partir del tercer día desde su recepción en la oficina de Correos que corresponda. Respecto a que oficina corresponde ser ingresada para efectos de contabilizar el plazo de notificación, debe entenderse que corresponde a la del domicilio del notificado. La Contraloría General de la República, mediante Dictamen N.º 18531, de 22 de mayo del año 2017 ha señalado al respecto:

> "*Como cuestión previa, cabe manifestar que dicho proceso fue afinado mediante la resolución N.º 8, de 2010, de la Dirección General de esa institución, remitiéndose la pertinente comunicación por carta certificada el día 8 de marzo de esa misma anualidad, como se advierte en los antecedentes tenidos a la vista, diligencia que, según lo previsto en el inciso segundo del artículo 46 de la ley N.º 19.880, se entiende practicada a contar del tercer día siguiente a* ***la recepción de aquélla en la oficina de correos correspondiente, esto es, y en armonía con lo precisado en el dictamen N.º 34.319, de 2007, de este origen, la del domicilio del ocurrente****"* (El destacado es nuestro).

En el mismo sentido se pronunciado el Ilustre Segundo Tribunal Ambiental, mediante sentencia de fecha 8 de junio de 2016, recaída en

[1] Número de seguimiento en línea 1176286108132. Revisar en: https://www.correos.cl/seguimiento-en-linea#0

causa rol R-51-2014 (acumula con causas R-55-2014 y R-71-2015) caratulado Pampa Camarones S.A. en contra de la Superintendencia del Medio Ambiente, en su considerando 23° señalo:

> *"Que, para resolver este punto de la reclamación, se debe tener presente que el inciso segundo del artículo 46 de la Ley 19.880 dispone que: "las notificaciones por carta certificada se entenderán practicadas a contar del tercer día siguiente a su recepción en la oficina de Correos que corresponda". Al respecto, en diversos dictámenes de la CGR se ha aclarado que la oficina de Correos que corresponda es aquella del domicilio del notificado (v.gr. dictámenes N.º 69.659, de 15 de diciembre de 2009, y 31.277, de 5 de julio de 2006).* ***Por tanto, es manifiesto que la fecha relevante para aplicar esta disposición es aquella correspondiente a la recepción de la carta en la oficina de Correos de Chile del domicilio del notificado****, ya que la notificación por carta certificada se entiende practicada a contar del tercer día hábil administrativo siguiente a dicha fecha".*

Sin perjuicio que hasta la fecha dicha carta no ha sido entregada, según se puede verificar en la página web de Correos de Chile, mediante número de seguimiento en línea 1176286108132, dicha carta certificada ingreso a la oficina de Correos de Chile del domicilio de las reclamantes, el día 19 de enero de 2021.

De esta forma, se puede entender practica la notificación de la resolución reclamada, el día 22 de enero del año 2021, por lo que el plazo de 30 días hábiles administrativos para la interposición de la presente reclamación vence el día 05 de marzo de 2021. De esta forma, esta presentación se ha realizado dentro del plazo legal.

II. ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE RECLAMACIÓN EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN EXENTA N.º 2021991013 Y DE LA RCA N.º 163/2019.

Durante toda la evaluación ambiental del EIA del Proyecto "*Parque Eólico Calbuco*" y especialmente en la RCA N.º 163/2019, no fueron evaluados adecuadamente los impactos significativos del artículo 11 de la Ley N.º 19.300 -en particular los establecidos en el artículo 7 letras a) y d) de su Reglamento DS. 40/2012-, ni se propusieron las medidas de mitigación, compensación y/o reparación apropiadas al caso, incumpliéndose además los estándares de participación establecidos por el Convenio N.º 169 de la OIT.

Lo anterior tuvo como consecuencia que las observaciones ciudadanas realizadas por las reclamantes no fueran debidamente consideradas. Lo anterior, a su vez, no fue subsanado de forma alguna por la Resolución Exenta N.º 2021991013 del Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental.

En cuanto a las ilegalidades y arbitrariedades de las resoluciones recurridas, cabe relevar las contradicciones y omisiones observadas en el tratamiento otorgado por la autoridad ambiental a las materias objeto de reclamo, especialmente la falta de fundamentación con que desecho las observaciones y solicitudes formuladas la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI).

II.1 ANTECEDENTES DEL PROYECTO, ÁREA DE EMPLAZAMIENTO E IMPACTOS DEL "PARQUE EÓLICO CALBUCO".

El Proyecto aprobado mediante RCA N.º 163/2019, consiste la instalación de **17 unidades aerogeneradores de 2,5 MWp** de potencia nominal cada una, totalizando una potencia nominal instalada de 42,5 MWp. El Proyecto se emplazará aproximadamente a 12,5 kilómetros al Noroeste de la localidad de Calbuco.

El área de influencia quedó definida por las poblaciones más cercanas al Proyecto, susceptibles de ser afectadas por las actividades o acciones que se ejecuten durante su etapa de construcción, operación y cierre. En especial se reconoció que los habitantes de los sectores El Tambor, Cruce Cárdenas y Huayún se verán afectados por las acciones del Proyecto. Dicha población es mayoritariamente mapuche.

Según el Censo del año 2017, en el sector El Tambor habitan 95 personas, de las cuales 33 personas pertenecen al pueblo mapuche, lo que corresponde al 34,7% de la poblaciónón del sector. En Cruce Cárdenas habitan 163 personas, 60 de las cuales son mapuche, que corresponde al 36,8% de la población de dicha localidad. Finalmente, el sector Huayún, donde habitan los reclamantes, viven 380 personas, de las cuales 241 son pertenecientes al pueblo mapuche, lo que corresponde a un 63,4% del total de los habitantes del sector.

Se caracteriza el área de influencia y el entorno de las viviendas de las familias mapuche, por su tranquilidad que se verá perturbado por las acciones del proyecto, en especial por el ruido de los aerogeneradores que emitirá en forma habitual, día y noche. Producto de esto, se perderá la tranquilad y el ambiente sonoro natural en el que sus habitantes desarrollan sus formas de vida y actividades tradicionales.

El lugar específico de emplazamiento del Proyecto es una zona con presencia de bosque nativo y humedales, en el que existe un alto nivel de biodiversidad en flora y fauna, que entregan diversos servicios ecosistémicos, como mantención de recursos hídricos, favorecen la producción de miel, y permiten la recolección y extracción de recursos naturales, como el pompón. Adicionalmente el lugar del emplazamiento proviene de tierras con calidad indígena, en virtud de la ley N.º 19.253, afectación que no fue considerada ni evaluada correctamente.

Junto con la abundante vegetación, la ausencia de infraestructuras de gran envergadura, constituyen un entorno natural muy apreciado por los habitantes y familias mapuche del sector, lo que se verá perturbado

principalmente por la instalación de 17 estructuras de gran envergadura. Esto "*implica una afectación al paisaje cultural ancestral para los miembros de dicha población protegida, ya que se trata de elementos artificiales de gran magnitud, cuya presencia se extenderá por un prolongado período de tiempo, pudiendo afectar sentimiento de arraigo e identidad grupal de sus habitantes*"[2]. Este impacto es reconocido expresamente por el titular y la reclamada, pero respecto del cual no se adaptaron medidas adecuadas para hacerse cargo de dicha afectación.

II.2. OBSERVACIONES CIUDADADAS AL EIA "PARQUE EOLICO CALBUCO"

El 25 de abril del año 2016, doña CAROLINA NATALIA GUZMÁN CAIMILLA, ingreso por escrito una Observación Ciudadana al Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto "*Parque Eólico Calbuco*", que señaló:

> *"Mi opinión es con el siguiente propósito del parque eólico, con el cual mi persona se ve afectada con mis patrimonios ancestrales, tales como las vertientes, árboles medicinales, animales, flora y fauna y aún no sabemos qué impacto tendrá esto con nuestra salud de mi familia, hijos, nietos, bisnietos, vecinos. Debido a que este parque está muy cerca de nuestro territorio. Con estas razones me opongo a este proyecto".*

Luego, el 23 de mayo del año 2016, la Comunidad Indígena Huayún Mapu realizó una Observación Ciudadana en la que indicó:

> "*Nosotros como comunidad indígena Huayún Mapu nos oponemos a la construcción y realización de este proyecto de parque eólico por las negativas consecuencias que nos va a provocar en nuestro medio*

[2] Resolución de Inicio de Consulta Indígena, resolución exenta N.º 000336 del 2 de agosto del 2016 del Servicio de Evaluación Ambiental de la Región de Los Lagos, considerando 11° inciso final.

ambiente, así como en nuestra calidad de vida. Nosotros vivimos desde tiempos inmemoriales en nuestra comunidad en total armonía y tranquilidad con nuestro entorno y lo que más valoramos son nuestras tradiciones y nuestros lugares donde existen vestigios del paso de nuestros antepasados, así como lugares muy valiosos. No queremos que esta empresa modifique nuestro entorno natural como nuestra laguna, nuestros ríos, nuestro bosque nativo, no altere nuestros campos ya que es la única fuente o herramienta para sobrevivir.

De igual forma, el 1 de junio del año 2016, doña Paulina Sara Ojeda Guerrero, realizó su Observación Ciudadana al Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto "*Parque Eólico Calbuco"*, señalando:

"*(1) Estoy en contra del parque Eólico de Calbuco por las siguientes razones: Afecta gravemente la naturaleza, flora y fauna. Deforestación de del lugar, el aspecto Visual natural del lugar.*
(2) Ocupan terrenos propios de familias indígenas,
(3) Pérdida de hábitat de aves, también por la gran mortandad de aves que habrá por volar cerca de los aerogeneradores, - muerte de abejas, insectos, importantes para el equilibrio natural".

Dichas observaciones, no fueron debidamente considerada por la Comisión de Evaluación Ambiental de la región de Los Lagos en la RCA N.º 163/2019, ya que dicha resolución entrego respuestas carentes de independencia, sin que se pueda demostrar que el proceso de evaluación ambiental se hizo cargo de todos los impactos que genera el proyecto a la Comunidad indígena Huayún Mapu y las familias mapuches del sector, y que fueron denunciadas en las respectivas observaciones. Por tal razón se interpuso un recurso de reclamación mediante el cual se solicitó que la referida RCA fuera dejada sin efecto, se corrijan los defectos

reclamados y se califique nuevamente el Proyecto, considerando debidamente nuestras observaciones ciudadanas.

III. RESOLUCIÓN EXENTA N.º 2021991013 DEL 6 DE ENERO DEL AÑO 2021. ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN RECLAMADA Y LAS RESPUETAS DE LA AUTORIDAD AMBIENTAL.

El Comité de Ministros, respecto de nuestro recurso de reclamación administrativo, resolvió:

> *"**1. Rechazar** el recurso de reclamación interpuesto con fecha 25 de noviembre de 2019, por don José Víctor Huenante Huirimilla, en representación de la Comunidad Indígena HuayúnMapu; doña Carolina Natalia Guzmán Caimilla; y, doña Paulina Ojeda Guerrero, en contra de la resolución exenta N.º 163, de 14 de octubre 2019, de la Comisión de Evaluación Ambiental de la región de Los Lagos, atendidos los fundamentos establecidos en los Considerandos N.º 7 a N.º 10 del presente acto administrativo."*

La resolución reclamada sistematizo las materias de nuestra reclamación en el siguiente orden:

> *"6.1. Que, existiría una falta de consideración de los impactos significativos contemplados en el artículo 7 letra a) de la ley N.º 19.300.*
>
> *6.2. Que, existiría una falta de consideración de los impactos significativos contemplados en el artículo 7 letra d) de la ley N.º 19.300.*
>
> *6.3. Que, el Proyecto se emplazaría supuestamente en terrenos de propiedad indígena que, además, detentarían la calidad de indígenas."*

Con relación a las materias enunciadas, la resolución reclamada analizó el cumplimiento del deber de consulta indígena, señalando:

> *10.4.5. Que, según se dio cuenta en el Considerando N° 10.1 de este acto administrativo, el PCPI se realizó de conformidad a los estándares contenidos en el Convenio N° 169 de la OIT, el cual se llevó a efecto con los GHPPI pertenecientes, específicamente, la población mapuche huilliche del sector de Huayún, dentro de los cuales está presente la CI Huayún Mapu, de la comuna de Calbuco, región de Los Lagos."*

A continuación, realizaremos un examen de la resolución reclamada y de las respuestas que otorga a nuestra reclamación y las materias tratadas, dando cuenta de cómo la resolución recurrida determina se mantengan sin consideración adecuada nuestras observaciones, dando cuenta de la falta de fundamentos de que adolece y las ilegalidades en las que incurre la decisión del Comité de Ministros, así como, la RCA N.º 163/2019

III.2. FALTA DE FUNDAMENTO EN EL DESCARTE DE LOS IMPACTOS SIGNIFICATIVOS CONTEMPLADOS EN EL ARTÍCULO 7 LETRA A) DEL D.S. N.º 40/2012.

En relación con el impacto establecido en el artículo 7 letra a) del D.S. 40/2012, específicamente en relación con la extracción de pompón (Spaghnum magallanicum), el Comité de Ministros concluyó que el Proyecto no genera a los habitantes del Sector Huayún ni a los integrantes de la Comunidad Indígena Huayún Mapu, una limitación u obstáculo al acceso de dicho recurso, ya que el proyecto no intervendré este recurso que les sirve de sustento económico, descartaron la generación de dicho impacto significativo.

La resolución reclamada señaló en el considerando 7.10.2:

> *"En efecto, cabe abundar al respecto, dando cuenta de los siguientes aspectos:*
>
> (i) *Que, el Proyecto no considera la extracción de dicho recurso,*

así como tampoco contempla intervenir la zona del humedal identificado al interior del área del Proyecto, que es precisamente la zona donde el pompón fue ubicado.

Por el contrario, dicha zona será resguardada mediante la implementación de carteles informativos en el área y de inducciones a los trabajadores respecto de la importancia de los humedales y la forma de no afectarlo y, al mismo tiempo, se desarrollará un acuerdo privado con dicha esposa del cuidador del predio que extraería Spaghnum magallanicum, de modo tal de permitir la regeneración ecológica del pomponal, según se detalló en los Considerandos N.º 7.3, N.º 7.4, N.º 7.5 y N.º 7.9 de este acto administrativo.

(ii) *Que, corrobora lo anterior, lo consignado por el SEA Regional en el ICE, en tanto concluye que en el área donde este se instalaría no existirían recursos naturales que sean utilizados como sustento por GHPPI y, asimismo, se habría acreditado que la superficie destinada al Proyecto no sería objeto de usos tradicionales, tal como se expuso en el Considerando N.º 7.6 de este acto administrativo.*

(iii) *Que, con todo, y atendida la regla expuesta en el Considerando N.º 7.10.1 precedente, y sin perjuicio que se habría identificado a una persona que desarrollaba la actividad extractiva de la especie Spaghnum magallanicum en un sitio de propiedad del Proponente del Proyecto, debe tenerse presente que al tratarse de la esposa del cuidador del predio y al haberse llegado a un acuerdo con ella al respecto,* ***es dable reiterar que en el predio del Proyecto no existen recursos naturales que estén siendo utilizados como sustento económico por parte de los GHPPI identificados durante la evaluación ambiental.***

III.2.1. Reproches al descarte de los efectos, características o circunstancias del art 7 letra a) del D.S. 40/2012.

La respuesta de la autoridad administrativa resulta altamente cuestionable por cuanto no cumple con los criterios establecidos para dar respuesta a las observaciones ciudadanas y adolece de incoherencias y contradicciones.

A la luz de los criterios establecidos para la debida consideración de las observaciones ciudadanas, el planteamiento esgrimido en la resolución reclamada y en la respuestas contenidas RCA N.º 163/2019 dan cuenta de que el único parámetro utilizado por la autoridad ambiental para dar respuesta a las observaciones realizadas al Estudio de Impacto Ambiental, fueron los antecedentes aportados por el titular, en ADENDA N.°1 y los estudios antropológicos presentado en las Adendas Complementarias N.º 2 y N.º 3.

Dichos antecedentes e instrumentos aportan información contradictoria e incongruente y adolecen graves deficiencias metodológicas, todo lo cual no permite evaluar adecuadamente los impactos significativos en los sistemas de vidas, que fueron objeto de nuestras observaciones.

En relación con la extracción de pompón por parte de los miembros de la comunidad indígena Huayún Mapu y demás familias mapuches del área de influencia, dicha información fue críticamente analizada por la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena. Al respecto dicho OAECA, en su pronunciamiento con observaciones a la Adenda Complementaria N.º 3, Oficio ORD. 327/19 del 24 de mayo de 2019 indicó:

> "3. *En cuanto a la necesidad de identificar los recursos que sirven de sustento económico a los grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas,* ***lo afirmado por el Titular en el estudio antropológico resulta discordante y confuso con lo presentado en la línea de base del medio humano a lo largo***

> ***de la evaluación ambiental del Parque Eólico,*** *toda vez que, como se citó en el Ord. N°158/17,* ***el Anexo 4 (pág., 10) presentado con la Adenda Complementaria N.° 2 menciona que los GHPPI realizan extracción de pompón como parte de su actividad económica***[3]*. Por lo tanto, del análisis se determina que sólo* ***una persona realiza esta actividad en el sector Cruce Cárdenas, dentro de uno de los predios que será utilizado por el proyecto*** *(pág. 11).* ***En el caso de la población del sector Huayún, se indica que, igualmente realizan la extracción de este recurso, pero no se identifica el número de personas que la practican, ni el lugar utilizado para este fin (pág.12, Anexo 4)****. Sin perjuicio de lo anterior, en la página 45 del Anexo 1 en revisión, el Titular declara que: "la extracción de este recurso natural, tal como se ha señalado en Adendas anteriores, no se realizará en el predio destinado al Proyecto. Y según los entrevistados no se está realizando en las localidades del Al del Proyecto, sino que proviene de otras localidades de Calbuco y Chiloé y sólo se seca y comercializa en el AI". En consecuencia, con la información presentada por el Titular, no se puede descartar la generación de los efectos, características o circunstancias contenidas en la ley N°19.300 y en lo dispuesto en el artículo 7 literal a) del D.S N°40/2012."* (El destacado es nuestro).

CONADI, en sede recursiva, reiteró su crítica a la falta de consistencia e incongruencia de la información aportada por el titular. Mediante su oficio ORD. N.°232-2020, señaló:

> "*En relación a la recolección del pompón, indica el titular, en la* ***página 45 del Anexo 1 de la Adenda Complementaria 2 (adenda N.º 3),*** *que: "la extracción de este recurso natural, tal como*

[3] "*En cuanto a la explotación del pompón por parte de los GHPPI de Huayún, desde mediados de la década de los noventa, estos han visto una buena oportunidad de negocio en la recolección de este musgo, el que extraen y secan en estructuras similares a invernaderos, y luego lo venden por kilo"*. Página 12, ANEXO 4 ESTUDIO ANTROPOLÓGICO POBLACIÓN MAPUCHE HUILLICHE HUAYÚN, CRUCE CÁRDENAS Y EL TAMBOR, Adenda Complementaria N° 2

> *se ha señalado en Adendas anteriores,* ***no se realizará en el predio destinado al Proyecto. Y según los entrevistados no se está realizando en las localidades del AI del Proyecto****, sino que proviene de otras localidades de Calbuco y Chiloé y sólo se seca y comercializa en el AI". Sin embargo,* ***ello contradice la información proporcionada anteriormente en la Adenda Complementaria*** **(adenda N.º 2)***,* ***en que señalo que, si se utilizaba un predio del proyecto y que, si era una actividad ejercida por miembros de la Comunidad Huayún Mapu,*** *lo que fue recogido en el pronunciamiento de esta Corporación contenido en el ORD. 158/2017.* ***Lo anterior, no permite tener claridad sobre esta actividad y menos aún valorar el impacto o descartar el mismo para la comunidad Huayún Mapu.****"* (El destacado es nuestro).

La contradicción e incongruencia denunciada por CONADI en la información entregada por el titular, no puede explicarse por el "*carácter incremental"* del sistema de evaluación ambiental, como señala la resolución reclamada, ya que no consta en el expediente administrativo mejor y más información, que permita fundadamente justificar la rectificación o cambio de las conclusiones del Titular en sus EIA y ADENDAS. Por ende, lo que se requiere es que la información finalmente presentada sea de una mayor claridad, precisión y/o contundencia (o profundidad), de manera que no queden dudas respecto de cuál es la real situación existente sobre el impacto que se evalúa.

En este caso, no existe este incremento de la calidad de información aportada que permita concluir en un sentido contrario al anteriormente expuesto. Más aún, en el caso de marras la autoridad ambiental señala que la nueva información viene a ratificar lo señalado en adendas anteriores, lo cual, como se expuso, resultado del todo falso.

Junto con resaltar la contradicción e incongruencia de la información aportada por el titular en sus diferentes ADENDAS, respecto de los estudios antropológicos, CONADI en sede recursiva, reiteró su crítica a los estudios antropológicos aportados por el titular, por carecer de ***"una metodología adecuada y participativa que permita definir y justificar el impacto negativo significativo sobre población protegida***[4]*".* Respecto del estudio antropológico aportado en Adenda complementar N.º 3, CONADI, mediante Oficio ORD. 327/19 del 24 de mayo de 2019, expuso que:

> "*no presenta antecedentes que subsanen los requerimientos formulados en el ordinario ya citado y,* ***los nuevos antecedentes aportados, se centran en el proceso de validación de las medidas de compensación en los sectores de El Tambor y Cruce Cárdenas;*** *sitios en los cuales el Titular identifica a grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas. Importante resulta consignar dicha situación, toda vez que, de la revisión de los antecedentes,* ***el Titular nuevamente omite la presentación de medios de verificación de los procesos realizados****, que permitan apreciar la representatividad de los grupos humanos y sus formas de organización. Lo anterior resulta relevante dado que, en el punto 5.2 del Anexo 1, se indica que la selección de la unidad de análisis fue mediante un muestreo no probabilístico e intencionado, característico de la investigación cualitativa, en donde agrega: "de este tipo de estudios el volumen de la muestra no es relevante desde un punto de vista probabilístico, puesto que el objetivo del investigador no es generalizar las conclusiones de su estudio a un grupo social de mayor envergadura" (p. 22). Por otro lado, analizados los antecedentes proporcionados y considerando los tiempos en que se llevaron a cabo las campañas en terreno,* ***no fue posible***

[4] Considerando II.4, página 5, Oficio ORD. N.° 232-2020 de CONADI.

> ***determinar el número de asistentes a las actividades de socialización*** *y acuerdo de las medidas de compensación propuestas por el Titular. Ahora bien,* ***de acuerdo a las características metodológicas del estudio, resulta a lo menos contradictorio, que el Titular termine por extrapolar (que es un proceso que no permite la unidad de análisis seleccionada)*** *y validar los resultados u acuerdos obtenidos hacia la población general de los sectores El Tambor, Cruce Cárdenas y Huayún. Para lo anterior, es necesario contar con un número representativo que permita validar los procesos descritos por el Titular.* ***A su vez, se debe contar con los medios de validación como son las actas de reunión, por ejemplo".*** (El destacado es nuestro).

Las deficiencias metodológicas de que adolecen los estudios antropológicos aportados por el titular, expuestas claramente por CONADI, no permiten descartar fehacientemente, como lo hace la reclamada, que no se produzcan las afectaciones de la letra a) del Artículo 7 del D.S. 40/2012. Más aún cuando existen otros antecedentes que dan cuenta de la existencia de esta afectación.

Los Estudios antropológicos, sin perjuicio de sus deficiencias, aportan antecedentes que contradicen sus conclusiones, ya que dan cuenta que personas de GHPPI del sector Huayún realizan extracción de pompón en el sector de emplazamiento del proyecto. Ejemplo de lo anterior, es la *"Figura 23. Secado de pompón en predio privado, sector Huayún Bajo, Fuente: Colección fotográfica TEBAL",* que consta en la página 46 del Anexo 1 de la Adenda Complementaria N.º 3, lo que acredita que dicha actividad es realizada por miembros de Comunidad Indígena Huayún Mapu. Por el contrario, si bien sostiene que dicha actividad se realizaría fuera del área de influencia, los estudios no aportan ningún verificador que sostenga dicha conclusión. No individualiza a las personas que entregan esa información, no precisa los lugares exactos donde se

extraería el pompón, ni aporta antecedentes que expliquen por qué los habitantes del sector Huayún se desplazarían a zonas lejanas a realizar esta práctica de extracción, en vez de efectuarla en un lugar más cercano a su territorio.

Figura 23. Secado de pompón en predio privado, sector Huayún Bajo
Fuente: Colección fotográfica TEBAL

Anexo 1 - Estudio Antropológico - Página 46

Otro antecedente existente en el proceso de evaluación que da cuenta de la actividad de extracción de pompones por parte de los integrantes de la Comunidad Huayún Mapu, es la preocupación que manifestaron durante el proceso de consulta indígena, respecto de la existencia y extracción de este recurso al interior del predio de emplazamiento del proyecto. Consta en la página 19 del "*Protocolo final proceso de consulta a pueblos indígenas con la Comunidad indígena Huayún Mapu y GHPPI de Huayún en el marco de la evaluación ambiental del estudio de impacto ambiental*

del proyecto "Parque Eólico Calbuco",[5] que la comunidad manifiesta su preocupación al respecto, indicando:

> *"**Los terrenos donde se emplaza el proyecto presentan extensiones de bosque nativo y humedales**, que constituyen ecosistemas altamente significativos desde el punto de vista ecológico, dado que corresponden a lugares que albergan y son hábitat de importante concentración de biodiversidad, de flora y fauna, especialmente de avifauna que está presente para anidar, descansar y/o alimentarse, destacando la presencia de especies en categoría de conservación (helechos y anuros). Además, **existen turberas en el área de impacto directo y área de influencia**, con especies típicas de estas formaciones vegetacionales (musgos, briófitas y hepáticas).*
>
> ***Este bosque y humedales, además de la fauna que en ella habita, forman parte del territorio de la comunidad Huayún Mapu**, por lo que su alteración genera un gran impacto. **Estos entregan diversos servicios ecosistémicos**, como mantención de recursos hídricos, permite la producción de miel (abejas recolectan polen en estas áreas), **extracción de pompones**, etc. Además, es parte del paisaje al que están habituados los miembros de la comunidad".* (El destacado es nuestro).

De igual forma, a lo largo del proceso de evaluación ambiental el titular reconoció la existencia de este recurso y de actividades de extracción al interior del predio de emplazamiento del proyecto. En ADENDA N.º 1, en relación con la Línea Base del proyecto, respuesta N.° 5, el titular indicó:

[5] Anexo PCPI con Comunidad Indígena Huayún Mapu.

(…) Las condiciones de anegamiento que presentan este sitio durante gran parte del año, favorece la colonización, establecimiento y posterior acumulación de Sphagnum, formándose así turberas que han sido llamadas antropogénicas o, "Pomponales" (localmente) (Zegers et al., 2006). En consecuencia, a estos ecosistemas se les ha concedido un origen antrópico, producto de la intensa degradación del bosque nativo, producida principalmente después de 1850, con la colonización europea (Armesto et al., 1994). En el área denominada humedal se observa una matriz de cojines laxos de color rojizo del musgo Sphangnum magellanicum, acompañado por plantas vasculares como Juncus bufonius L. y Baccharis patagónica.

El musgo S. magellanicum, es un componente esencial de las turberas. ***Se ha observado su explotación comercial, por parte lugareños,*** *lo cual puede ser una amenaza directa a su sustentabilidad;* ***donde es necesario su explotación sustentable*** *para asegurar que este recurso se conserve para desarrollar sus funciones vitales y* ***para satisfacer, al mismo tiempo, las necesidades actuales de la comunidad y en el futuro****".* (El destacado es nuestro).

Igualmente, en ADENDA N.º 1, en relación con los efectos, características y circunstancias del artículo 11 de la Ley N.º 19.300, en respuesta N.º 3, indicó él titular:

"3. A fin de descartar la generación de efectos del Artículo 7 literal a) del D.S.N°40/2012, Reglamento del SEIA, se solicita indicar los sectores en que la comunidad de Huayún realiza la recolección de pompón.

RESPUESTA:

Tal como se ha manifestado, el titular ha desarrollado esfuerzos para mantener un continuo acercamiento con la comunidad que habita en Huayún por distintos medios (material gráfico, asambleas, entrevistas personales y telefónicas, reuniones con representantes autorizados, etc.). Ver Anexo 13 – Acciones previas.

En específico, se solicitó durante la última Asamblea, realizada el domingo 9 de octubre de 2016, con la comunidad Huayún autorización para hacer entrevistas y recabar mayor información que la presentada en el EIA sobre la comunidad y de esta forma responder preguntas relacionadas con sus costumbres y cultura. No obstante, la petición, la Asamblea decidió excluirse de entregar la información respectiva. ***En ese entendido, el titular dispone de información de recolección de pompones en el área de influencia del proyecto en el área denominado como humedal*** *(Ver fotografía abajo), en el sector sur del proyecto.* ***Ahora bien, una vez iniciada la construcción y operación del proyecto, se prohibirá estrictamente la explotación del humedal identificado, promoviendo la conservación de sus propiedades y servicios ecosistémicos."***

Fotografía 7-1. Sacos de pompones en el humedal del proyecto
Fuente: Elaboración propia

Página 70- ADENDA N.º 1

Posteriormente en ADENDA N.º 2, en relación con los efectos, características y circunstancias del artículo 11 de la Ley N.º 19.300, indica en la respuesta N.º 4:

> *"(…)* ***efectivamente, la esposa del cuidador del predio -con autorización del titular- realiza actividades de recolección de pompones.*** *Tal como señala al ser entrevistada, la cosecha anual de pompones seco es de aproximadamente 200 kg. Como forma de evitar la intervención del pomponal y propender a su recuperación y estabilización,* ***el titular desarrollará un acuerdo privado con la esposa del cuidador del predio para que no siga explotando el pomponal****, de forma de contribuir a la regeneración ecológica del bosque en su integralidad".*

Cabe indicar, una vez más, que no se entregaron mayores antecedentes de la persona que realiza la extracción de pompón, más que señalar que se trataría de la "*esposa del cuidador*", sin informar si pertenece a un GHPPI, ni de los términos del eventual acuerdo que se suscribirá con aquella, acuerdo que debió ser evaluado como medida de mitigación,

reparación o compensación según su naturaleza, plan de medida que fue solicitado por CONADI, y correspondió ser sometido a consulta indígena, respecto de aquella persona en caso de ser indígena y respecto de las demás personas indígenas que realicen dicha extracción.

El Titular, contradiciéndose nuevamente sin justificación, mediante presentación de fecha 21 de febrero de 2020, dirigida al Comité de Ministros, en sede recursiva, vuelve a reconocer la existencia de actividades de extracción de pompón al interior del interior del predio del proyecto por parte de los habitantes del sector, sin embargo, omite cualquier referencia al supuesto acuerdo por la "*esposa del cuidador*". Al respecto expresó:

> "***Se ha observado su explotación comercial, por parte de lugareños***, *lo cual puede ser una amenaza directa a su sustentabilidad; donde es necesario su explotación sustentable para asegurar que este recurso se conserve para desarrollar sus funciones vitales y para satisfacer, al mismo tiempo, las necesidades actuales de la comunidad y en el futuro. Resultado de la instalación del proyecto es la conservación de esta área inalterada. Por otro lado, el titular del proyecto resguardará esta zona, durante la construcción, mediante la instalación de carteles indicando que es una zona de humedal, y la inducción respectiva a cada uno de los trabajadores sobre la importancia de los humedales y la forma de alterarlos.*
>
> *En consecuencia, cabe destacar que respecto de observaciones que sí se hicieron respecto de los humedales de la zona (llamadas turberas), y de los helechos (musgos Sphagnum o pompón), se contestó que dada la fragilidad del denominado musgo pompón, por la amenaza de su sobrexplotación,* ***el titular del proyecto, como medida de conservación mantendrá el área inalterada,***

> ***evitando de esta forma la extracción de este recurso en el predio de propiedad titular del proyecto".*** (El destacado es nuestro).

De esta forma, existen elementos a lo largo del proceso de evaluación ambiental, que dan cuenta de la existencia de este recurso y de la actividad de extracción que realizan GHPPI. Por esta razón, las acciones del proyecto, tanto en su etapa de construcción y de operación obstaculizaran o limitaran el acceso a dicho recurso, impacto que no puede ser descartado.

Recordemos que la resolución reclamada, utiliza como principal fundamento, el Estudio antropológico acompañado por el titular en la ADENDA N.º 3, el cual adolece de graves deficiencias, destacando la falta de representatividad del sector Huayún y de la comunidad indígena Huayún Mapu. Esto queda en evidencia al revisar el listado de personas entrevistadas, en la Tabla 5 del citado estudio, página 27. De las 26 personas entrevistadas, solamente 3 son del sector Huayún bajo. Lo anterior es relevante, considerando que en la Tabla 9, titulada "*Información demográfica del AI del Proyecto*", da cuenta que en dicho sector habitan 380 personas, de las cuales 241 son indígenas, siendo el sector más poblado y con mayor presencia indígena del área de influencia.

Respecto del levantamiento de información primaria relativa a la Comunidad Indígena Huayún Mapu, el informe indica que únicamente:

> *"Debido a la percepción negativa de la Comunidad Indígena Huayún-Mapu sobre el Proyecto, la realización de entrevistas semiestructuradas a sus miembros y habitantes del sector de Huayún Bajo representó una mayor complejidad para las investigadoras. En este sentido, se mantuvieron conversaciones presenciales con 8 miembros de la Comunidad y 1 con una habitante del sector de Huayún Bajo (esposa de un miembro de la Comunidad) respectivamente, las cuales, a pesar de no poder ser consideradas*

como entrevistas semiestructuradas, sí persiguieron un objetivo en particular, desarrollándose en torno a las temáticas de su pauta de entrevista. Estas conversaciones en su mayoría se llevaron a cabo en la entrada de las viviendas de los interlocutores del AI, a los cuales se les informó sobre la etapa actual del Proyecto y el objetivo de la visita para la elaboración del presente informe antropológico. A pesar de que las personas siempre expresaron su opinión negativa sobre el Proyecto, sí estuvieron abiertos a resolver las preguntas de las investigadoras, manteniendo conversaciones de entre 15 a 30 minutos."

Como indicó reiteradamente CONADI, el estudio no acompañó medios de verificación que permitan acreditar los esfuerzos efectivamente realizados por el titular para lograr la participación de los integrantes de la Comunidad Indígena Huayún Mapu y demás habitantes indígenas del sector Huayún, en el proceso de levantamiento de información primaria. No se acompañaron copias de cartas enviadas, registros de las comunicaciones, o cualquier otro medio que acredite los esfuerzos desplegados hacia la comunidad y sus integrantes para explicarles el objeto de la investigación, su metodología y solicitar su colaboración en el estudio. En relación con las técnicas utilizadas para obtener información primaria, se desconoce la forma en cómo se diseñó la investigación, se planificaron las campañas en terreno, se determinaron la selección de muestras ni las pautas de entrevistas utilizadas, etc.

Respecto de las 9 personas con las cuales supuestamente se sostuvieron "*conversaciones presenciales*", no se expone que técnica de entrevista fue ocupada, ya que no existen registros que acrediten la realización de esos diálogos ni la pauta de preguntas utilizadas, menos de la información que se les entrego sobre el proyecto. Cabe indicar que el estudio señala expresamente que los entrevistados se opone al proyecto, sin embargo, no expresa ni acredita que las 9 personas hayan otorgado su

consentimiento para que el contenido de dichas conversaciones sea utilizado en la investigación.

Sin perjuicio de la responsabilidad que tiene el titular de aportar información fidedigna para la correcta evaluación de su proyecto, él SEA incumplió sus propias obligaciones, que le hubieran permitido tener mejores y oportunos antecedentes para la determinación de afectación a GHPPI. Nos referimos a las reuniones del artículo 86 del D.S. 40/2012, en virtud de las cuales él SEA hubiera podido recabar directamente las preocupaciones de las personas de GHPPI del Sector Huayún.

Lamentablemente, en dicho sector no se realizaron estas reuniones. Si bien, con posterioridad, se realizó un proceso de consulta indígena, este se centró en el análisis de medidas de compensación propuestos por el titular respecto de los impactos del artículo 8 del D.S. 40/2012, único impacto que reconoció.

De esta forma, debido a la falta de antecedentes serios y fundados, no se puede descartar la generación de los impactos de la letra a) del artículo 7 del D.S. 40/2012, por lo que no puede sostenerse que dichas observaciones fueron debidamente consideradas.

III.3. FALTA DE FUNDAMENTO EN EL DESCARTE DE LOS IMPACTOS SIGNIFICATIVOS CONTEMPLADOS EN EL ARTÍCULO 7 LETRA D) DEL D.S. N.º 40/2012.

En relación con la falta de la debida consideración las observaciones relativas al impacto sobre las manifestaciones del patrimonio cultural de GHPPI, específicamente, la dificultad o impedimento para el ejercicio o la manifestación de tradiciones, cultura o intereses comunitarios, sobre sus sitios ceremoniales y rituales, la resolución reclamada desestima infundadamente este impacto indicando:

"8.9.2. Que, atendida la definición de línea de base y la caracterización del área de influencia realizada, particularmente, respecto del medio humano en su dimensión antropológica, ***cabe sostener que dentro del área de influencia del Proyecto no existen lugares o sitios donde se manifiesten tradiciones, cultura o intereses comunitarios de algún grupo humano*** *y, asimismo,* ***que las obras, partes o acciones del Proyecto tampoco dificultarán o impedirán manifestación del patrimonio cultural de los GHPPI alguna****, de acuerdo a lo señalando en los Considerandos N.º 8.2 a N.º 8.5 precedentes. (…)*
8.9.5. (…) En tal sentido, respecto del We Tripantu que realizaría la CI Huayún Mapu, ***se establece que el Proyecto no generaría interferencia o impedimento de realización de la actividad debido a:*** *(i) la distancia mayor a 1 km de los aerogeneradores respecto de la sede comunitaria de Huayún Bajo; (ii) el carácter cerrado de la sede comunitaria recién mencionada que impediría visualizar los generadores; (iii) la circunstancia de que la inmisión de ruido en dicha sede sería menor a 35 dBA; y, (iv) que no se generarían sombras producto de las aspas de los aerogeneradores, debido a la época de celebración, la distancia mayor a 1 km y las barreras naturales.*

8.9.6. Que, analizado lo anterior, y ***habida consideración de los resultados del Estudio Antropológico presentado en la Adenda Complementaria N.º 3****, se estima pertinente señalar que el Proyecto no genera ni produce los efectos adversos significativos contemplados en el artículo 7 letra d) del RSEIA, en los términos señalados en el Considerando N.º 8.9.1 de este acto administrativo, y, en consecuencia, se rechazará, en esta parte, el recurso de reclamación".*

III.3.1. Reproches al descarte de los efectos, características o circunstancias del art 7 letra d) del D.S. 40/2012.

La decisión reclamada descarta la generación de los efectos de la letra d) del artículo 7 del D.S. 40/2012, por cuanto, primero, "*dentro del área de influencia del Proyecto"* no habrían "*sitios donde se manifiesten tradiciones, cultura o intereses comunitarios de algún grupo humano"* y, segundo*, no se alterarían las manifestaciones del patrimonio cultural de los GHPP*I por las obras, partes o acciones del Proyecto.

Todo lo anterior, nuevamente en base únicamente a la información que aporto el titular mediante el Estudio Antropológico acompañada en la ADENDA N.º 3, de fecha 29 de abril de 2019. Al respecto, la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, en sede recursiva, mediante oficio ORD. 232-2020, informó:

> *"4. (…) Por otra parte, en relación al Estudio Antropológico realizado por el Titular,* ***se observa que nuevamente no contiene medios de verificación que permitan validar las conclusiones obtenidas por el Titular****, y que la información adicional proporcionada en esta Adenda,* ***se centra en validar los procesos de difusión del proyecto y de las medidas ambientales propuestas por el Titular en distintas instancias que resultan poco representativas****,* ***pues no se cuenta con la comunidad Huayún Mapu.***
>
> *(…) En relación a los* ***fotomontajes y modelaciones****, se indicó que estas seguían* ***sin considerar los sitios de relevancia cultural ni aquellas viviendas habitadas por GHPPI*** *que ya fueron identificadas por el Titular.* ***También se criticó que la percepción se extrapola a toda la población, de la aplicación de un instrumento a pocas personas, sin representatividad de todos los grupos a los cuales extrapola los resultados.***

> *Por último, en lo referido a la predicción y evaluación de impactos, se reitera lo señalado en el ORD. N.º 158 de CONADI, sobre que* ***es necesario contar con una metodología adecuada y participativa, que permita definir y ponderar el impacto negativo significativo sobre población protegida, a fin de evaluar la idoneidad de las medidas propuestas.*** *Este impacto se relaciona con la percepción que tienen los grupos de El Tambor, Cruce Cárdenas y Huayún Mapú Bajo, en relación a la ejecución del proyecto en su territorio, en la alteración que ello provoca en el paisaje y en su cosmovisión, en los términos contemplados en el artículo 7 literal d) del RSEIA. Lo anterior, precisamente porque el Titular a lo largo de la evaluación, ha reconocido implícitamente este impacto,* ***pero no ha presentado los elementos que permitan definirlo, ponderarlo y proponer las medidas adecuadas para hacerse cargo del mismo****".* (El destacado es nuestro).

Una vez más, es evidente la falta de representatividad del estudio aportado por el titular, evidenciando CONADI en informe al Comité de Ministros, que el titular estuvo más preocupado *"validar"* medidas compensación propuestas, a pesar de carecer de elementos que le permitan evaluar y cuantificar adecuadamente los impactos generados. Sin esos elementos, desataca este OAECA, no es posible determinar la idoneidad ningún plan de medidas.

Respecto al impacto que generará el proyecto en la realización de manifestación del patrimonio cultural de los GHPPI, el citado estudio indica en su pagina 58:

> *"En cuanto a los ritos comunitarios culturales,* ***los entrevistados de los tres sectores mencionan sólo la celebración del We Tripantu o año nuevo mapuche únicamente por la Comunidad Indígena Huayún- Mapu en el sector de Huayún Bajo****, la cual*

> ***corresponde a una ceremonia espiritual que se realiza entre el 21 y 24 de junio****. Sin embargo, de acuerdo a la información entregada por los entrevistados,* ***esta ceremonia se realiza desde hace poco tiempo como parte del proceso de revitalización de la cultura mapuche-huilliche de dicho sector.*** *Lo fundamental de esta ceremonia es que coincide con el solsticio de invierno del hemisferio sur, que produce una noche más larga y un día más corto. Ante este fenómeno de la naturaleza los mapuches* ***le agradecen al sol la renovación de la vida*** *y la energía que entrega a la tierra para la producción de alimentos para todos los seres vivos. A nivel general, dentro de los rituales que se realizan* ***para agradecer está el amanecer entre las 4 y 5 de la mañana para recibir al sol****, bañarse con agua "que corra" y compartir alimentos en familia, entre otros.* ***Sin embargo, en el caso del We Tripantu de Huayún Bajo es celebrado en la sede comunitaria del sector junto a las familias de sus miembros y comunidades indígenas de Peñasmó y Daitao****. De acuerdo con la información primaria y secundaria la celebración consiste principalmente en* ***un gran festín de comidas tradicionales sin rogativa****, rewe o machi, que ha sufrido un fuerte proceso de asimilación por la celebración católica de San Juan Bautista, ya que las personas tienden a hablar de forma equivalente sobre ambas, tal como lo afirma una de las vecinas del sector.*

Luego, en el capítulo 7 del informe, titulado *"Análisis de impactos significativo"*, tabla 14, página 72, indica:

> *"En el* ***caso del Wetripantu*** *realizado por la Comunidad Indígena Huayún- Mapu, se establece que no hay interferencia o impedimento de realización de la actividad debido a las siguientes causales:* ***La primera es la distancia de los aerogeneradores (>1km), la segunda es que esta actividad se realiza dentro de la sede comunitaria donde es imposible visualizar los***

> ***aerogeneradores, la tercera es que la inmisión de ruido en el lugar de celebración es menor a 35 dBA*** *(menor que el sonido de una conversación) (Anexo 1 de la Adenda N°1) y la cuarta es que tampoco se generan sombras tintineantes producto de las condiciones meteorológicas (por la fecha (junio), por las barreras naturales y por la distancia) (Anexo 4.4 del EIA). Por su parte, las fiestas costumbristas, y en especial las de Cruce Cárdenas, que agrupan a todos los GHPPI de Huayún Bajo, Cruce Cárdenas y El Tambor,* ***tendrán un impacto positivo alternativo producto de la implementación del Plan de Compensación*** *(Anexo 6 de la Adenda Complementaria N°2) dotando de infraestructura con identidad cultural que permitirán mejorar las instalaciones donde se realizan estas actividades. Vale decir que estas mejoras cuentan con el apoyo de los GHPPI de El Tambor y Cruce Cárdenas y fomentarán los intereses comunitarios, los sentimientos de arraigo y cohesión social de los Grupos".*

La información aportada por el titular respecto de prácticas y ceremonias culturales realizadas por la Comunidad Indígena Huayún Mapu, es sesgada y errada. Como se indicó, el estudio antropológico tiene graves deficiencias, destacando la falta de representatividad de la Comunidad Indígena Huayún Mapu, la ausencia de medios de verificación y la inconsistencia metodológica, y especialmente respecto de la falta de representatividad de la Comunidad indígena Huayún Mapu, lo que fue advertido por la autoridad ambiental en la pregunta 6.8 del primer ICSARA del 30 de mayo de 2016. De esta forma, no se puede dar fiabilidad a las conclusiones de dicho informe, menos respecto de la Comunidad mapuche Huayún Mapu.

En relación con la celebración de la ceremonia de Wetripantu o año nuevo mapuche, las conclusiones del Estudio son arbitrarias y erradas. No es efectivo que la Comunidad Indígena Huayún Mapu realice dicha ceremonia exclusivamente en un espacio cerrado y se reduzca a una

jornada en la que comparten alimentos y bebidas. Esta comunidad, en el marco de su proceso de revitalización cultural, desde hace varios años ha venido recuperando sus tradiciones y prácticas culturales, propias de su identidad mapuche huilliche. Una de las manifestación más vitales y destacadas es la ceremonia de Wetripantu, que se desarrolla en el terreno de la sede comunitaria del sector, conforme las costumbres propias de la cultura de su pueblo.

Dicha ceremonia se realiza en varias etapas, siendo la principal la realización de una rogativa al amanecer para recibir y agradecer la salida del sol. Esta ceremonia debe realizarse siempre al aire libre, realizando oraciones con dirección a la salida del sol, en estrecho vínculo con el entorno natural en que se desarrolla esta ceremonia. Luego, al finalizar, viene una etapa donde las familias de la comunidad comparten alimentos, la cual se puede desarrollar al interior o al exterior de la sede comunitaria, según las condiciones climáticas.

Celebración Wetripantu Sede comunitaria Huayún Bajo - Archivo Comunidad indígena Huayún Mapu

El titular, careciendo de información representativa de la Comunidad indígena Huayún Mapu, señala en el Estudio antropológico ANEXO 1 de la ADENDA N.º 3, en su página 58 señala:

> "*Sin embargo, de acuerdo a la* ***<u>información entregada por los entrevistados</u>****, esta ceremonia se realiza desde hace poco* ***<u>tiempo como parte del proceso de revitalización</u>*** ***<u>de la cultura mapuche-huilliche de dicho sector.</u>****"* (El destacado es nuestro).

Un proceso de revitalización cultural, como el que está desarrollando los integrantes de la Comunidad indígena Huayún Mapu, busca "*posibilitar que aquellas manifestaciones vigentes y en estado de vulnerabilidad puedan ser trasmitidas de una generación a otra y sean recreadas constantemente, en tanto otorguen sentido de identidad y pertenencia a*

una comunidad[6]". Por tanto, es un proceso gradual, y más susceptible de afectarse por elementos externos. Así, está condicionado al contexto y eventos en los que se desarrolle. Dada esta condición puede ser afectado con facilidad, interrumpiéndose los avances de dicho proceso de fortalecimiento de identidad cultural.

De esta forma no es efectivo que el Proyecto no limitará o alterará el desarrollo del Wetripantu que realiza la Comunidad Indígena Huayún Mapu, ceremonia que es parte central de su proceso de revitalización cultural, menos aun cuando se carece de antecedentes fundados para descartar dicho impacto.

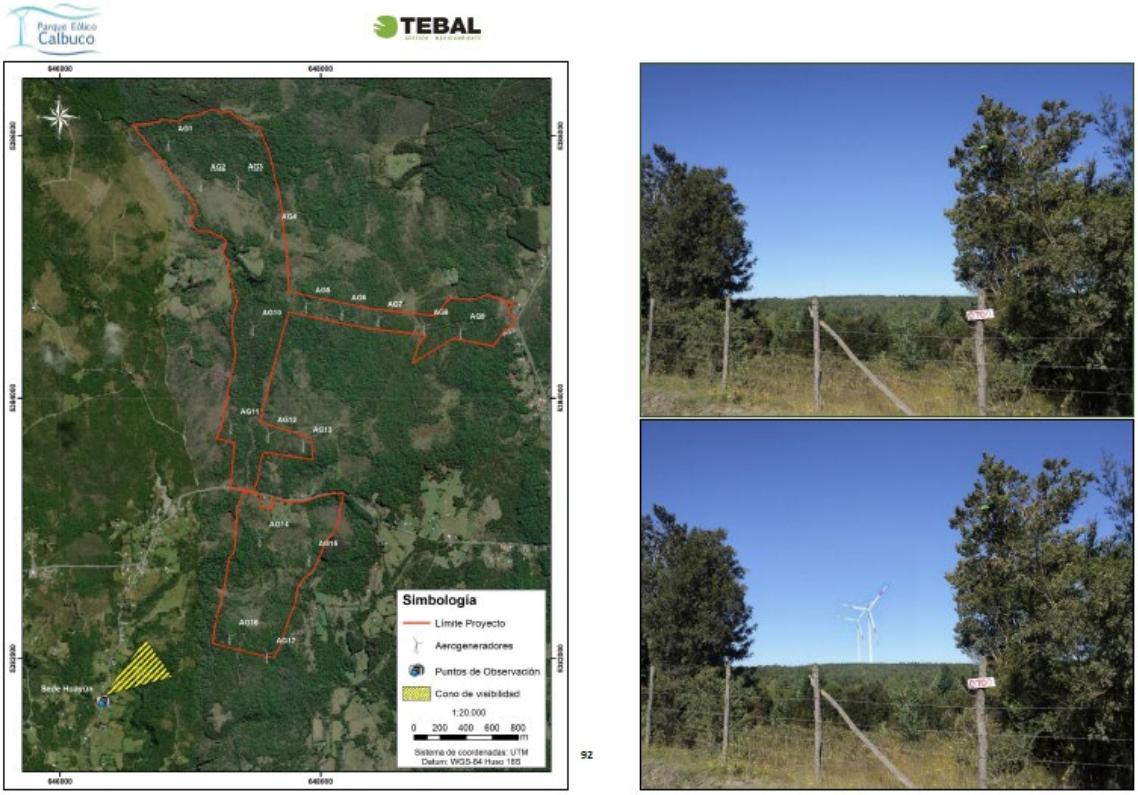
Recordemos que la resolución reclamada es clara en reconocer que desde el lugar donde se realiza esta ceremonia es perceptible el ruido que genera el proyecto, el cual va a perturbar el desarrollo de la ceremonia en sus momentos más solemnes. También queda demostrado que posible visualizar los aerogeneradores desde el lugar de desarrollo de la ceremonia, en los diferentes fotomontajes que el titular acompañó en sus Estudios antropológicos. Por todo esto, una vez que el proyecto entre en operaciones, dicha ceremonia no podrá efectuarse con normalidad, afectando los sentimientos de arraigo y cohesión social, impacto de magnitud que se mantendrá durante toda la vida útil del proyecto.

[6] Área de Patrimonio Cultural Inmaterial Instituto Nacional de Patrimonio Cultural del Ecuador, "*Proceso de revitalización del patrimonio cultural*", en Revista Patrimonio Cultural Inmaterial N.º 13, Año 4, mayo – agosto 2014

Fotomontaje aerogenerador visualizado desde la sede de la Comunidad Huayún Mapu.
Página 22 - ANEXO 4 ADENDA COMPLEMENTARIA

ESTUDIO ANTROPOLÓGICO POBLACIÓN MAPUCHE HUILLICHE

HUAYÚN, CRUCE CÁRDENAS Y EL TAMBOR



Fotomontajes sitios de interés cultural indígena/ Sede Comunitaria Huayún Bajo

PÁGINA 92 -ANEXO 1 ADENDA COMPLEMENTARIA N.° 3

ESTUDIO ANTROPOLÓGICO PARQUE EÓLICO CALBUCO

De esta forma se altera el normal desarrollo de la rogativa del Wetripantu, afectación que ha sido descartada únicamente en base a un informe antropológico con serios problemas metodológicos, lo que da cuenta de un vicio de fondo de la resolución reclamada, al no contener la suficiente motivación para descartar los efectos adversos significativos establecidos en la letra d) del artículo 7 del D.S. 40/2012.

III.4. FALTA DE FUNDAMENTOS EN LA EVALUACIÓN DEL IMPACTO Y DEL PLAN DE MEDIDAS RESPECTO DE LOS EFECTOS, CARACTERÍSTICAS O CIRCUNSTANCIAS DEL ART 8 LETRA D) DEL D.S. 40/2012.

El único impacto significativo reconocido por el titular es el señalado en el artículo 8 del D.S. 40/2012. Al respecto la Resolución reclamada, señaló:

> *"8.9.4. Que, en lo concerniente a los efectos adversos contemplados en el artículo 8 del RSEIA, atendida la circunstancia de que* ***existe afectación adversa significativa sobre la población protegida, de Huayún, El Tambor y Cruce Cárdenas, producto de la modificación de su entorno perceptual cercano****, afectando su manera de comprender y habitar el entorno espacial y cultural histórico,* ***debido a la presencia de elementos de gran magnitud por un prolongado periodo de tiempo****, el Proponente habría presentado en la Adenda Complementaria N.º 3* ***los antecedentes y fotomontajes referidos a las distancias del proyecto respecto a sitios de interés cultural indígena reconocidos durante la evaluación.***
>
> *En tal sentido,* ***al reconocerse el efecto adverso significativo se presentaron medidas de compensación asociadas a la presencia de elementos artificiales de gran magnitud en el paisaje cultural aledaño a la localidad de Huayún,*** *las que fueron consignadas, en lo que importa, en el Considerando N.º 7.2 de la RCA N.º 163/2019,* ***consistente en la implementación de 23 proyectos estructurados en tres programas relacionados con el desarrollo, puesta en valor y resguardo del Patrimonio Cultural Mapuche-Huilliche, Paisajístico Natural y Cultural."***

III.4.1. Reproches a la evaluación del impacto y del plan de medidas respecto de los efectos, características o circunstancias del art 8 del D.S. 40/2012.

Para efectos de determinar la magnitud de este impacto, el titular en su Estudio antropológico de ADENDA N.º 3, acompañó fotomontajes y un análisis de la percepción que tendrán los habitantes de los tres sectores. Sobre dichos antecedentes CONADI, en su pronunciamiento con observaciones a la Adenda Complementaria N.º 3, Oficio ORD. 327/19 del 24 de mayo de 2019, cuestiono la validez de dicha información indicando:

> "*Cabe señalar que, en el* ***punto 2.7 referido a los fotomontajes****, particularmente a la necesidad de contar con la información mínima que permita evaluar técnicamente la idoneidad de éstos, según lo señalado en la Adenda Complementaria 2 y su respectivo anexo 4, en que se observó la necesidad de contar con la identificación del programa utilizado, los parámetros incorporados al modelo, imágenes con escalas, y el plano que permita ubicar el punto de observación con respecto del aerogenerador más cercano, el Titular, esta vez, presenta en* ***la página 66 del anexo 1****, los puntos de observación respecto de los sitios de interés cultural indígena. Sin embargo,* ***el Titular mantiene la ausencia de información respecto a la identificación de los sitios****,* ***en relación con los aerogeneradores cercanos y, más relevante aún, no relaciona los fotomontajes presentados con las viviendas más cercanas, en que habitan familias indígenas****. Las cuales fueron claramente presentadas en la figura 34 del anexo 1.*"

Efectivamente, no se acompañó fotomontaje que den cuenta de la percepción del proyecto desde las viviendas de las familias indígenas. Llama la atención que en la figura 34, del Anexo 1 de la Adenda Complementaria N.° 3, no se haga referencia a ninguna vivienda del sector Huayún. El descarte de su afectación sin mediar ningún análisis es arbitrario, ya que el proyecto es perceptible desde el sector Huayún, incluso existe una vivienda indígena reconocida por el titular a 580 metros del proyecto y 3 puntos de observación del proyecto con presencia

de viviendas indígena, como reconoce el titular en la respuesta 4, respecto de la determinación y justificación del área de influencia, pagina 35 y siguientes de la ADENDA N.º 1, que indica:

> "*Ahora bien, el único receptor de ruido y sombra parpadeante de Huayún corresponde al R7, cuya vivienda se encuentra a 833 metros de distancia del aerogenerador 16. No obstante, la vivienda de Huayún más cercana a uno de los aerogeneradores del proyecto se encuentra a 580 metros al oeste del aerogenerador 14. Todas las demás viviendas de Huayún se emplazan a distancias superiores a esta última respecto a los aerogeneradores del proyecto". (…)*
>
> *Respecto a paisaje, se establecieron nueve puntos de observación en diferentes zonas cercanas al proyecto, de los cuales cuatro se ubican cerca de viviendas mapuches. El PO3 corresponde al sector Cruce Cárdenas,* ***mientras que los PO6, PO7 y PO8 se ubicaron en el sector Huayún (****ver Tabla 2-2).*

Tabla 2-2. Receptores sombra parpadeante

Puntos de Observación	Coordenadas		Aerogenerador más cercano	Distancia	Vivienda mapuche
	Norte	Este			
PO1	5385083	647393	4	304 m.	No
PO2	5382723	649300	15	1,4 km.	No
PO3	5381809	648301	17	745 m.	Sí
PO4	5382845	650138	15	2,2 km.	No
PO5	5386630	650081	9	2,3 km.	No
PO6	5382199	646468	16	835 m.	Sí
PO7	5381071	646234	16	1,5 km.	Sí
PO8	5383020	646761	14	780 m.	Sí
PO9	5384601	649472	9	405 m.	No

A pesar de las deficiencias metodológicas denunciadas por CONADI en la determinación del impacto del artículo 8 del D.S. 40/2012, el Estudio antropológico da cuenta del arraigo de los habitantes del sector Huayún con su territorio y paisaje, y la percepción negativa que les produce el

proyecto. Al respecto indica en la página 68 del Estudio antropológico ADENDA N.º 3:

> *"Al preguntarle a los encuestados por la relación que tienen con los lugares presentados en las imágenes,* ***se reconoce el sentimiento de arraigo con los lugares, ya sea porque ellos mismos viven ahí, transitan diariamente o tienen familiares que viven en esos lugares****. Este tipo de respuesta se repite independiente del sector donde se responde, ya que en todos los casos existen familiares que viven en un sector diferente al del encuestado".* (El destacado es nuestro).

Luego en la página 70 se señala:

> *"De esta manera, se concluye que entre los encuestados si bien no categorizan espontáneamente, ni viendo un fotomontaje, la instalación de los aerogeneradores como un impacto significativo,* ***si entienden que se trata de una modificación sustantiva de su entorno natural, el lugar donde y cómo han vivido gran parte de sus vidas.*** *Ahora bien, tal como se señaló,* ***las opiniones pueden variar debido a la subjetividad que se encuentra presente en este elemento****, de modo que se entiende que la percepción dependa del gusto personal de los habitantes de los tres sectores.* ***Cabe destacar que en el sector de Huayún Bajo existe una negativa percepción sobre el Proyecto*** *que se deduce de las notas de campo al momento de visitar el sector, lo cual contrasta con la percepción de los sectores El Tambor y Cruce Cárdenas, quienes se encuentran más cercanos a los aerogeneradores".* (El destacado es nuestro).

Cabe también señalar, que no se explica de ninguna forma, ni en el EIA ni a lo largo de todo el proceso de evaluación, por qué "*la presencia de elementos de gran magnitud por un prolongado periodo de tiempo"* no genera o no se relaciona con otros impactos, como los del articulo 7 letra d) del D.S. 40/2012. La falta de antecedentes refleja una decisión

arbitraria del titular, que busca circunscribir los efectos significativos de su proyecto solamente a un impacto, que tampoco ha sido adecuadamente determinado. Todo lo anterior se traduce en la carencia de antecedentes que permitan evaluar adecuadamente el plan de medias propuesto por el titular.

Respecto del plan de medidas de compensación, respecto del cual tampoco existe a lo largo del proceso de evaluación ambiental, ni siquiera en sede recursiva, un mínimo análisis sobre la idoneidad de dichas medidas. Al respecto, CONADI, mediante ORD. N.º 232-2020, indico:

> *"Por último, cabe mencionar que mediante Resolución Exenta N.º 336, de fecha 02 de agosto de 2016, del Director Regional del SEA Región de Los Lagos, se dio inicio a un Proceso de Consulta Indígena.* ***Dentro de los grupos consultados, se encuentra la Comunidad Indígena Huayún Mapu, con quién conforme se lee en el acta final del proceso de consulta, no se llegó a acuerdo en dicha sede****.* ***En relación a las medidas ambientales surgidas del proceso de consulta, esta Corporación no se pronunció sobre la idoneidad de las mismas****, debido a que el SEA -en su calidad de administrador del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (artículo 8 y 81 de la Ley Nº 19 .300) y órgano responsable del referido Proceso de Consulta-,* ***no solicitó pronunciamiento especial al respecto ni incluyó los resultados del mismo en un ICSARA****,* ***no siendo la solicitud de visación del ICE una instancia de evaluación****. Sin embargo, y en relación a la solicitud de información a que da respuesta el presente oficio, podemos agregar que en el "Informe Final del proceso de Consulta", así como en el documento "Acta de Deliberación Interna de la Comunidad Indígena Huayún Mapu", existen elementos que permiten entender la percepción que tiene este GHPPI sobre el proyecto."*

El Estudio antropológico, a pesar de sus deficiencias, da cuenta de la conformidad con dicho plan de medidas, únicamente respecto de los

habitantes de los sectores El Tambor y Cruce Cárdenas, sin embargo, dicho informe reconoce el rechazo al proyecto y el plan de medidas por parte de los habitantes del sector Huayún. A su vez, la Comunidad indígena Huayún Mapu, en el marco del proceso de consulta indígena señaló su disconformidad respecto de dichas medidas de compensación por no ser idóneas. Consta en las actas de deliberación interna y en los protocolos de acuerdo final que rechazaron las medidas de compensación señalando:

> "*La comunidad Indígena Huayún Mapu, quiere manifestar que las medidas de compensación propuesta por el titular no son idóneas ni suficientes en relación al impacto identificado, esto es la presencia de elementos artificiales de gran magnitud (aerogeneradores) en el paisaje cultural aledaño a la comunidad de Huayún Mapu.*
>
> *El arraigo de los integrantes de la comunidad Huayún Mapu se verá seriamente afectado con la percepción visual alterada por la presencia de 17 aerogeneradores, visibles en forma permanente desde el territorio de Huayún. Esta intervención del paisaje no tiene precedentes, en dicho territorio en el cual no existen obras de este tipo, alterando el entorno territorial de la comunidad, afectando gravemente el valor paisajístico.*
>
> *Las medidas de compensación propuestas por el titular no dicen relación con el impacto ambiental que producirá, ya que no existe equivalencia entre las medidas propuestas y la alteración del paisaje que producirá*[7]*".*

De esta forma, en este punto la resolución reclamada también carece de todo fundamento, al determinar que el titular se hizo cargo

[7] Ver: Pagina 17 del PROTOCOLO FINAL PROCESO DE CONSULTA A PUEBLOS INDÍGENAS CON LA COMUNIDAD INDÍGENA HUAYÚN MAPU Y GHPPI DE HUAYÚN EN EL MARCO DE LA EVALUACIÓN AMBIENTAL DEL ESTUDIO DE IMPACTO AMBIENTAL DEL PROYECTO "PARQUE EÓLICO CALBUCO del 27 de julio de 2019. 1 anexo PCPI con Comunidad Indígena Huayún Mapu.

adecuadamente de este impacto. A su vez, la falta de pronunciamiento de la idoneidad del plan de medidas, omitiendo cualquier pronunciamiento respecto de lo señalado por la Comunidad Indígena Huayún Mapu respecto de dichas medidas, constituye una infracción al articulo 6 del Convenio N.º 169 de la OIT.

III.4.2 Ilegalidad de la resolución reclamada por vulneración del derecho a consulta indígena.

La resolución reclamada señalo que el proceso de consulta indígena, el cual se concentró en el plan de medidas de compensación, se realizó de conformidad a los estándares contenidos en el Convenio N.º 169 de la OIT, indicando:

> *10.4.6. Que, bajo tal contexto, se evidencia que, en la especie, él SEA cumplió con el estándar exigido por nuestro ordenamiento jurídico, en tanto este se vincula* ***con una obligación dirigida a asegurar la participación y el acceso de los GHPPI,*** *cualquiera sea su forma jurídica de asociación y, en particular,* ***a participar de manera informada en las medidas administrativas que les afecten*** *en los términos definidos por la normativa aplicable.*
>
> *10.4.7. (…) Así las cosas,* ***si bien dicho procedimiento concluyó sin acuerdo con la CI Huayún Mapu en relación con que las medidas presentadas por el Proponente, tal circunstancia se debió a las razones plasmadas en el Protocolo Final*** *y las detalladas en el Considerando N.° 10.1 de este acto administrativo, queda en evidencia que* ***el SEA desarrolló las actividades relacionadas al PCPI de buena fe*** *y, asimismo, que sus esfuerzos para incentivar y facilitar la participación de los GHPPI de la zona en general y, en particular, de la CI Huayaún Bajo fueron también adecuados y suficientes".* (El destacado es nuestro).

Como señalamos anteriormente, él SEA no realizó una evaluación del plan de medidas de compensación establecido por el titular. Negligencia que se agrava, teniendo presente que dicho plan fue objeto de un proceso de consulta indígena, cuyo objetivo era establecer un dialogo con la Comunidad Indígena Huayún Mapu, respecto de dichas medidas. Así se señaló en el acuerdo metodológico del PCI, que en su página 3 establece:

"OBJETIVOS

- ***Crear las vías de diálogo*** *entre los integrantes de la Comunidad Indígena Huayún Mapu y GHPPI de Huayún, que serían directamente afectados por el Proyecto, y el Servicio de Evaluación Ambiental Región de Los Lagos.* ***Estas vías de diálogo estarán orientadas a alcanzar acuerdos que garanticen el cumplimiento de los compromisos adquiridos durante el PCPI.***
- *Establecer un diálogo entre la Comunidad Indígena Huayún Mapu y GHPPI de Huayún y el Servicio de Evaluación Ambiental, Región de Los Lagos,* ***en torno al proyecto, los impactos y las medidas de mitigación, reparación y compensación ambiental propuestas por el Titular del Proyecto****, a partir de la identificación de afectación directa sobre los GHPPI que se encuentren en el área de influencia.*
- *Generar un Protocolo de Acuerdo Final (PAF) una vez finalizada la etapa de "Diálogos" entre el SEA y los representantes de los pueblos indígenas. Estos acuerdos serán incorporados posteriormente en el Informe Consolidado de Evaluación (ICE) y la Resolución de Calificación Ambiental (RCA) del Proyecto".*

Como se puede apreciar, en sintonía con sus obligaciones legales, él SEA se comprometió a desarrollar un dialogo con la comunidad indígena Huayún Mapu, para lograr acuerdos respecto del plan de medias de compensación. Dicho compromiso fue incumplido por él SEA, ya que

durante el proceso de Consulta se limitó a exponer las medidas que componen dicho plan, sin generar un real dialogo sobre la pertinencia e idoneidad de aquellas.

Prueba de lo anterior, es lo señalado en el *"INFORME FINAL PROCESO DE CONSULTA A PUEBLOS INDÍGENAS ESTUDIO DE IMPACTO AMBIENTAL PROYECTO PARQUE EÓLICO CALBUCO"*, que indicó:

> ***6.2. Resultado del Proceso de Consulta con la Comunidad Indígena Huayún Mapu: diálogo sin acuerdos.*** *(…)*
>
> *El análisis y conclusión a la que llega la Comunidad Indígena Huayún Mapu, en conjunto con los Asesores Técnicos Especializados que les acompañaron durante el proceso, se encuentra respaldado en el Protocolo Final, firmado el 27/07/2019, en el cual se transcriben las Actas de deliberación interna.* ***El desacuerdo con las medidas presentadas por el Titular y las razones de dicho desacuerdo también se encuentran plasmadas en el Protocolo Final.***
>
> *Es importante tener presente que, durante la ejecución de los Procesos de Consulta, los pueblos indígenas pueden levantar todas las preocupaciones o impresiones respecto del proyecto en evaluación,* ***no obstante, es el Servicio de Evaluación Ambiental quien tiene la facultad de predecir y evaluar los impactos ambientales significativos sobre grupos humanos indígenas de manera técnica,*** *aplicando la normativa y los conocimientos técnicos existentes sobre esta materia, representados por Servicios con Competencia Ambiental.* (El destacado es nuestro).

Por una parte, al lo largo del proceso de consulta quedo constancia de las razones por las cuales la Comunidad indígena Huayún Mapu considera que el plan de medias de compensación no es idóneo ni pertinente respecto de los impactos que genera. Sin embargo, él SEA durante el proceso de consulta indígena se redujo a repetir lo señalado por el titular

respecto de aquellas medidas, sin desarrollar un verdadero dialogo ni ejecutar ninguna acción tendiente a recoger lo planteado por la comunidad consultada, con el objetivo de que aquel GHPPI influya realmente en la medida adoptada.

Prueba de la falta de dialogo, producto del actuar de mala fe del SEA, es que solamente en el Informe Final del Proceso de Consulta indígena, realiza un análisis y se pronuncia sobre las preocupaciones socioambientales que expuso la comunidad en dicho proceso, simplemente descartándolas. En cambio, durante el desarrollo del PCI, no realizó ningún pronunciamiento ni análisis al respecto, prueba de ello es el Protocolo de Acuerdo Final, que se limita a reproducir las actas de deliberación interna de la comunidad, sin ningún análisis o pronunciamiento del SEA.

Lo anteriormente expuesto, da cuenta del comportamiento negligente del SEA en el cumplimiento de sus obligaciones establecidas en el Convenio N.° 169 de la OIT.

III.5 FALTA DE DEBIDA CONSIDERACIÓN A LA OBSERVACIÓN SOBRE EL EMPLAZAMIENTO DEL PROYECTO EN TERRENOS Y TIERRAS INDÍGENAS.

La resolución reclamada en relación con esta materia indica:

> 9.8.1. (…) *A este respecto, cabe tener presente lo señalado en el Considerando N.° 5 de este acto administrativo, en tanto el inciso segundo del artículo 78 del RSEIA permite dar cuenta de que el análisis acerca de la debida consideración de las observaciones ciudadanas en el proceso de evaluación ambiental dice relación con que la materia observada sea debidamente abordada en el acto que califica ambientalmente el Proyecto. En tal sentido, aun desde una perspectiva finalista de la observación ciudadana, lo reclamado excede el ámbito de lo observado, particularmente, en cuanto se reconoce que,* ***el análisis respecto de la propiedad de los***

inmuebles en que se localizaría el Proyecto obedece a un análisis de carácter meramente civil, *mientras que el reclamo de una falta de análisis de la calidad jurídica "indígena" de dichos terrenos, a una cuestión regulada por un estatuto de propiedad particular, a saber, la ley N.º 19.523".*

9.8.4. (…) En tal contexto, y atendido lo preceptuado en el artículo 12 de la ley N.º 19.253 que viene a regular a aquellas tierras que serán reconocidas como indígenas, que a partir los antecedentes contenidos en el Estudio de Títulos de Propiedad presentado por el Proponente en la Adenda Complementaria, se presenta un análisis que versa precisamente sobre la calidad jurídica de cada uno de los inmuebles en que se emplazaría el Proyecto. Así las cosas, se debe tener que:
(i) Los bienes raíces individualizados en dicho Estudio serían de dominio del Proponente de acuerdo con los certificados de dominios acompañados, los que darían cuenta, además, de que estos no forman parte del RPTI. (Registro Público de Tierras Indígenas)
Sin perjuicio de lo anterior, ***se estableció que el título de dominio no provendría de los títulos otorgados por el Estado establecidos en el numeral 1 del artículo 12 de la ley N.º 19.253.*** *En este punto, se precisó que, respecto de aquellos inmuebles cuyos primitivos dueños adquirieran el dominio del inmueble en virtud del Decreto Ley N.º 2.695, de 1979,* ***los entonces adquirentes no habrían reunido los demás requisitos previstos por el literal d), del número 1, del artículo 12 de la ley N.º 19.253."***

III.5.1. Reproches a la falta de la debida consideración de la observación sobre tierras y territorio indígena.

La reclamada, una vez más, careciendo de toda independencia y completitud, da respuesta a una observación ciudadana únicamente en base a los antecedentes aportados por el titular, en este caso, los estudios de Títulos de Propiedad presentados por el Proponente en la Adenda Complementaria, respecto de los cuales no se realiza ningún análisis.

La preocupación que se manifiesta en esa observación ciudadana se basa en el conocimiento que tienen los observantes de la historia de las propiedades donde se emplazará el proyecto. Si bien, dichos predios son actualmente propiedad del Titular, sin embargo, el reproche dice relación con la calidad indígena que ostentan dichas tierras que fueron adquiridas por el titular.

Los anteriores propietarios de los 9 predios donde se emplazará el proyecto son personas indígenas que durante la vigencia de la ley N.º 19.253, obtuvieron dichas propiedades mediante el procedimiento establecido en el D.L. N.º 2.695 de 1979. De lo anterior se debe concluir que al momento de ser adquiridas por el titular eran tierras indígenas por el sólo ministerio de la ley, debido a que cumplían con lo dispuesto en la letra d) del artículo 12 de la Ley N.º 19.253. Así también lo ha señalado Excelentísima Corte Suprema, que indicó en sentencia de fecha 11 de diciembre de 2009, en causa rol 4.384-2007, que señalo:

> *"SEXTO: Que sin perjuicio de lo expuesto precedentemente no puede dejar de hacer presente esta Corte que el* ***artículo 12 Nro. 1 letra d) de la ley 19.253 (vigente desde el 5 de octubre de 1993****), precepto que la recurrente entiende conculcado- prescribe: Son tierras indígenas: 1° aquellas que las personas o comunidades indígenas actualmente ocupan en propiedad o posesión provenientes de los siguientes título: d) otras formas que el estado ha usado para ceder, regularizar, entregar o asignar tierras a indígenas, tales como, la Ley N.º 16.436, de 1966; decreto ley N.º 1.939 de 1977, y* ***decreto ley N.º 2.695, de 1979****.*

> *De la norma transcrita se desprende indefectiblemente, en cuanto importa al caso en estudio,* ***que la ley le ha asignado la calidad de tierras indígenas, entre otras, a aquellas que ocupan personas "indígenas" en dominio que ha derivado de un título otorgado de acuerdo al Decreto Ley 2.695, situación en la cual precisamente se encuentra la actora.*** *(…)*
> *De lo anterior se sigue que el inmueble de la demandante tiene la calidad de tierra indígena* ***y se encuentra afecto a la prohibición del artículo 13 de la tantas veces citada ley 19.253****, que prescribe: "Las tierras a que se refiere el artículo precedente, por exigirlo el interés nacional, gozarán de la protección de esta ley y no podrán ser enajenadas, embargadas, gravadas, ni adquiridas por prescripción, salvo entre comunidades o personas indígenas de una misma etnia". Y cuyo quebrantamiento conlleva la sanción prevista en el inciso final de la norma transcrita, a saber: los actos y contratos celebrados en contravención a este artículo adolecerán de nulidad absoluta. De modo tal, que una compraventa que recaiga sobre estos bienes es ineficaz ante la ley según los artículos 10 y 1682 del Código Civil".* (El destacado es nuestro)

Los referidos estudios de título en los que sustentan su conclusión la reclamada, descartan la calidad de tierras indígenas de las propiedades en cuestión, por el simple hecho de que al momento de que se realizaron las compraventas por parte del titular, dichas propiedades no se encontraban inscritas en el Registro Público de Tierras Indígenas. Al respecto el artículo 15 de la Ley N.º 19.253 señala:

> *La Corporación abrirá y mantendrá un Registro Público de Tierras Indígenas. En este Registro se inscribirán todas las tierras a que alude el artículo 12 de esta ley.* ***Su inscripción acreditará la calidad de tierra indígena.*** *La Corporación podrá denegar esta inscripción por resolución fundada".* (El destacado es nuestro).

Según se desprende claramente de dicha norma, la inscripción en dicho Registro tiene únicamente la función acreditar la calidad de tierra indígena. De esta forma, dicha inscripción debe entenderse en el sentido de que es sólo un medio de prueba de la calidad de indígena de una propiedad, pero no es un requisito legal para que una propiedad inmueble tenga la calidad de "*tierra indígena*", ya que dicha aptitud se tiene con el sólo cumplimiento de los requisitos del artículo 12 de la ley N.º 19.253.

De esta forma, los predios en cuestión, con independencia de su inscripción en el Registro Público de Tierras Indígenas, son tierras indígenas por haber sido adquiridos por personas indígenas mediante los procedimientos del D.L. N.º 2.695 de 1979.

A modo de ejemplo, para acreditar lo que sostenemos, nos referiremos al Lote A Uno B. Dicha propiedad ubicada en el sector Huayún Bajo, inscrito a fojas 616 N.º 616 del Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Puerto Montt del año 2014 a nombre de Energías Calbuco S.A. Consta en el estudio de títulos, informe N.º 9 Anexo 8 ADENDA Complementaria, que antes de ser adquirido por el titular, dicha propiedad perteneció a Doña Estefanía de Lourdes Parancán Alvarado, quien "*encontrándose casada con don José Tomás Quínchamán Loncón,* ***adquirió el referido inmueble en virtud del DL 2695 de 1979*** *por Resolución Exenta número 536 del Ministerio de Bienes Nacionales de* ***fecha 24 de diciembre del año 2004****, en expediente administrativo número 10JSAAA000514. Resolución y plano se archivan en e] agregado de propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Calbuco del año 2004 bajo el número 57".*

La calidad indígena de doña Estefanía de Lourdes Parancán Alvarado, no puede cuestionarse, ya que su apellido paterno es indígena, lo que da cuenta de que en virtud de su filiación posee calidad indígena en los

términos del artículo 2 letra a) de la Ley N.º 19.253. Además, su calidad indígena fue reconocida por la autoridad ambiental en el marco del Proceso de Consulta Indígena desarrollado durante la evaluación ambiental del EIA "*Parque Eólico Calbuco*", llevado a cabo con el Tronco Familiar Parancán, al cual pertenece doña Estefanía. Así consta en el INFORME FINAL PROCESO DE CONSULTA A PUEBLOS INDÍGENAS ESTUDIO DE IMPACTO AMBIENTAL PROYECTO PARQUE EÓLICO CALBUCO, que en su página 6 indica:

> "***Las personas que conforman el GHPPI Tronco Parancán, corresponden a integrantes del grupo familiar del mismo nombre, quienes son personas indígenas según lo establecido en el artículo 2 de la Ley N°19.253*** *del año 1993 que establece Normas sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena. Los integrantes de este Tronco familiar residen en los sectores de El Tambor, Cruce Cárdenas y Huayún, comuna de Calbuco, reúnen las características de grupo humano según lo establecido en el artículo 7 del D.S.N°40/2012, a saber: "…todo conjunto de personas que comparte un territorio, en el que interactúan permanentemente, dando origen a un sistema de vida formado por relaciones sociales, económicas y culturales, que eventualmente tienden a generan tradiciones, intereses comunitarios y sentimientos de arraigo".* (El destacado es nuestro).

De esta forma, al momento que el titular adquirió dicha propiedad, el 3 de septiembre de 2014, dicho inmueble ya tenía la calidad de tierra indígena por el solo ministerio de la ley. Por lo que la compra que realizó Energía Calbuco fue respecto de tierra indígena, lo que adolece de nulidad absoluta. Misma situación se replica respecto de los otros 8 lotes donde el titular pretende emplazar su proyecto, son tierras indígenas y no han perdido dicha calidad.

Respecto de lo señalado en relación con que la materia objeto de este reclamo es carácter civil, por lo que excede los ámbitos de esta reclamación ambiental, venimos a señalar que la reclamada tiene un deber consagrado legalmente de protección hacia los pueblos indígenas y sus derechos. Al respecto la ley N.º 19.253, en su artículo 1°, inciso final señala:

> *"Es deber de la sociedad en general* ***y del Estado en particular, a través de sus instituciones*** *respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades, adoptando las medidas adecuadas para tales fines y* ***proteger las tierras indígenas****, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación".*

De la misma forma el artículo 4 de la ley N.º 19.300, inciso 2°:

> *"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."*

De esta forma, la reclamada tiene un deber de protección de los derechos de los pueblos indígenas, en especial respecto de sus tierras, más aun existiendo normas de derecho público que protegen la propiedad indígena, "*por exigirlo el interés nacional*". Por tal motivo, no puede excusarse, de realizar un adecuado análisis de los antecedentes del proyecto, para descartar cualquier vulneración de dichas normas y de los derechos que dichas normas protegen.

Esta reclamación no excede el ámbito de sus competencias, si bien a la reclamada no le corresponde declarar la nulidad de un contrato de

compraventa que recaiga sobre tierra indígena, no puede de ninguna forma validar la vulneración de las normas de derecho público. De esta forma la observación planteada es pertinente, además de no haber sido debidamente ponderada en la RCA 163/2019.

Lo anterior tiene directa relación en la determinación de la Línea Base Medio Humano y en la generación de los efectos significativos establecidos en el articulo 11 letra c) de la Ley 19.300, que fueron descartados, a pesar de que el proyecto generó el reasentamiento de grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas.

IV. ILEGALIDADES Y ARBITRARIEDADES DE LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN RESOLUCIÓN EXENTA N.º 2021991013 Y RCA 163/2019

Como hemos explicado, las razones enunciadas por la autoridad ambiental para desestimar la reclamación administrativa de mis representadas, carece de la debida motivación y no cumplen con el estándar de la debida consideración de las observaciones ciudadanas. A continuación, realizaremos un análisis detallado de la falta de fundamentación e ilegalidades cometidas.

IV.1. Incumplimiento del estándar de la debida consideración de una observación ciudadana

Como hemos explicado, las razones enunciadas por la autoridad ambiental para desestimar la reclamación administrativa de mis representadas, carece de la debida motivación y no cumplen con el estándar de la debida consideración de las observaciones ciudadanas.

En el OF. ORD. D. E. N.º 1305/228, de 01 abril de 2013, del Director Ejecutivo del SEA, en que consta el "*Instructivo Consideración de las*

observaciones ciudadanas en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental", se señalan criterios para aclarar lo que se debe entender por "*dar respuesta fundada*" y "*considerar*" las observaciones ciudadanas en el proceso de evaluación ambiental. Si bien dicho instructivo constituye una prescripción que el jefe de servicio dio a los funcionarios sujetos a su autoridad, resulta útil para analizar la adecuada ponderación en este caso.

Dentro de estos criterios se destacan el de "*Completitud y precisión",* en virtud del cual se debe identificar cada uno de los temas planteados en la observación y así abordarlos en conformidad a los antecedentes del proceso de evaluación ambiental; "*autosuficiencia*", por él cual se debe dar una respuesta completa, evitando hacer referencias genéricas al DIA/EIA y/o Adendas. En los casos en que la naturaleza o extensión de la respuesta sea necesario hacer referencia a un documento presentado durante el proceso de evaluación, éste debe ser citado con precisión, como se ejemplifica a continuación: "*Adenda 1, anexo a), tabla 4, pp. 53"; "EIA Capítulo V, pp. 7*"; [...] "*independencia"*, criterio que exige que la respuesta entregada por el titular en la Adenda respectiva servirá sólo de referencia para elaborar la consideración, ya que ésta se debe fundamentar en el marco de todo el expediente de evaluación de impacto ambiental. En este sentido, se debe evitar reproducir o basarse únicamente en la respuesta dada por el titular a las observaciones de la comunidad.

De igual forma, OF. ORD. D. E. N.º 1305/228, de 01 abril de 2013, del Director Ejecutivo del SEA, esta expresa en su punto 2.2. que *"considerar"* las observaciones ciudadanas es:

> *"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 este Ilustrísimo Tercer Tribunal Ambiental, mediante sentencia del 22 de enero del año 2021, recaída en causa rol N.º R-5-2020, ha señalado:

> **"*VIGÉSIMO:*** *Al respecto se debe considerar que "tan importante como la respuesta a las observaciones,* ***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, causa rol N.º R-35-2014, acumulada a las causas roles R-37-2014 y R-60-2014)."*

En base al análisis desarrollado en los capítulos anteriores, podemos sostener que no realizó una debida consideración de las observaciones ciudadanas efectuadas por las reclamantes. Como se expuso, el descarte que se efectúa de los temas planteados en la reclamación y en las observaciones ciudadanas, según la resolución del Comité de Ministros, fueron debidamente abordadas durante todo el proceso de evaluación ambiental, haciendo únicamente referencia a los estudios antropológicos y de títulos que entrego el titular durante el proceso de evaluación, lo que demuestra la falta de independencia de las respuestas a las observaciones ciudadanas.

IV.2 Falta de la debida motivación

La motivación de un acto administrativo ambiental debe ser expresa, suficiente y racional, de manera de permitir la comprensión del acto por su destinatario y posibilitar su control posterior por el respectivo tribunal. Dicha motivación, no basta con que sea expresada, sino que debe basarse en hechos ciertos y acreditados. Al respecto este ilustrísimo Tercer Tribunal Ambiental, señalo en sentencia del 17 de noviembre de 2017, en causa rol R-30-2016:

> "***CUADRAGÉSIMO SEXTO:*** *(…) Es decir, un acto no es motivado, aun cuando exprese las razones que se tuvieron en cuenta para dictarlo,* ***si éstas, por ejemplo, son falsas, ilógicas o erróneas****. Esto es así, porque el ejercicio de las potestades administrativas, incluso las discrecionales, como señala la doctrina comparada,* ***se apoya en una realidad de hecho que funciona como presupuesto fáctico de la norma de cuya aplicación se trata*** *(García de Enterría, E. y Fernández T-R, Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, XV edición, 2011, pág. 405).*
> *Es decir, suponen un antecedente de hecho que es el que autoriza legalmente la actuación de la Administración. Por lo tanto,* ***para ejercer legítimamente una potestad administrativa deben concurrir los supuestos de hecho (o hechos netos) que la ley contempla para autorizar su ejercicio****. Es decir, no basta con la sola expresión de motivos, sino que además mostrar cómo se subsumieron los hechos netos a la hipótesis de la norma. (…)* (EL destacado es nuestro).

En similar sentido la Excelentísima Corte Suprema, mediante sentencia de fecha 20 de agosto de 2015, recaída en causa Rol N.º 32.368-2014, señaló:

> ***"Décimo**: Que anteriormente esta Corte ya ha dicho que "…de la atenta lectura del artículo 20 citado se desprende con nitidez que la reclamación de que se trata ha sido consagrada por el legislador con un amplio alcance y con una extensa competencia, que permite al Comité de Ministros (en lo que interesa al presente caso)* ***revisar no sólo la legalidad de la decisión impugnada por su intermedio sino que, además, examinar aspectos de mérito de la misma,*** *pues de su redacción aparece que, a la vez que puede solicitar informes a terceros para "ilustrar adecuadamente la decisión", también cuenta con atribuciones suficientes para negar lugar, rechazar o establecer condiciones o exigencias a un Estudio de Impacto Ambiental.* (El destacado es nuestro).

Como expusimos anteriormente, los antecedentes en base a los cuales se descartaron la generación de impactos significativos respecto de los GHPPI del sector Huayún, fueron los entregados por el titular, que carecen de serios problemas metodológicos que impiden dar por ciertas sus conclusiones. La veracidad y seriedad de los antecedentes evaluados ambientalmente son de exclusiva responsabilidad del titular, quien debe acreditar que su proyecto no genera los impactos denunciados o se hace cargo de ellos mediante medidas adecuadas. En este sentido este Ilustre Tercer Tribunal Ambiental, en sentencia de fecha 31 de marzo de 2020, causa rol N.º 12-2019 (acumuladas R-14-2019 y R-15-2019), señaló:

> ***"QUINCUAGÉSIMO CUARTO:*** *(…)*
> *a) En nuestro derecho existe un sistema basado en la prohibición general del desarrollo de las actividades listadas en el art. 10 de la Ley N.º 19.300, salvo que obtengan un permiso que levante dicha prohibición, como se colige de lo dispuesto en el art. 8 inciso 1° de la citada ley. En ese contexto es evidente que la ley sólo podría disponer -como lo hace-* ***que la carga de la prueba recae en el solicitante del permiso, tanto que se trate de una DIA o EIA****.*

> *En concreto,* ***el proponente tiene la carga de justificar en el procedimiento de evaluación ambiental que el proyecto o actividad no generará los efectos, características o circunstancias del art. 11 de la Ley N.º 19.300*** *(art. 12 bis letra b y art. 19, ambos de la Ley N.º 19.300), y muy especialmente los de las letras a) y b).* ***De esta forma la insuficiencia en la prueba debe ser soportada por el sujeto que tenía la carga de probar el hecho y no lo hizo. (...)*** (El destacado es nuestro).

En similar sentido se ha pronunciado la Excelentísima Corte Suprema, mediante sentencia de fecha 13 de enero del 2021, recaída en causa rol 8.573-2019, que indico:

> ***"Séptimo****: Que, relacionado con lo anterior, corresponde además puntualizar que, siendo el titular del proyecto el principal interesado en una adecuada y completa evaluación ambiental, que le permita hacerse cargo de todos los impactos relacionados con la actividad económica que pretende desarrollar y que reconocidamente producirá efectos perniciosos en el medio ambiente,* ***es dicho titular el llamado a, por un lado, aportar de manera completa y veraz todos los antecedentes conducentes a dicho objetivo*** *y, por otro, a poner a disposición los recursos técnicos y económicos que sean necesarios y suficientes para el cumplimiento de todas las fases que comprende esa evaluación.*
> *(…)*
> ***Noveno****: Que, finalmente, tal como se explica en el fallo de casación que antecede,* ***toda evaluación ambiental debe abarcar, de manera cabal, no sólo los impactos que sean declarados por el titular,*** *sino también* ***todas aquellas circunstancias que sean conocidas por la autoridad y que puedan tener incidencia en los mayores o menores efectos de un proyecto sobre el medio***

> ***ambiente,*** *asociados a los literales del artículo 11 de la Ley N°19.300."*

El Comité de Ministros, en el conocimiento del recurso administrativo de reclamación, al igual que la RCA 163/2019, se limitó a validar la información entregada por el titular sin analizar mayormente la calidad de dicha información, sin examinar todos los elementos existentes en el expediente que daban cuenta de la existencia de los impactos erróneamente descartados y de la falta de idoneidad de las medidas adoptadas.

IV.3 No consideración de pronunciamientos de OAECAS.

Como indicamos, la reclamada desatendió sin razón los pronunciamientos con observaciones que realizo la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena durante el proceso de evaluación ambiental. Igualmente ignoro el informe evacuado en sede recursiva, mediante el cual dicho OAECA analizó críticamente, en el ámbito de sus competencias, los antecedentes mediante los cuales se descarta erróneamente los impactos sobre GHPPI.

El único argumento esgrimido por la reclamada para prescindir de los pronunciamientos de CONADI, fue únicamente el carácter no vinculante de los informes de los OAECA. Dicha motivación es insuficiente, ya que esa conclusión no fue precedida de ningún análisis de la pertinencia de los argumentos de dicha corporación. Al respecto el Ilustrísimo Segundo Tribunal Ambiental, en sentencia de fecha 25 de junio de 2020, recaída en causa R-182-2020, señaló:

> ***"Quincuagésimo tercero.*** *Que, en el ejercicio de la referida función de administración y coordinación del SEIA, él SEA no es un mero intermediario de lo informado por los OAECA, sino que tiene un rol de garante respecto a que el sistema sea conducido de forma regular*

> *y ordenada. Por esta razón,* ***él SEA está facultado para prescindir de lo informado cuando estime -con un nivel de fundamentación que dependerá de cada caso- que no resulta idóneo para una adecuada evaluación del proyecto****"* (destacado agregado).

En el mismo sentido el Segundo Tribunal Ambiental, en causa Rol R-166-2017, mediante sentencia de fecha 4 de junio de 2019, señaló:

> "*Que, a juicio del Tribunal, es necesario hacer presente* ***que no basta un argumento intuitivo*** *-una aparente inconsistencia entre los resultados de las mediciones de diésel versus mezcla-* ***para resolver en sentido opuesto a los pronunciamientos técnicos de los organismos sectoriales competentes, sin una debida fundamentación para descartarlos y sostener lo contrario****. Por tanto, la reclamada incurrió en un vicio de fundamentación y de razonabilidad por las consideraciones previamente expuestas. Tal vicio sólo puede ser enmendado mediante la nulidad del acto impugnado, por lo que la reclamación también será acogida en este aspecto*" (El destacada es nuestro)

Por ende, sin perjuicio del rol articulador y administrador que tiene él SEA, y el carácter no vinculante de los informes de los OAECA, la reclamada no puede desatender las observaciones de CONADI sin exponer clara y fundadamente las razones para desestimar las críticas a la información aportada por el titular.

IV.4 Infracciones al deber de consulta indígena.

En primer lugar, la falta de información de calidad para la adecuada evaluación del proyecto se debió en parte por el negligente desarrollo de las reuniones del articulo 86 del D.S. 40/2012, cuya infracción vulnera el derecho a consulta establecido en el Convenio N. ° 169 de la OIT. Al respecto la Excelentísima Corte Suprema, mediante sentencia de fecha 22 de febrero de 2021, en causa rol 36.919-2019, estableció:

> *"**Décimo quinto:** 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.*** (El destacado es nuestro).

En segundo lugar, el proceso de consulta indígena desarrollado en la evaluación ambiental del EIA "*Parque eólico Calbuco*", no cumplió con los estándares internacionales por no desarrollarse de buena fe por parte de la autoridad ambiental.

El proceso de consulta indígena es un instrumento que garantiza la participación de pueblos indígenas, que "*no debe agotarse en un mero trámite formal*[8]", sino que, "*debe responder al objetivo último de establecer*

[8] Relator especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas (2009), p. 6.

un diálogo entre las partes basados en principios de confianza y respeto mutuos, y con miras a alcanzar un consenso entre las mismas.[9]*".* Su cumplimiento, no se agota con el sólo desarrollo de un proceso, ya que no estamos frente a una mera obligación de medio. Al respecto la Excelentísima Corte Suprema ha señalado, en sentencia de fecha 16 de junio de 2020, causa rol 29.098-2020:

> ***"Décimo noveno****: Que, asentado lo anterior, se debe señalar que, conforme se describe claramente en las disposiciones legales citadas, el procedimiento contemplado por los países que ratifican el Convenio N.° 169,* ***debe estar diseñado para propender a la obtención del consentimiento libre e informado de los pueblos originarios****, pero que entreguen efectivamente tal consentimiento, no es indispensable. En efecto,* ***lo que se debe es "propender" a obtenerlo, es decir buscarlo****, cuestión que se asentó* ***con el objetivo de evitar que se consideraran procedimientos de consulta meramente formales****, cuestión que contraría la buena fe que se consagra expresamente como principio orientador del proceso. Así, además se ha establecido que la buena fe es incompatible con prácticas tales como los intentos de desintegración de la cohesión de las comunidades afectadas."*

Al no ser una mera formalidad o una simple obligación de medio, la consulta indígena, en caso de no lograr el consentimiento de los consultados, debe buscar proteger los derechos sustantivos de los pueblos indígenas. Sobre este punto, el profesor Cristóbal Carmona señala:

> *"Así, como expresa el art. 2 Nº1 del Convenio Nº169, y han subrayado los órganos de supervisión de la OIT, la consulta debe entenderse como parte de una acción coordinada y sistemática por parte del Estado "con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad". Es, como lo señalaron*

[9] Ídem.

Anaya y Puig, un medio para la garantizar la observancia de estos derechos, cuestión que ha sido reconocida explícitamente por órganos jurisdiccionales tan dispares como la Corte Suprema y la Corte Interamericana de Derechos Humanos"[10].

En este sentido la Excelentísima Corte Suprema, mediante sentencia de fecha 13 de enero de 2021, en causa rol 8.573-2019, ha establecido:

"Quincuagésimo primero*: Que, de lo hasta ahora expuesto, fluye que la participación de los pueblos afectados por un proyecto en el PCI, les* ***permite ser parte de un intercambio de información relevante acerca de las obras a realizar y la forma en que ellas influirán en sus sistemas de vida,*** *la exposición de los puntos de vista de cada uno de los potenciales afectados de manera de determinar la forma específica en que el proyecto les perturba, el ofrecimiento de medidas de mitigación, compensación y/o reparación por parte del titular del proyecto,* ***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 4º de la Ley Nº19.300, que dispone: "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***

[10] CARMONA CALDERA, CRISTÓBAL. (2020). EVALUACIÓN AMBIENTAL, CONSULTA INDÍGENA Y EL "DESPLAZAMIENTO" DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS. Revista de derecho (Concepción), 88(248), 199-232. https://dx.doi.org/10.29393/rd248-17eacc10017.

manera real y efectiva en las decisiones públicas que sean de su interés".

De esta forma, es claro el incumplimiento a estas obligaciones por parte del SEA. Como señalamos, no se desarrolló realmente un proceso de dialogo con miras a obtener el consentimiento, actuando así de mala fe. Se limitó a exponer el plan de medidas del titular sin analizarlas y dialogar respecto de su pertinencia e idoneidad con la comunidad consultada. Lo anterior, implica que la Comunidad Indígena Huayún Mapu no puedo realmente influir en la RCA 163/2019, vulnerando sus derechos, ilegalidad que amerita dejar sin efecto la resolución reclamada y el proceso de evaluación ambiental.

IV.5 Infracción a los principios precautorio y preventivo.

Respecto de los principios precautorio y preventivo, la Excelentísima Corte Suprema, en sentencia recaída en causa Rol 5.888-2019, de fecha 28 de mayo de 2019, ha indicado:

> *"38°.- En esta perspectiva, resulta relevante la anotada falta de elementos de juicio para determinar tanto las causas como los efectos precisos de los episodios de contaminación objeto de los recursos, pues debido a ella este tribunal deberá recurrir como elementos orientadores de su proceder a dos principios de la mayor trascendencia en el ámbito del Derecho Ambiental, cuales son el precautorio y el de prevención.*
> *En torno al primero se ha dicho que "el principio precautorio impone una actuación anticipada, incluyendo las situaciones en que no se cuenta con la certeza absoluta de los efectos que un determinado hecho puede tener para el medio ambiente", mientras que el segundo, esto es, el principio de prevención "supone el conocimiento científico de las consecuencias ambientales de una determinada*

actividad. Es decir, opera cuando el daño ambiental es previsible, de acuerdo con la evidencia con que se cuenta.
El ámbito de aplicación del principio precautorio, en cambio, es una etapa anterior: opera en casos de una amenaza potencial, pero debido a la incertidumbre o controversia científica no es posible hacer una predicción apropiada del impacto ambiental" ("Fundamentos de Derecho Ambiental", Jorge Bermúdez Soto. Ediciones Universitarias de Valparaíso, segunda edición. Página 47)".

Como expusimos, al igual que CONADI, la recurrida descarto impactos significativos en especial respecto de GHPPI únicamente utilizando antecedentes precarios, por lo que no fueron debidamente analizados, vulnerado con los principios preventivo y precautorio.

POR TANTO, debido a todo lo expuesto, y especialmente a lo señalado en el artículo 20 y 29 de la ley 19.300, articulo 17 N.º 6 de la Ley 20.600 y demás normas pertinentes, **SOLICITO** aceptar a tramitación el presente recurso, acogerlo y en definitiva acogerla en todas sus partes, declarando que se deje sin efecto la **Resolución Exenta N.º 2021991013**, del Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental, de fecha 6 de enero del año 2021, toda vez que no cumple con la regulación ambiental vigente, rechazando sin fundamento nuestra reclamación contra la RCA 163/2019 por no responde adecuadamente nuestras observaciones ciudadanas; debiéndose dictar en su reemplazó una resolución que acoja nuestra reclamación y deje sin efecto la RCA n.º 163/2019, rechazando el proyecto EIA "*Parque eólico Calbuco*", con expresa condena en costas.

PRIMER OTROSÍ: Ruego a SS., en ejercicio de las atribuciones que el artículo 24 le otorga a este Ilustre Tribunal, decretar la suspensión de los efectos de la **Resolución Exenta N.º 2021991013**, del Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental, de fecha 6 de

enero del año 2021, y de la **Resolución de Calificación Ambiental n.º 163 del 14 de octubre del año 2019,** en atención a la presunción grave del derecho que se reclama, esto es la afectación a causa de las variables descritas en lo principal de esta presentación y que requieren de su revisión. Esto mientras se encuentre pendiente la causa de autos.

SEGUNDO OTROSI: Sírvase tener por acompañado:

1. Sírvase el S.S. tener por acompañados los siguientes documentos:

1. Escritura pública de "MANDATO JUDICIAL ESPECIAL DE COMUNIDAD INDÍGENA HUAYUN MAPU Y OTROS A HUGO CASTRO".

2. Copia de la **Resolución Exenta N.º 2021991013**, del Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental, de fecha 6 de enero del año 2021.

3. Informe seguimiento en línea Carta Certificada código 1176286108132.

TERCER OTROSÍ: Sírvase tener presente que habilito el siguiente casillero electrónico para recibir notificaciones en este procedimiento: hugo.castro.charles@gmail.com.

CUARTO OTROSÍ: Que, en mi calidad de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, vengo en asumir personalmente el patrocinio de esta causa, teniendo presente que el poder para actuar a nombre de los reclamantes de autos consta en la escritura pública titulada "MANDATO JUDICIAL ESPECIAL DE COMUNIDAD INDÍGENA HUAYUN MAPU Y OTROS A HUGO CASTRO", que se acompañan en el primer otrosí de esta presentación.